

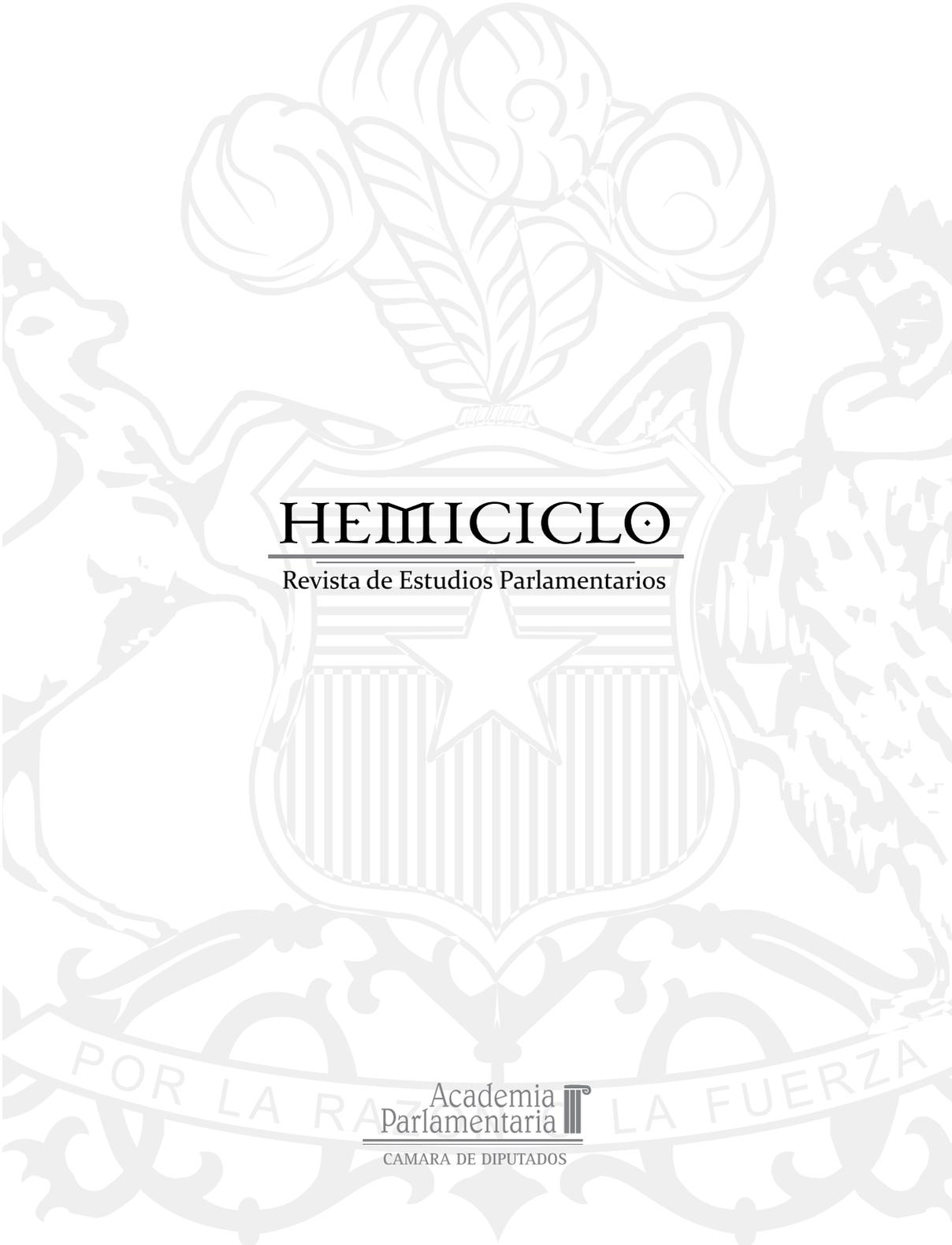


# HEMICICLO

Revista de Estudios Parlamentarios







# HEMICICLO

Revista de Estudios Parlamentarios

Academia  
Parlamentaria

CAMARA DE DIPUTADOS



CAMARA  
DE DIPUTADOS  
CHILE

Año 4. Número 7. Segundo semestre de 2012.

CONSEJO DIRECTIVO ACADEMIA PARLAMENTARIA

Diputada Adriana Muñoz D'Albora, Presidenta

Diputado Arturo Squella Ovalle

Diputado Eduardo Cerda García

Diputado Alejandro Santana Tirachini

DIRECTOR

Juan Veglia Quintana

CONSEJO EDITORIAL

Alicia Gariazzo Gavilán

Alvaro Halabí Diuana

Patricio Olivares Herrera

Cristián Ortiz Moreno

Gonzalo Vicente Molina

*El consejo agradece el valioso aporte de Enrique Winter Sepúlveda, quien dirigió las primeras seis ediciones de Hemiciclo.*

DISEÑO

Marcelo Torres Vargas

TRANSCRIPCIÓN Y EDICIÓN DE TEXTOS

Redacción de Sesiones Cámara de Diputados

SECRETARIA

Gioconda Vásquez Pérez

Impreso en Gráfica Lom.

Edición de 750 ejemplares.

ISSN 0718-8463

Teléfono: 56 32 2505591

E-mail: [academiaparlamentaria@congreso.cl](mailto:academiaparlamentaria@congreso.cl)

## Índice

I	Teoría de la argumentación, racionalidad y técnica legislativa Jorge A. Tapia Valdés	7
II	Técnica legislativa y seguridad jurídica Lluís Aguiló i Lúcia	17
III	Informe de evaluación de la ley N° 20.413, que determina quiénes pueden ser donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad (extracto) Verónica Seguel Ilabaca	31
IV	Los desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Claudio Grossman Guiloff	55
V	“Bases para una codificación administrativa” del autor Manuel Vergara Rojas Edición privada. Imprenta Arte y Gráfica, 2010 Hugo Tórtora Aravena	71

## Reformas políticas

- |      |  |     |
|------|--|-----|
| VI   | Transparencia en el Estado: una reforma a medio camino<br>Jorge Burgos Varela  | 77  |
| VII  | El semipresidencialismo, una alternativa de gobierno viable y mejor que el presidencialismo para Chile<br>Humberto Nogueira Alcalá       | 91  |
| VIII | Los dos grandes dilemas de la democratización en Chile: a propósito de las reformas al sistema político pendientes<br>Kamel Cazor Aliste | 113 |
| IX   | Las listas cerradas como mecanismo electoral en política comparada y su posible aplicación en Chile<br>Roberto Munita Morgan             | 119 |

## La Función de Representación en el Congreso Nacional

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| X  | Seminario sobre Comunicación y Representación Parlamentaria: los desafíos del Informe Parlamentario Mundial UIP – PNUD 2011 (síntesis)<br>Biblioteca del Congreso Nacional | 135 |
| XI | Medios de comunicación parlamentarios: de la transparencia a la participación popular interactiva<br>Francisco Sant'Anna   | 161 |

# Teoría de la argumentación, racionalidad y técnica legislativa

Jorge A. Tapia Valdés\*

## 1. “La Técnica Legislativa” 50 años después

Cuando se publicó “La Técnica Legislativa”<sup>1</sup>, hace hoy 50 años, el poder normativo y político del Congreso Nacional y su representatividad con respecto a la ciudadanía y los partidos políticos permitían exhibirlo como el símbolo de la democracia y como la arena de la política, pese a restricciones ya numerosas en materia de iniciativa legal. Incluso un agudo crítico, aunque proveniente del mismo estamento, de su carácter plutocrático, elitista y oligárquico, le reconoce haberse integrado a y participado en un “proyecto político mayor... que fue convertir a un país (recién independizado), huérfano de repente de madre patria y perdido en el confín del mundo, en una unidad política nacional”.<sup>2</sup> Ello contrasta con la contemporánea crisis del Parlamento y de la ley, que por supuesto no es consecuencia de que no se hayan seguido los consejos ni escuchado las fundadas críticas en aquel entonces voceadas. Sucedió lo contrario: las Cámaras se dotaron de oficinas de informaciones; los parlamentarios, de asesores, y la Biblioteca del Congreso Nacional se convirtió en la mejor biblioteca jurídica del país y una de las mejores del continente. No obstante ello, enfrentamos hoy la crisis de la ley, del Parlamento y de la política en general. Si buscamos en la naturaleza y el origen de esta crisis concluimos que es consecuencia no de la oligarquización del poder republicano, sino de la plutocratización inherente

\* PLL.M., Phd. Prof. en Magister Derecho Constitucional U. Talca. Prof. Facultad Derecho UNAB, Sede Viña del Mar.

<sup>1</sup> Tapia Valdés, Jorge A. (1961), “La Técnica Legislativa”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

<sup>2</sup> Jocelyn-Holt Letelier, Alfredo (2011), “El Parlamento y las elites”, en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios. Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Nº 4, primer semestre 2011, p.125ss.

al Estado Subsidiario y sus efectos colaterales, es decir, el cesarismo presidencial, la elitización del sistema de partidos, el debilitamiento manifiesto del principio de representatividad — debido al mantenimiento del sistema binominal “minoritario” — todo lo cual culmina en las estratagemas anti-descentralización y anti-regionalización de Ejecutivo y Congreso, atrapados como están por el megacentralismo. A ello deben agregarse las consecuencias de los procesos de desregulación y privatización, reforzados por un individualismo salvaje que debilita la acción nacional y la de los grupos intermedios y la sociedad civil. Sucede en realidad que, en el caso de nuestro Chile, la crisis del Parlamento y de la ley no está acotada y morigerada por factores como los que en Europa atenúan sus efectos anti-representatividad: en vez de Estado Regulador tenemos Estado Mínimo, en lugar de descentralización normativa de varios niveles tenemos concentración de poder normativo, nos hemos alejado de la supranacionalidad y la integración, y demoramos dar entrada a la sociedad civil en los campos de auto-gestión y auto-regulación. Todos esos factores son los que se expresan en la pérdida de importancia de la ley, el término de la soberanía legislativa del Parlamento y el descrédito de política y políticos. Hoy no sólo se trata de que el poder normativo del Presidente y de la administración descentralizada funcionalmente exceden las competencias del Congreso, sino de que se han perdido los instrumentos del sistema de *checks and balances*, debido a que el pueblo, literalmente hablando, salió del edificio del Congreso y está mirando desde las calles qué es lo que hacen los parlamentarios, representándose a si mismos. En esencia, hoy la ley no se hace en el Congreso, sino en las oficinas del Poder Ejecutivo, lo que genera una de las dos razones por las cuales deseamos usar esta tribuna para plantear opiniones que pudieren ayudar, si no a la solución de tan graves problemas, a la iluminación de los caminos de salida. Porque es un hecho que el cambio y el desplazamiento del debate desde el foro parlamentario a los centros de nuevas fuentes del derecho, supone cambios en los métodos y materias agrupados bajo el nombre de técnica legislativa (TL en lo sucesivo), y en la importancia de la misma. El país y el mundo empiezan a ser regidos por un sistema invertebrado de reglas con fuerza de ley supranacional elaborado en los estudios jurídicos y gerencias de intereses transnacionales conforme a criterios pseudo técnicos, que no necesitan de publicación ni sanción oficial, sino todo lo contrario, para entrar en vigencia.

## **2. Definición actual de la técnica legislativa**

A diferencia de lo que acontecía en la década de 1960, son muchos los autores e institutos que se han preocupado del tema de la TL en los 30 últimos años. No es posible nombrar a todos, pero algunos deben ser citados, al menos de nombre y cualquiera sea el lugar en que han escrito, especialmente en Gran Bretaña, España, México, Argentina: P. Amselek, M. Atienza, B. Bulygin, J. Cano Bueso, M. Carbonell, J.L. Cea, A. Chandernagor, A. Figueroa, A. Galiana, P.S. Coderch y los trabajos del GRETEL o Grupo de Estudios de Técnica Legislativa, de España; R. Guastini, A. Kellerman et al., F. Laporta, C. Luzzati, C. Mignone, I. Ortiz de Urbina, R. Pagano, L.

Prieto, A. Seidman, y Sir C.K. Allen. Esto es bueno para la TL, la Ley y el Parlamento; pero es difícil poner de acuerdo a los autores para definir hoy la TL.

a) GRETEL la define diciendo que “el papel del técnico legislativo... es propiamente el de quien vierte en un texto escrito el conjunto de decisiones materiales y jurídicas tomadas sobre la cuestión de que se trate. Es un redactor del texto en el sentido más fuerte de la palabra. En Inglaterra, país con una importante tradición en la materia, se habla de “*drafting of statutes*” ... El *draftman* no es el autor de la decisión pero sí del texto que la expresa.”<sup>3</sup>

b) Ricardo Guastini, a su vez, denomina técnica legislativa a los estudios que se ocupan de los medios e instrumentos para mejorar las leyes en cuanto textos jurídicos, a fin de favorecer el fin general de la legislación: dirigir las conductas de los destinatarios.<sup>4</sup>

Desde luego, aun en el concepto antiguo está implícito que es cuestión de técnica legislativa el lenguaje y la estructuración material y lógico-sistemática de las diferentes partes y títulos de la ley. Pero hoy y además, los métodos de interpretación y las teorías de argumentación jurídicas, han pasado inevitablemente a ser parte de la TL.<sup>5</sup> Con ello, estas visiones más bien formalistas parecen hoy superadas, o trascendidas, en la línea que propone Seidman,<sup>6</sup> quien define la actual técnica legislativa como una disciplina que se ocupa también de que los objetivos legislativos puedan llevarse a la práctica y de que las leyes puedan producir las transformaciones sociales, políticas y económicas deseadas<sup>7</sup>. Es posible que esta definición del campo de la TL parezca exagerada por su alcance. Pero para enjuiciarla hay que tener presente, primero, que desde siempre la TL ha abarcado el proceso de formación de la ley, por así decirlo, “desde la cuna hasta la publicación del proyecto” como ley, y segundo, que la entrada de la argumentación y la racionalización dentro de la TL, como trataremos de demostrarlo, pone a la TL en contacto con el mundo real, sacándolo de su nicho lógico-formal y lingüístico. En la misma medida en que la múltiple racionalidad utilizada cuando se legisla, — o cuando se desarrolla la “teoría de la legislación”—, lleva a la TL más allá de su sentido original, se complementan y renuevan los objetivos iniciales de la misma al entrar en su el campo la argumentación jurídica y teleológica.

c) Aparte su diferenciación con la Ciencia y Teoría de la Legislación o disciplina instrumental a los fines y racionalidad de la obra del político y legislador, la TL se diferencia también de la dogmática jurídica, pese a ser ambas disciplinas de tipo

<sup>3</sup> Coderch, Salvador (1986), en GRETEL, “La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa”. Barcelona, Bosch, cit. por Marcilla Córdoba, Gema, “Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación”. CEPC, Madrid, p. 281.

<sup>4</sup> Guastini, Ricardo (1988), “Redazione e interpretazione del documenti normativi”, en VV.AA., “Lezioni de tecnica legislativa”, Padua, pp. 37/38.

<sup>5</sup> Marcilla C., Gema, op. cit., pp. 287/288.

<sup>6</sup> Seidman, Robert B., y Abeysekere, N. (2001), “Legislative Drafting for Democratic Social Change. A Manual for Drafter”. Kluwer, The Hage, p. 5, cit por Marcilla C., Gema, op. cit. p. 288. Ver también Seidman, Robert B., (1987), “Drafting for the Rule of Law: Maintaining Legality in Developing Countries”, en The Yale Journal of International Law, vol. 12, Nº 1, p. 84ss.

<sup>7</sup> Los primeros en entender y ser convencidos, o no, por la nueva ley son los servidores públicos encargados de aplicarla. Por tanto, la legitimidad de la ley y de la asignación de competencias que contiene debe provenir, más que de la forma y el texto, de las condiciones para el proceso de implementación. El legislador debe redactar con sentido “instrumental”, de aplicación. La segunda condición técnico-legislativa, vinculada también a las posibilidades de legitimación y eficacia de la ley, es que la loa aplicación y evaluación de la ley que se dicta a favor de las masas sea controlada también por las masas. Ver Seidman, Robert B. (1987), p. 117/118.

técnico y orientadas por tanto a obtener un resultado, no un simple conocimiento. Pero mientras la dogmática trata de conseguir como resultado la optimización de la interpretación y aplicación del derecho, la TL busca la optimización de la producción de normas provenientes del legislativo o del otro tipo de poder con facultad nomogenética.<sup>8</sup>

### 3. Sobre crisis de la ley y racionalidad legislativa

La transición del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho ha hecho evidente que la decadencia o crisis de la ley se manifiesta por cierto en defectos de tipo formal —como falta de esmero, de tiempo, de medios técnicos o de expertos en legislación—pero esos factores no son hoy los únicos ni los más importantes. Las causas de la crisis constituyen un fenómeno complejo, originado en profundos cambios políticos, económicos, sociales y culturales. Ello influye en que la calidad de la ley se vea disminuida por la presencia de factores de patología político-institucional, lo cual supone que se han adoptado decisiones de modo arbitrario, bajo la presión de apetitos y metas egoístamente políticas. En buena medida la reflexión y las políticas de corte macroeconómico hechas con vista al interés general, han sido hoy reemplazadas por criterios microeconómicos que impactan en la economía nacional y que causan que la desigualdad que existe en Chile en materia de distribución del producto social sea la mayor entre los países miembros de la OCDE. Si ello es así, no existe racionalidad en la dictación de la ley, porque ésta se hace alejada de argumentos, razones, lógica interna y visión sistémica social y jurídica.

Esta visión crítica del funcionamiento de las instituciones democráticas permite caracterizar la falta de racionalidad legislativa como un problema cuya resolución no depende sola ni fundamentalmente de recomendaciones lingüísticas o técnicas. En la calidad de las leyes —desde luego desde el punto de vista de su legitimidad, pero también desde el punto de vista formal— desempeña un papel crucial la depuración o el perfeccionamiento del procedimiento democrático, perfeccionamiento que reclama el condicionamiento de la validez de la ley a normas procedimentales y sustantivas propias del Estado Constitucional, que avalan el estudio de la racionalidad legislativa, entendida primeramente y antes que nada, como constitucionalidad de la legislación.<sup>9</sup> La constitucionalidad de la norma asegura un rasgo de la racionalidad necesaria, pero no es eso lo único de que depende. La actual crisis de la ley no consiste sólo en la pérdida de su autoridad y utilidad como instrumento regulador del cambio político y sostén del orden jurídico y sociológico, sino en el fin del dogma de la racionalidad inmanente al ejercicio de la función por un legislador siempre racional. Esa racionalidad —que comprende también la constitucionalidad—debe ahora ser demostrada en cada caso y constantemente. El mero voluntarismo o decisionismo ya no basta para hacer de la ley una ley, ni para asegurar su eficacia y validez. Cuando el Bien Común no está presente en cada parte de la norma no hay

<sup>8</sup> Marcilla C., Gema, op cit., pp. 291/293.

<sup>9</sup> Marcilla C., Gema, op.cit., pp. 251/253.

TL que garantice la calidad de la misma. Ni la racionalidad lingüística, o la contextual, o sistémica, o pragmática, ética o sociológica serán suficiente para hacer racional la ley.

Hasta ahora la teoría jurídica no se ha preocupado de la argumentación indispensable al proceso de establecimiento de la norma, porque se atribuye a dicho proceso una naturaleza política, y por tanto, ligeramente arbitraria, características que no tendrían las actuaciones judiciales y académicas. Además de que este juicio no es correcto, prescinde del hecho de que es la propia constitución normativa la que establece un estado subsidiario y separa la economía de la política y de la ética, obligando a la introducción de las cuestiones valóricas al centro de la política y el Parlamento, es decir, de la función legislativa. Esto impulsa y obliga al cuerpo a cargo de la función creadora de normas, a dar cuenta de sus decisiones. Si no se quiere que, además de subestimarla, la ciudadanía deje simplemente de cumplir la ley, el Parlamento debe dar cuenta de sus dichos y hechos, consideraciones y objetivos, de manera racionalmente convincente. “Si argumentar equivale en último término a justificar, el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación o, mejor dicho, de mayor justificación: ya no basta apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento... sino que es preciso también acudir a los contenidos”. Si esa cadena argumentativa y la racionalidad subyacente no existe o es débil, se debilitan las instituciones jurídicas, la seguridad jurídica y el sistema político.<sup>10</sup> Dado que la ley “ ha dejado de ser un dato incontestable y no es ya un dogma indiscutible, la autoridad legislativa no puede perder de vista la calidad de su producto, y no ya por motivos de eficacia social, sino ante todo porque éste está llamado a ser objeto de examen una y otra vez en sede de aplicación del Derecho”,<sup>11</sup> lo que suele desembocar en el judicialismo y producir el detrimento de la función del legislador.

Hoy nos parece evidente que no se argumenta sólo en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, sino que también en el de su establecimiento: las teorías de la argumentación deben interesarse no sólo por la racionalidad y justificación de las decisiones jurisdiccionales, sino también por la racionalidad y razonabilidad de las decisiones del legislador.<sup>12</sup> Ello no significa que a la teoría del razonamiento jurídico le sea irrelevante la subjetividad y parcialidad de la decisión de tipo político. A este respecto hay que tener presente que, aparte el doctrinarismo e ideologismo partidario, es el lobby no regulado la mayor amenaza a las premisas de la técnica legislativa y de la racionalidad normativa. Este lobby está presente en todas las fases e instancias del proceso nomogenético, particularmente hoy en los Ministerios, Servicios y Superintendencias, debido a los poderes normativos reguladores que se les han entregado. En estos casos se da un juego de transacciones al margen de argumentos y razones y por lo mismo, alejado de la técnica legislativa.

<sup>10</sup> Prieto S., Luis (2000), “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, 23, p. 194.

<sup>11</sup> Marcilla C., Gema, op. cit, p. 272. Ver también Guiñazú, Claudio (2009). “La jurisdicción constitucional como práctica dialógica”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, U. San Sebastián, N° 13, p. 139.

<sup>12</sup> Atienza, Manuel (1990), “Para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, 8, pp. 39/40.

#### 4. Tipos de racionalidad legislativa

Basándonos en ideas propuestas por M. Atienza podemos distinguir tres tipos de racionalidad que deberían estar presentes en la actividad de formación de la ley:

a) Racionalidad instrumental o formal, que se refiere a los aspectos lingüísticos y lógico-sistemáticos y que permite la inserción de la nueva ley de modo coherente, debido a la precisión de su tenor y sentido, al sistema u ordenamiento jurídico de que se trate;

b) racionalidad pragmática, ligada a la eficacia de la ley o su capacidad para efectivamente producir el resultado concreto que se busca, aisladamente considerado, y

c) racionalidad teleológica, ligada a la efectividad o idoneidad de la ley, juzgada ésta en términos axiológicos y de su eficiencia en el uso de los recursos empleados y de la producción de *surplus* en términos de relación medios y fines, a favor del interés general.

Como se comprueba, se hace referencia sólo a tipos de racionalidad funcional, surgentes de la relación ley y realidad; aunque sin perjuicio y a partir de la racionalidad de tipo lógico jurídico y formal de la ley, incluyendo su encuadramiento en la Constitución. Desde este punto de vista, en el marco del Estado Constitucional de Derecho las exigencias de racionalidad de la producción de la norma y luego de su aplicación, vía judicial o administrativa, no pueden ser diferentes. Por tanto se convierte en parte de la labor del legislador prever “por adelantado” y al menos al nivel genérico, las condiciones que aseguren la constitucionalidad tanto en el momento de crear la norma cuanto en aquel en que el juez debe aplicarla al caso concreto. No nos encontramos ante un problema ideal o abstracto, o inexistente, sino ante un problema actual, real y concreto. Así lo demuestra un análisis de las normas constitucionales relativas a valores o principios que constantemente inspiran la labor legislativa, y de la jurisprudencia sentada al respecto por el Tribunal Constitucional.

La Constitución ha establecido requisitos externos o formales que ayudan a la racionalización de su labor —tema que ya fue central en la Reforma de 1970 de la Constitución de 1925. Tres de esas instituciones son la limitación de los contenidos del proyecto a las ideas matrices o fundamentales del mismo (arts. 69 y 73), las normas sobre iniciativa exclusiva (art. 65), y las facultades para declarar la urgencia en la tramitación de los proyectos (art. 74). Pero la Carta Fundamental abunda además en valores o principios que sirven de sustento e inspiración a la mayor parte de la actividad creadora de normas del Congreso Nacional. La aceptación contemporánea del concepto de constitución normativa hace aplicable la distinción entre reglas y principios, y la vigencia respecto de estos últimos de los criterios de ponderación vía proporcionalidad.<sup>13</sup> Entramos en el terreno de principios sujetos a “mandatos de optimización”, provenientes de dentro o del exterior de los órganos de

<sup>13</sup> Ver Soto Velasco, Sebastián (2009), “Iniciativa exclusiva e ideas matrices: los aportes del Tribunal Constitucional”, en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios de la Cámara de Diputados de Chile. Nº 1, 2º semestre, 2009, pp. 45-63, y Osorio Rauld, Alejandro et al (2011), “Hacia una sociología de la producción legislativa: la cientificación de lo político y la emergencia de temas valóricos en la elite parlamentaria chilena”, en Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios. Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile. Nº 5, 2º semestre de 2011, pp. 19-32.

poder, y que se expresan en los valores en que se sustenta la sociabilidad nacional, el principio de subsidiariedad, la cuestión de la seguridad nacional, y los fines y deberes del Estado, múltiples materias surgentes de un solo artículo, el primero. Si seguimos compulsando el texto constitucional a este respecto, nos encontramos con las definiciones sobre descentralización y regionalización (art. 3º), la prohibición de discriminaciones arbitrarias (art. 19, Nº 2º y 16º), la ponderación de los criterios vigentes sobre moral, buenas costumbres, orden público, interés nacional y seguridad nacional, expresados en disposiciones como el art. 19, Nºs. 6, 11, 16, y 21, a los cuales podríamos agregar hoy todos los derechos sociales en la medida que pueden pasar a percibirse como obligatorios, y aun los “derechos implícitos” en actual gestación, como aquel relativo al derecho al recurso, o a la memoria histórica. Lejos aun de ser exhaustivo, hay que referirse a los conflictos entre el derecho a la vida privada y a la honra, y el derecho a informar, o de la libertad de prensa y opinión en materias calificadas como de seguridad nacional o reservadas. Cabe aun citar el desarrollo de las normas del debido proceso legal (art. 19, Nº 3, inc. 5º). Estas referencias hacen evidente la cantidad e importancia de las normas constitucionales que exigen y obligan a legislar de manera racional, así como los diferentes criterios de racionalidad que podrían estar envueltos en tal proceso. Convertido en principio general, el de racionalidad o razonabilidad exige que toda distinción o clasificación introducida por el legislador sea justificada, razonable, no arbitraria. “Ahora bien, es evidente que cualquier juicio en torno al carácter razonable de una distinción legislativa constituye un juicio de valor y envuelve una distinción política”<sup>14</sup>. De este modo, cuando el tribunal constitucional ejerce sus poderes, pone bajo control la “discrecionalidad política” del legislador. Y esto es lo que pone de relieve un artículo que analiza la doctrina jurisprudencial elaborada en la materia por nuestro TC, en exposición hecha por uno de sus más brillantes miembros, la Dra. Marisol Peña Torres.<sup>15</sup>

El texto recién referido pone de manifiesto la importancia y urgencia de la adopción de criterios de racionalidad debidamente argumentados por parte del legislador. El TC entiende compartir la función legislativa con el Congreso Nacional, y ello no sólo en el sentido kelseniano de “legislador negativo” sino —a futuro y como desarrollo plausible de la actual situación— en el de poder dictar directamente normas con fuerza de ley cuando el tipo y coyuntura de su sentencia lo haga indispensable.<sup>16</sup> Ello concuerda con el reconocimiento que hace el TC de que “los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales, pero también políticos... porque la naturaleza de los asuntos que deciden tienen que ver con las bases más profundas del compromiso que está consignado en la Constitución”.<sup>17</sup> Desde este punto de vista la aplicación del llamado “criterio de prudencia siempre tiende a

<sup>14</sup> Guastini, Riccardo (2005), “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en “Neoconstitucionalism(s)”, Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, p.s 71 y 72.

<sup>15</sup> Peña Torres, Marisol (2010), “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus efectos en la actividad legislativa”, en Hemiiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios. Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile. Nº 3, segundo semestre de 2010, pp. 127ss.

<sup>16</sup> Peña T., Marisol, op. cit, p. 131.

<sup>17</sup> Peña T., Marisol, op.cit, p. 137.

mezclar lo jurídico con lo político”.<sup>18</sup> De acuerdo a esta doctrina, lo único que no puede hacer el TC es “declarar en la sentencia (que establece la inconstitucionalidad de una ley) qué sucederá, ni reemplazar en aquella lo que exclusivamente sería resorte del legislador”, so pena de infracción del art. 7º, inc. 2º, de la Constitución.<sup>19</sup>

La racionalidad de la legislación —de la que depende la existencia, validez y eficacia de la norma— se determina gracias a técnicas proporcionadas por la teoría de la argumentación jurídica. De los postulados respectivos podemos decir, siguiendo a F.J. Ezquiaga y a H. Nogueira<sup>20</sup>, que tales postulados admiten una clasificación en aquellos de categoría formal y genérica, y otros de naturaleza material y concreta. Serían a nuestro juicio postulador argumentales de la primera categoría, entre otros, los siguientes: analógico, a *fortiori*, a contrario, de reducción al absurdo, de racionalidad y razonabilidad, el sistemático y el de la proporcionalidad. Serían de la segunda categoría principios como el de supremacía de la constitución, de la primacía de los derechos humanos, el pragmático, el de la corrección funcional, y el postulado de la interpretación previsora.

Enfrentado a estos nuevos instrumentos de la TL, el autor de la ley debe convertirse <sup>21</sup>además en un experto en hermenéutica, sobre todo constitucional, a fin de usar en la redacción de la ley y sus informes aquellos argumentos que demuestran la racionalidad del texto jurídico en su totalidad y en la relación entre cada una de sus partes. Esta racionalidad no se asentará sólo en consideraciones de naturaleza jurídico-formal, sino que apelará, además de a argumentos históricos, a los de orden teleológico y, sobretodo, sistemático. Ello será tanto más necesario e importante cuanto más fuerte sea la distinción en el texto jurídico entre reglas, principios y normas. En la actualidad hay coincidencia en que el texto de la CPR contiene tanto reglas como principios y valores. Los dos últimos convierten la fuerza de aplicación de la Carta Fundamental, en fuerza de realización y desarrollo de la misma, lo que se lleva a cabo mediante el mandato de optimización que portan los valores y principios. Ello porque el mandato de optimización depende no solo de las posibilidades jurídicas y reales, sino también de las sistémicas, normativa y sociológicamente hablando. De otro modo, caería en desuso el capítulo principal de todo manual de TL, ese destinado a limitar la discrecionalidad del intérprete, reduciendo la obscuridad y la indeterminación semántica de la ley.

## 5. A modo de conclusiones

A la tensión siempre existente entre decisiones de orden político y criterios técnico legislativos, se ha agregado leña bajo la constitución normativa y el pluralismo político democrático que suele servirle de base y contexto. Esto es en

<sup>18</sup> Peña T., Marisol, op. cit., p. 138.

<sup>19</sup> Peña T., Marisol, op. cit., p. 139.

<sup>20</sup> Ver, en general, Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier (1987), “La argumentación en la justicia constitucional española”, Bilbao, y Nogueira Alcalá, Humberto (2006), “Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos”, Librotecnia, Santiago.

<sup>21</sup> Zapatero, V., (1994), “De la jurisprudencia a la legislación”, en Doxa 15-16, 1994, p. 779.

buena medida consecuencia de que ha sido al amparo de la TL que las teorías y tipos de argumentación jurídica se han convertido en parte del arsenal del legislador, y en requisito de la racionalidad legislativa. Es entendible que, de un lado, los parlamentarios y políticos, y del otro, los expertos en TL, especialmente los juristas, clamen por una TL esencialmente procedimental. Pero lo que debiera ser aun más claro es que, en una perspectiva habermasiana de la teoría de la acción comunicativa,<sup>22</sup> el Parlamento debería aparecer y funcionar como el escenario típico de una “comunidad ideal de diálogo”, en donde lo que se discute es precisamente el contenido, la cuestión socio-política de fondo. En la línea especificada, la racionalidad de las leyes no consistiría en que fueren el reflejo de un determinado código moral y sustantivo, “sino en que fueron adoptadas siguiendo ciertos procedimientos o reglas discursivas”.<sup>23</sup>

En esa comunidad ideal de diálogo democrático, los mandatos de optimización pueden lograr el equilibrio entre las exigencias de eficientismo y de garantismo.<sup>24</sup> Ello es condición para el legislador, cuya legítima pretensión debe ser mostrar aptitud e idoneidad para resolver problemas sociales más que para alcanzar cimas homéricas “Un buen legislador no es el que proclama fines excelentes, sino el que los consigue”.<sup>25</sup> Por ello, legislar racionalmente requiere que a la vista de las circunstancias económicas (recursos disponibles) y sociales (motivación de los ciudadanos para el cumplimiento de las normas), se establezcan medios adecuados para lograr los fines decididos. Pasó el tiempo para el uso de la ley para fines simbólicos y mediatos. Las facilidades de información y comunicación permiten descubrir pronto al que copia de Internet. Ello da base a la esperanza de que el proceso de racionalización de la función legislativa, principalmente en el plano de las percepciones psicológicas de los individuos a cargo de la función parlamentaria, permita que la ley vuelva a recuperar su carácter instrumental en y para una sociedad democrática orientada al Bien Común. En un deseable Parlamento de un futuro no lejano podría llegar a acontecer que los miembros de las Cámaras fueren tan conocedores de los medios para lograr la racionalidad del producto de su trabajo, que podremos de ellos decir que son “legisprudentes”.<sup>26</sup>

Viña del Mar, octubre de 2011.

<sup>22</sup> Habermas, Jurgens (1998), “Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso”, Trotta, Madrid, pp. 237 y 245.

<sup>23</sup> García Amado, J.A., (2000), “Razón práctica y teoría de la legislación”, en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, Nº 9, 2000, pp. 311/312.

<sup>24</sup> Alexy, Robert, (2002), “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 66, 2002, pp. 21ss.

<sup>25</sup> Calsamiglia, A, (1993), “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, en *Doca*, 13, 1993, p. 162, según cita de Marcilla C., Gema, op. cit., p. 338, nota 968.

<sup>26</sup> Término acuñado con ocasión del 4º Simposio Benelux-Escandinavia, de teoría del derecho, dedicado a la racionalidad legislativa, realizado en agosto de 1998, según referencia y cita de Marcilla C., Gema, op. cit. pg 252, nota 779.



# II

## Técnica legislativa y seguridad jurídica

Lluís Aguiló i Lúcia\*

Abordar la problemática y el análisis que conlleva la técnica legislativa en España, requiere unas consideraciones generales que, aunque sabidas, es preciso explicitar para una mejor comprensión del marco jurídico al que vamos a referirnos.

De acuerdo con el viejo principio de división de poderes, la función de hacer las leyes, que corresponde al Parlamento, se complementa con la de aplicar esas leyes, que corresponde al Gobierno, y con la de solucionar los conflictos y dudas que plantee la aplicación de esas leyes que corresponde a los tribunales.

Sin embargo, este planteamiento simple y que está en el origen de la lucha ideológica frente al “Príncipe” moderno, nunca lo fue tan claro en la realidad política.

La realidad, desde un principio, fue otra. Basta recordar cómo en los orígenes de nuestra historia constitucional las Cortes legislaban con el Rey. Pero, además, la evolución ha sido rápida y diferente según momentos y países.

Frente a la realidad de la existencia de la ley como instrumento para regular pacíficamente la convivencia social en el marco del Estado –como factor común–, nos encontramos luego con una casuística muy grande que hace que la potestad legislativa de cualquier Estado en un momento dado sea variable y llena de matices que la singularizan.

Por todo ello, para abordar la técnica legislativa es necesario previamente analizar cómo está configurada la potestad legislativa en el Estado español. Para ello tendremos en cuenta el resultado de la evolución que va desde la Constitución de 1812 hasta nuestros días, así como la realidad constitucional española actual con

---

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Letrado de las Cortes Valencianas.

unas Comunidades Autónomas como realidad y modelo político resultante de un largo proceso, y con una Unión Europea de la que España forma parte desde 1986.

Por todo ello hemos de partir del artículo 66.2 de la Constitución que dice: “Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado”. Esto que es cierto, merece alguna importante matización. En las Cortes Generales –en nuestro Parlamento– reside la potestad legislativa pero no de manera exclusiva. Los principios de división horizontal y vertical del poder han venido a modificar la vieja concepción simple del principio enunciado por Montesquieu o por Locke.

Desde una perspectiva de la división horizontal del poder –que es la clásica–, ésta ha tenido dos maneras bien distintas de interpretarse y, sobre todo, de aplicarse. Por un lado ha existido una interpretación y una aplicación rígida del principio de división de poderes que lo ha convertido en un principio de separación de poderes y que políticamente ha dado lugar a los regímenes presidencialistas. Por el contrario, una interpretación y una aplicación flexible de dicho principio se han plasmado en una colaboración de poderes que ha dado pie a lo que conocemos como parlamentarismo.

Apuntemos ya que nuestra historia constitucional –y de manera clara y fehaciente la Constitución de 1978– opta por una aplicación del principio de división de poderes flexible, lo que hace que en España tengamos un régimen parlamentario. Éste es un aspecto importante sobre el que volveremos a referirnos y, de manera concreta, en determinados aspectos de técnica legislativa.

Todo ello, desde la perspectiva de la potestad legislativa del Estado, ha hecho que las Cortes Generales, el Parlamento, haya perdido el monopolio en la aprobación de las leyes. El Gobierno –fruto de esa colaboración de poderes– también participa en la función legislativa y no sólo porque tenga iniciativa legislativa y pueda presentar proyectos de ley.

Además, el Gobierno está capacitado constitucionalmente para aprobar directamente leyes a través de la delegación legislativa –los decretos legislativos– que autorizan las Cortes Generales; o bien a través de la legislación de urgencia –los decretos leyes– que posteriormente deben ser convalidados también por las Cortes Generales.

Esta importante participación del Gobierno en la potestad legislativa es también un factor importante que hay que tener en cuenta a la hora de abordar la técnica legislativa.

Pero también desde la perspectiva de la división vertical del poder, las Cortes Generales han perdido el monopolio de la potestad legislativa. Pese a la configuración formal de un Estado unitario que preveía la Constitución de 1978, sin embargo, la posibilidad de una amplia descentralización administrativa y sobre todo política ha llevado 33 años después a configurar un Estado plural con diecisiete Comunidades Autónomas con sus propios Parlamentos que dentro del marco competencial de cada Estatuto de Autonomía, aprueban leyes que tienen el mismo valor jurídico que las que aprueban las Cortes Generales en el marco competencial del Estado. Con ello –y en esa división vertical del poder de la que hablaba Karl Loewenstein– también ha quebrado el monopolio de la producción legislativa de las Cortes Generales.

Pero, aún con todo lo expuesto, no podemos minimizar o minorar la importancia que sigue teniendo la potestad legislativa del Estado. Las Cortes Generales han llevado a cabo una ingente labor legislativa como consecuencia de la aprobación de la Constitución española en 1978. El hecho de volver a un sistema democrático significó desde el punto de vista jurídico, volver a tener una Constitución que hace posible la convivencia política y pacífica entre todos los españoles. Y para ello, por un lado, se ha tenido que ir desarrollando todo lo previsto en el texto constitucional y, por otro lado, las leyes preconstitucionales han tenido que ser adaptadas al nuevo sistema político. Por ello, han sido numerosas las leyes que a lo largo de estos años han aprobado las Cortes Generales, leyes que en muchos casos eran urgentes y necesarias.

Esta inmensa labor legislativa no ha ido acompañada de una técnica legislativa cuidada. Y es éste el aspecto que abordamos ahora cuando la sensibilidad hacia la técnica legislativa ha ido en aumento en especial en los últimos años en España.

Y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional ha indicado en más de una ocasión que no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes. Esta idea la ha ido repitiendo el Alto Tribunal en diversas sentencias hasta la más reciente del pasado 13 de septiembre.

Pese a esta postura del Tribunal Constitucional –sobre la que quizás tendrá que volver algún día– el hecho es que las cuestiones de técnica legislativa van adquiriendo una importancia crucial hasta formar parte, hoy día, del principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución; aspecto este sobre el que ha insistido especialmente Piedad García-Escudero.

Así pues, parece lógico que desde el Estado surja una preocupación en relación a la técnica legislativa precisamente para hacer posible una de las manifestaciones más claras del principio de seguridad jurídica. Ahora bien, esta preocupación surgió en la doctrina con la publicación del artículo de Ma. Jesús Montoro, con el título “La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho?”. Como recuerda Carles Viver i Pi-Sunyer *“en este artículo, después de llamar la atención sobre la baja calidad de las normas en vigor y, especialmente, sobre su escaso cumplimiento efectivo, propone la profesora como uno de los posibles remedios, la aplicación de técnicas de comprobación, prueba y valoración de las normas antes de su entrada en vigor para determinar el cumplimiento de lo que considera que son las condiciones necesarias de toda disposición normativa: economía, efectividad, eficiencia, oportunidad administrativa y acercamiento a los administrados”*.

A este trabajo pionero siguió un año después “La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa” del que es autor el Grupo Gretel (“Grup de Tècnica Legislativa”), integrado entre otros por los profesores Pablo Salvador y Carles Viver. Fue el primer libro de técnica legislativa en España.

Esta preocupación de la doctrina llegó también al propio Gobierno. En 1989 a impulso del Centro de Estudios Constitucionales se publicó el “Curso de Técnica Legislativa” elaborado igualmente por el Grupo Gretel. En cierta manera este curso

fue la expresión ya desde dentro del propio Gobierno de la preocupación por la técnica legislativa. El Gobierno del Estado no podía permanecer impasible ante una preocupación que se generalizaba. Además desde el Parlamento Vasco, en abril de 1989 tuvo lugar en Vitoria una reunión fundamentalmente de letrados y técnicos para tratar la calidad de las leyes que pronto se plasmó en una publicación. Con todos estos precedentes el Gobierno del Estado quiso responder a esta demanda técnica con la aprobación de un “Acuerdo por el que se aprueban las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley” de 18 de octubre de 1991, que se publicaría en el Boletín Oficial del Estado núm. 276, de 18 de noviembre de ese año y que estuvieron vigentes hasta las nuevas directrices de 2005.

Para acabar esta referencia al marco jurídico y doctrinal sobre técnica legislativa hay que mencionar especialmente el reciente trabajo de Piedad García-Escudero sobre Técnica legislativa y seguridad jurídica que reclama un mayor control de la calidad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional.

La realidad hoy es que asistimos a una masiva producción normativa que pretende ser la solución para todos los problemas de la sociedad. Por ello se busca antes una ley rápida que una buena ley. Lo que acaba produciendo una insatisfacción por el producto normativo resultante. Por todo ello ha ido creciendo la necesidad y la preocupación de prestar una mayor atención a cómo se redactan las leyes que en España, como hemos indicado, corresponde no sólo al Estado, sino también, a las Comunidades Autónomas y el ámbito europeo.

Como hemos indicado más arriba la preocupación por la técnica legislativa no es algo reciente, hace ya años que existe, sobre todo en la doctrina. El concepto de técnica legislativa no es homogéneo pero se coincide en que es durante el proceso de elaboración de una norma cuando puede incidirse de manera clara. Todo ello a fin de lograr claridad, precisión, vigor, exactitud, coherencia y armonía, predicables de toda norma jurídica.

En España existen unas directrices de técnica normativa a nivel de Estado y en muchas Comunidades Autónomas –como en la mía, la Comunitat Valenciana– también se han dictado. Entre los objetivos de las directrices está de manera primordial la seguridad jurídica. Como indica Piedad García-Escudero, el artículo 9.3 de la Constitución declara garantizados una serie de principios referidos al ordenamiento jurídico y a la actuación de los poderes públicos. Estos principios, como el ordenamiento, no constituyen elementos aislados, sino que por el contrario se encuentran muy relacionados entre sí. La evidencia más palpable de estas relaciones, como ha mostrado nuestro Tribunal Constitucional, se encuentra entre los tres primeros principios enunciados –jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales– y el cuarto, la seguridad jurídica, a la que contribuyen los otros tres, como también el último formulado, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

En este sentido hay que recordar que el preámbulo de las Directrices de técnica normativa de 2005 del Consejo de Ministros, al igual que señalaban las Directrices de 1991 indicadas antes, tienen una mención expresa a la seguridad jurídica.

Las vigentes directrices de 2005 manifiestan que tienen como idea rectora *“el conseguir el mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica”* que se establece en el art. 9.3 CE y que el TC se ha referido a la misma como *“suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición en estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”* (STC 27/81 FJ 10).

El principio de seguridad jurídica en la leyes se concreta en la certeza, en que los destinatarios de la mismas tengan la posibilidad de conocer su contenido auténtico. El principio de seguridad jurídica que se deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional supone que *“...los operadores jurídicos y los ciudadanos sepan a que atenerse porque el Derecho, en sí mismo, ha de ser previsible.”* La concreción de ese principio se realiza, como indica Enrique Soriano Hernández con los subprincipios de: publicidad, claridad, irretroactividad y estabilidad.

Por lo que se refiere a la publicidad hay que recordar el ya citado artículo 9.3 de la Constitución. Con relación al mismo el Tribunal Constitucional (STC 179/1989) ha establecido que la garantía de la publicidad está *“en íntima relación con el principio de seguridad jurídica”*. Y añade *“sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenidos, por lo que resultarían evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento”*.

En segundo lugar las leyes han de ser claras, tanto en el aspecto semántico como en el normativo.

Las normas no deben ser claras solo para juristas, especialistas en unos términos a los que son ajenos la mayoría de los ciudadanos, sino que es necesario que sean entendibles por los ciudadanos a los que afectarán sin que puedan alegar su desconocimiento, dado que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico vinculan a los poderes públicos y a todos los ciudadanos (art. 9.1 CE). Las leyes requieren que se utilice un lenguaje común en la medida de lo posible. El lenguaje además tiene que ser preciso con el menor número de ambigüedades posible, lo que puede comportar que sea necesario el empleo de términos del específico lenguaje jurídico, pero los redactores siempre deben buscar el lenguaje más próximo a los ciudadanos.

El tercero de los elementos que conforman el principio de seguridad jurídica es la irretroactividad de las normas. En el ordenamiento jurídico español la retroactividad

no esta proscrita complemente. El art. 2.3 del Código Civil así lo establece. La prohibición absoluta se establece en la Constitución Española para las disposiciones sancionadoras, penales o administrativas, no favorables o restrictivas de derechos individuales. Sin embargo la irretroactividad no puede suponer la congelación del ordenamiento jurídico en un momento histórico determinado.

El último elemento que hemos reseñado es el de la estabilidad de las normas, que debe permitir conocer cuando una norma está en vigor y tiene eficacia. Los cambios permanentes de las normas que en ocasiones se producen deberían *“sopesarse con la necesaria serenidad antes de emprender reformas de una manera frívola o apresurada”*. Es necesario conocer cuando una norma forma parte del ordenamiento jurídico, desde cuándo y hasta cuándo existe una norma y tiene consecuencias.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha sido reticente a la hora de abordar estas cuestiones. De hecho la única sentencia en que aborda de manera positiva la cuestión que nos ocupa fue la STC 46/1990, en la que indicaba *“Que esta exigencia relativa al principio de seguridad jurídica, implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que en muchas ocasiones se produce. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable y cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas”*.

La reciente STC 136/2011, de 13 de septiembre, ha puesto de relieve de nuevo esta reticencia dado que frente a la ley *ómnibus* impugnada era una ocasión de oro para abordar en positivo esta materia.

El parlamento es el órgano al que en todo sistema democrático le corresponde, como tarea prioritaria, la función legislativa (STC 29/82, F.J.1), pero ello no supone que la elaboración técnica se desarrolle esencialmente en la sede legislativa sino que serán los titulares de la iniciativa legislativa quienes elaboran la propuesta que debe ser objeto de discusión y posible modificación. El texto presentado inicialmente será el que fijará el objeto y contenido de la futura norma, de ahí la trascendencia de esa primera redacción. Nos corresponde examinar cual es ese proceso dependiendo de los diferentes titulares de la iniciativa, aunque como se podrá apreciar, las referencias que se pueden encontrar fuera de la iniciativa gubernamental son escasos. Para ello vamos a seguir el hilo argumental del trabajo de Enrique Soriano Hernández.

La iniciativa legislativa concebida como la facultad de promover la elaboración de una ley está reconocida en los distintos ordenamientos públicos españoles al gobierno, a la iniciativa legislativa popular, al propio parlamento y, en algunas Comunidades Autónomas, a las entidades locales, como es el caso de los municipios

andaluces o los territorios históricos del País Vasco. Si la iniciativa procede del gobierno se denomina proyecto de ley. En los demás casos recibe el nombre de proposición de ley.

Pues bien, la iniciativa legislativa de origen parlamentario, que finalmente se convierte en ley, es proporcionalmente minoritaria a la de origen gubernamental.

Las únicas exigencias que encontramos sobre las proposiciones de ley son que éstas se presenten en el registro acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios (art.124 RCD), con lo que se reproduce lo establecido para los proyectos de ley. Esta formulación ha sido imitada por la mayoría de los reglamentos de los parlamentos de las CCAA, aunque en algunos reglamentos, más realistas, se limitan las exigencias sobre los documentos que deben acompañar estas iniciativas. En el Senado, junto con la exigencia de que exista un texto articulado, acompañado de una exposición justificativa, se menciona la exigencia de una memoria que evalúe el coste económico pero sólo para las iniciativas que tengan una clara incidencia económica, con lo que en la mayoría de los casos la exigencia desaparece.

Esta información requerida tiene un carácter instrumental y tiene como propósito garantizar que los miembros de las propias cámaras legislativas puedan formar su opinión, por lo que su cumplimiento depende de factores, alguno de índole subjetivo.

La incorporación de la exposición de motivos parece que suele ser cumplida en el Congreso, aunque frecuentemente no se acompaña de antecedentes, no provocando la inadmisión pero sí que se recaben los mismos. La exigencia, según señala García-Escudero, tiene carácter puramente formal ya que tales antecedentes se limitan a una relación de los textos legislativos a los que afecta.

Las únicas iniciativas legislativas, aunque no resulte comprensible esta exigencia para éstas y no para otras, sobre las que existe un control por parte de los órganos de las cámaras parlamentarias, son las iniciativas legislativas populares. A éstas se les exige que sean homogéneas, que no aborden una diversidad de materias carentes de conexión entre sí, pero, además, existe un conjunto de materias sobre las que está excluida la iniciativa legislativa popular y a la Mesa del parlamento es quien corresponde examinar si esos requisitos se cumplen. Sería deseable que estas exigencias se extendieran también a todas las proposiciones de ley y no sólo a las de iniciativa legislativa popular.

En la fase de calificación y admisión a trámite, las mesas de los parlamentos se limitan a verificar el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en los respectivos reglamentos parlamentarios, y eventualmente de carácter material, según establece la doctrina del Tribunal Constitucional.

En España, como en todos los sistemas parlamentarios, el gobierno mantiene una relación fiduciaria con el parlamento, en cuanto que este es plasmación de la mayoría social presente en el legislativo. Entre gobierno y mayoría parlamentaria se produce una necesaria identidad política que garantiza que el programa

gubernamental tenga el soporte necesario para su aprobación en el parlamento. Cuando esa relación se quiebra se suele producir un cambio gubernamental o unas nuevas elecciones.

En este sistema, el gobierno asume la condición de máximo órgano de dirección política, según dispone el art. 97 CE, una de cuyas expresiones básicas es la iniciativa legislativa (STC 45/90 FJ 2). A ello hay que sumar que el ejecutivo se apoya en una amplitud de medios, frente a los siempre limitados recursos de los que se dotan los parlamentos y sus grupos. Efectivamente el gobierno y su administración tienen medios materiales, técnicos y humanos suficientes, entre los que se encuentran la disposición de instrumentos económicos, que permitirán promover la propuesta contenida en la iniciativa.

La Ley española del Gobierno, Ley 50/97, en su artículo 22.2, establece que el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley se inicia en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto. El inicio de un procedimiento de preparación de un anteproyecto de ley es una decisión de naturaleza estrictamente política.

El reconocimiento a la iniciativa legislativa al gobierno, establecida en el artículo 88 CE, es la primera indicación sobre el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley. El precepto constitucional establece que éstos son aprobados por el Consejo de Ministros para su remisión al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse.

El establecimiento de un procedimiento de elaboración en el que se efectúen los estudios, dictámenes y consultas pertinentes tiene como finalidades, en todo caso, garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de los proyectos normativos y es un buen momento para dotar al proyecto de una buena técnica legislativa.

La Ley de Gobierno estatal prescribe que en los ministerios el anteproyecto se inicia con la elaboración de memorias, estudios o informes, sobre la necesidad y oportunidad del mismo. El conjunto de estudios e informes no hay que confundirlos con la memoria que sería el documento inicial en el que se expone la conveniencia de la nueva ley. Esos estudios e informes previos tienen un contenido mínimo necesario, según se puede desprender de la Ley de Gobierno, y son la memoria económica, en la que se contiene una estimación de la incidencia sobre el gasto público a que puede dar lugar la ley; el informe de la Secretaría General, como órgano jurídico de asesoramiento directo al ministerio, y el informe sobre impacto de género, incorporado por la ley 30/2003 como preceptivo.

Una vez efectuados los estudios e informes indicados como preceptivos, junto con la memoria económica, se eleva al Consejo de Ministros a fin de que decida sobre los ulteriores trámites. Este primer conocimiento por parte del Consejo de Ministros se le califica de primera lectura.

Junto a los informes prescritos en la Ley de Gobierno hay que añadir la existencia en determinados casos de una serie de informes derivados de otras leyes como son: El informe del Consejo General del Poder Judicial, el informe del Consejo de Estado y el del Consejo Económico y Social.

El único informe que deriva directamente y con claridad de la Constitución es el relativo a la modificación del régimen económico y fiscal del Archipiélago canario, según establece la Disposición Adicional Tercera de la Constitución Española que debe emitirse desde esa Comunidad Autónoma

El último examen del gobierno de las iniciativas legislativas (art. 22.4 de la ley de gobierno), es el que se produce en el momento anterior a la remisión al parlamento como proyecto de ley. El art. 88 CE establece que los proyectos de ley deberán ir acompañados, como hemos indicado, de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse el proyecto.

Ahora bien, la presentación de las iniciativas legislativas en el parlamento no supone que la corrección técnica de los proyectos o proposiciones deba olvidarse a lo largo de su tramitación parlamentaria.

Es el parlamento el que tiene por objeto *“la producción de normas para la ordenación justa y racional de la comunidad”* (STC 166/1986). Como indica Enrique Soriano Hernández, la corrección técnica en la fase de preparación de una iniciativa es necesaria para permitir que el texto, que definitivamente se convierta en ley, posea la necesaria calidad, pero en la tramitación parlamentaria es donde se puede desvirtuar con la incorporación de enmiendas que alteren su propia lógica interna o una apresurada redacción tenga como resultado un texto que no contribuya a la claridad de la norma. El riesgo de que se produzca una mayor distorsión en un texto legislativo se produce cuando no existe una mayoría absoluta en el parlamento ya que la necesidad de que se alcancen acuerdos entre las distintas formaciones políticas para conformar la mayoría suficiente que permita aprobar la ley, comporta el que se tenga que ceder en las posiciones iniciales y permitir que todos puedan tener su particular aportación al texto legislativo lo que en ocasiones puede ser fuente de una cierta confusión en el texto finalmente aprobado.

La existencia de unas normas, hoy por hoy inexistente, debe ser la guía de quienes tienen encomendada la función de asesoramiento, aunque, como señala Piedad García-Escudero, no debe olvidarse en ningún momento el primado de la política en un órgano como el parlamento que es la esencia de la política en todo sistema democrático.

En todo caso, si que son de aplicación un conjunto de principios de homogeneidad, sistematización y ordenación interna.

Las normas técnicas deben estar presentes en todo el procedimiento legislativo para permitir mantener unos estándares de corrección en el producto legislativo final, pero hay trámites en los que es especialmente sensible para alcanzar estos fines. Las enmiendas en cuanto que instrumento de participación de los parlamentarios y los grupos mediante las que se posibilita los cambios para contribuir a la conformación final del texto legal es el medio que permite mejorarlos o empeorarlos.

Uno de los requisitos para garantizar la claridad de una ley es que ésta tenga un objeto claro y homogéneo, lo que supone que deberá ser respetado en el proceso legislativo. La exigencia de homogeneidad y congruencia es cuestión de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

La necesaria exigencia de un criterio de homogeneidad y congruencia de las iniciativas legislativas en su seno y de las enmiendas que se presenten al mismo, no es solamente una cuestión que pueda afectar al principio de participación, sino que desde la óptica en que nos encontramos es esencial para dotar de seguridad jurídica a la norma que finalmente será aprobada, ya que ello permitirá que pueda existir certeza sobre el contenido de las mismas.

En cuanto a las diferentes fases del procedimiento legislativo entendemos que es en la fase de ponencia cuando mejor se puede abordar la técnica legislativa en aras de una mayor calidad de la norma que se pretende aprobar.

La ponencia con una participación reducida de los parlamentarios de la comisión y con el asesoramiento del letrado es el lugar y momento idóneo. El problema es que en casi todos los parlamentos las ponencias se han desvirtuado llegándose sólo a reuniones de pocos minutos en las que simplemente se da el visto bueno a la propuesta de ordenación de enmiendas propuesta por el letrado.

Los trámites subsiguientes de comisión y el debate final en el pleno están dotados de una rigidez que dificulta que se pueda incidir en las iniciativas legislativas. Únicamente reseñar la posibilidad contemplada en estos dos trámites de las llamadas enmiendas transaccionales y enmiendas técnicas. Estas últimas tienen por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales, lo que deberá verificar la Mesa de la comisión.

En cuanto a las enmiendas transaccionales en comisión, de aproximación (art. 114.3 RCD), son aquellas que pretenden el acuerdo por aproximación entre las enmiendas ya formuladas y el texto del artículo en comisión. A la Mesa de la comisión le corresponderá comprobar el requisito, pero a diferencia de lo que sucede en el Pleno no es necesaria ni la conformidad del grupo parlamentario autor de la enmienda objeto de transacción, ni la retirada de las enmiendas respecto de las que se transige. Ello puede suponer que en base a enmiendas de determinados grupos se presenten enmiendas que aparentemente busquen la aproximación pero que acaben desvirtuando lo que originariamente era la intención de las enmiendas presentadas. Este tipo de enmiendas son las que, en ocasiones, se emplean para introducir cuestiones no previstas en el texto originario.

Por todo ello, las directrices sobre técnica normativa que hasta la fecha han sido objeto de publicación en España en un boletín oficial, lo que les dota de un reconocimiento para las administraciones respectivas, han sido únicamente las de algunos gobiernos autonómicos y las del Gobierno de España. Las últimas han sido las probadas por el Consejo de Ministros el 22 de julio de 2005, que sustituyen a las aprobadas en 1991.

Las directrices dictadas hasta la fecha, tienen su ámbito de actuación limitadas a los ejecutivos, lo que hace que consideremos la necesidad de unas directrices en la sede parlamentaria, pues la corrección técnica debe mantenerse durante toda la tramitación de iniciativas legislativas, ya que un proyecto puede desvirtuarse a lo largo del procedimiento.

Esas normas deberían servir a los órganos parlamentarios que intervienen en la calificación de enmiendas para poder rechazar aquellas que no cumplan unos requisitos mínimos de homogeneidad y congruencia de la iniciativa legislativa y de las enmiendas que se presenten, junto con unos estándares básicos sobre estructura, lenguaje, publicación y las especialidades que sobre todo tienen las leyes modificativas.

Todas las normas indicadas son calificadas como directrices, lo que las convierte en recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de elaboración de las leyes. Se trata de meras reglas o recomendaciones técnicas, carentes de fuerza normativa, lo que permite calificarlas como instrucción o circular, cuyo cumplimiento, en todo caso, supondrá que la infracción de estas directrices podría suponer el origen de una falta disciplinaria, suponiendo que la observancia de estas normas corresponde al secretariado del gobierno, aunque parece muy dudoso que la inobservancia pudiera tener consecuencias disciplinarias.

De las directrices publicadas en boletines oficiales las últimas, aprobadas en el año 2005, son las que tienen una mayor extensión, pasando de 37 apartados, que establecían en las de 1991, a los 102 apartados de las vigentes. Las directrices tienen un cuerpo estructural común en el que se incluye un primer apartado destinado al título de la disposición, el segundo apartado está destinado a la parte expositiva, una tercera parte es la parte dispositiva y se concluye con apartado denominado parte final.

En ellas aparecen de manera sistematizada las recomendaciones para una calidad técnica de las leyes. Pero no olvidemos que se refieren sólo a los proyectos de ley, a las iniciativas legislativas gubernamentales.

De ahí que la preocupación sea la calidad técnica en sede parlamentaria donde no existen directrices y donde sobre todo las enmiendas pueden desvirtuar incluso a los propios proyectos de ley.

Por todo ello, para finalizar mi intervención me atrevería a exponer la regla de oro de una buena técnica legislativa que garantice la seguridad jurídica y que no aparece en directriz alguna.

En un sistema parlamentario, el poder legislativo tiene básica y primordialmente dos funciones: hacer las leyes e impulsar y controlar al gobierno. Pues bien: los procedimientos parlamentarios que regulan el impulso y el control del gobierno deberían ser ágiles y rápidos, de tal manera que permitan que lo que pase en la calle, en la realidad, pueda ser tratado y debatido con rapidez en sede parlamentaria.

En cambio las leyes hay que hacerlas sin prisa, lo que es garantía de calidad y de mayor posibilidad de consenso. Si una ley es muy necesaria ya está el procedimiento de urgencia.

Pues bien, nuestra realidad es justo lo contrario. Los procedimientos de impulso y control de la acción de gobierno son lentos y farragosos y en muchas ocasiones cuando el parlamento aborda las cuestiones ha transcurrido demasiado tiempo.

En cambio las leyes se hacen de prisa y por tanto se aprueban sin calidad, lo que redundando en la falta de seguridad jurídica. Este es el “*quid*” de la cuestión, la regla de oro que se incumple.

## **Bibliografía**

Para la elaboración de esta conferencia se ha tenido en cuenta la bibliografía que a continuación se indica y, de manera especial, los trabajos referenciados de Piedad García-Escudero Márquez y de Enrique Soriano Hernández.

- ABAJO QUINTANA, J.J., “Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de leyes: antecedentes y finalidad”, *La técnica legislativa a debate*, Madrid, 1994, págs. 123 a 176.
- AGUILÓ LÚCIA, LI., “Competencia para dictar directrices de técnica legislativa”, *La calidad de las Leyes*, Vitoria, 1989, págs. 321 a 337.
- CAZORLA PRIETO, L.M., “Codificación contemporánea y técnica legislativa”, Madrid, 1999.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La iniciativa legislativa del Gobierno”, Madrid, 2000.
- GARCÍA-ESCUADERO, MÁRQUEZ, P., “El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales”, Madrid, 2006.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?”, Pamplona, 2010.
- JIMENA QUESADA, L., “Dirección política del gobierno y técnica legislativa”, Madrid, 2003.
- MONTORO CHINER, M.J., “Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas”, Madrid, 1989.
- MONTORO CHINER, M.J., “Seguretat jurídica i tècnica legislativa”, *Legislador i tècnica legislativa*, Barcelona, 2003, págs. 189 a 241.
- PENDAS GARCÍA, B., “Procedimiento legislativo y calidad de las leyes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28, 1990, págs. 75 a 110.
- SAINZ MORENO, F., “Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de Ley”, en F. SAINZ MORENO y J. C. DA SILVA OCHOA, *La calidad de las Leyes*, Vitoria, 1989, págs. 19 y ss.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Exposiciones de Motivos: Motivos para su eliminación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33, 1991, págs. 47 y ss.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., “Nota acerca de las directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley”, *Revista de las Cortes Generales*, 25, 1992, págs. 155 y ss.
- SORIANO HERNÁNDEZ, E. Y VISIEDO MAZÓN, F.J., “Las enmiendas en el procedimiento legislativo”, Murcia, 2000.
- SORIANO HERNÁNDEZ, E., “La elaboración técnica de las leyes en las Comunidades Autónomas”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 28, 2008, págs. 17-45.
- VV.AA., *La técnica legislativa a debate*, J. CORONA FERRERO, y J. TUDELA ARANDA (coords.), Madrid, 1994.
- VV.AA., *La calidad de las Leyes*, SAINZ MORENO, F. DA SILVA OCHOA J. C. (coords.), Vitoria, 1989.
- VV.AA., *La forma de las Leyes*, 10 estudios de técnica legislativa, Barcelona, 1986.

- VV.AA., "Curso de técnica legislativa. Gretel", Madrid, 1989.
- VV.AA., "Legislador i tècnica legislativa", Barcelona, 2003.

# III

## Informe de evaluación de la ley N° 20.413, que determina quiénes pueden ser donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad (extracto)\*

Departamento de evaluación de la ley\*\*

### 1. Introducción

El Departamento de Evaluación de la Ley fue creado a fines de 2010, bajo la presidencia de la diputada Alejandra Sepúlveda, por acuerdo de la Comisión de Régimen Interno, Administración y Reglamento de la Cámara de Diputados.

Su objetivo es evaluar las normas legales aprobadas por el Congreso Nacional; su eficacia e influjo en la sociedad; si fuere necesario, proponer medidas correctivas para su acertada aplicación, y crear una red de organizaciones sociales interesadas en participar de tales evaluaciones.

Par el cumplimiento de sus cometidos posee autonomía funcional.

### 2. Proyecto piloto: Evaluación de la ley de donante universal

En marzo de 2011 se inició el proceso de evaluación de la ley N° 20.413, que modificó la N° 19.451, cuyo fin es determinar quiénes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad.

\* El presente artículo es una síntesis del informe elaborado por el Departamento de Evaluación de la Ley, cuya versión completa está disponible en [www.camara.cl](http://www.camara.cl).

\*\* Síntesis elaborada por Verónica Seguel, Abogada.

Se seleccionó por cumplir los siguientes Criterios de selección de las leyes a ser evaluadas, definidos por el Departamento de Evaluación de la Ley.

<b>Neutralidad política</b>	<i>Las leyes no deben producir alineamientos político-partidistas ni ideológicos inmediatos.</i>
<b>Aplicabilidad general</b>	<i>Las leyes deben estar destinadas a producir efectos en relación a un porcentaje importante de la población.</i>
<b>Contingencia</b>	<i>Las leyes deben regular un tema que esté presente en el debate público, especialmente en los medios de comunicación social y en las redes sociales.</i>
<b>Viabilidad metodológica</b>	<i>Las leyes o aspectos específicos de ellas han de ser medibles o cuantificables.</i>
<b>Temporalidad legislativa</b>	<i>Las leyes deben: a) tener una vigencia mínima de dos años<sup>1</sup>; b) ser evaluables en un plazo no superior a 6 meses, y c) no debe haber a su respecto uno o más proyectos de ley en estado avanzado de tramitación<sup>2</sup>.</i>
<b>Factibilidad técnica</b>	<i>Las leyes deben ser susceptibles de ser evaluadas con los recursos técnicos, humanos y financieros disponibles.</i>

La moción que le dio origen (bol. 4999-11) se fundamentó en la necesidad de revertir la baja tasa de donantes de órganos en Chile, señalando que los mecanismos de fomento existentes no habían dado los resultados esperados debido a su insuficiencia y al desconocimiento de la población. La introducción del donante universal fue el principal instrumento elegido por el legislador para intervenir esta realidad en materia de trasplantes.

Sin embargo, transcurridos 15 meses de vigencia, los indicadores evidenciaban un retroceso en el efecto que la iniciativa legislativa explicitaba como su finalidad, aumentar la donación de órganos para trasplantes.

Para identificar las causas de las cifras negativas y conocer el detalle de cómo había operado la ley, así como la percepción de quienes habían sido afectados directa o indirectamente por ella, se evaluó la norma y se recomendaron ajustes tendientes al logro de su objetivo inicial.

### 3. Metodología

La metodología diseñada y empleada en este primer estudio, consideró tres fases:

- La primera, orientada a la medición de la realidad pre y post legislativa de acuerdo a criterios técnicos y objetivos, cuya fuente de información es fundamentalmente la opinión de expertos en la temática y de los organismos oficiales involucrados en la ejecución de la ley y el análisis jurídico de las normas involucradas;
- La segunda, destinada a determinar la percepción de los beneficiarios y afectados por la norma en evaluación, mediante la aplicación de herramientas de investigación social tanto a organizaciones de personas directamente interesadas como a ciudadanos no relacionados con el tema regulado por la ley; y

<sup>1</sup> Anteriormente el plazo de vigencia mínimo considerado era de un año.

<sup>2</sup> Requisito agregado con posterioridad.

- La tercera, centrada en el análisis de la información obtenida y la elaboración del informe de evaluación.

Cada fase contempla las siguientes etapas genéricas :

### **3.1. Fase I: Estudio técnico de la ley**

Etapas I: Determinación de la razón por la cual se legisló o del problema que el legislador quiso resolver por medio de la regulación.

- Identificar los antecedentes de la ley o el problema a ser resuelto por la ley.  
- Identificar o construir indicadores que den cuenta de la necesidad de creación de la norma (línea de base).

- Actividades: revisión y análisis de la historia de la ley desde su fase pre legislativa hasta su promulgación.

- Fuentes de información: anteproyectos del ejecutivo; moción o mensaje; análisis y debate parlamentario; publicaciones especializadas; publicaciones en medios de comunicación social; estadísticas oficiales, entre otros.

Etapas II: Identificación del objetivo general y de los objetivos específicos de la ley.

- Identificar el objetivo general y los objetivos específicos de la ley en evaluación.

- Identificar o elaborar indicadores de resultado esperado para el objetivo general y para los objetivos específicos.

- Actividades: revisión de la historia y de las normas de la ley para determinar cuáles de ellas dan cuenta o pretenden cumplir el objetivo general y los objetivos específicos del legislador.

- Fuentes: normas de la ley y tramitación legislativa del proyecto respectivo.

Etapas III: Identificación de los instrumentos elegidos por el legislador para alcanzar sus objetivos.

- Identificar los medios seleccionados por el legislador para abordar el problema.

- Crear indicadores de cumplimiento de plazos y procedimientos.

- Actividades: análisis de la norma identificando los elementos que le conceden soporte conceptual y operativo.

- Fuente: ley y normas derivadas y tramitación del proyecto de ley.

Etapas IV: Identificación de los servicios u órganos de la Administración del Estado o de otros poderes o instituciones públicas o privadas que participan en la aplicación de la ley.

- Determinar cuáles son dichos servicios u órganos y su rol específico.

- Identificar o construir indicadores de cumplimiento de los plazos y de las tareas asignadas.

- Actividades: revisión y análisis de las normas de la ley y de los reglamentos de ejecución, si los hubiere, y del entorno normativo.

– Fuente: normas de la ley y otras leyes o reglamentos vinculados; funcionarios y usuarios de dichos órganos o servicios.

Etapa V: Determinación de los beneficiarios de la ley (grupo objetivo).

– Determinar el grupo o grupos de beneficiarios que constituyen el objetivo para la ley. Caracterización de la población.

– Determinación de los afectados por la ley.

– Actividades: recopilación de antecedentes sobre el grupo objetivo antes y después de la legislación.

– Fuente: normas de la ley; historia de la ley; leyes vinculadas; reglamentos y otras normas de ejecución; información y datos oficiales, publicaciones y trabajos especializados.

Etapa VI: Identificación y medición de los efectos de la ley.

– Seleccionar herramientas pertinentes y construir indicadores específicos para conocer y medir los diversos efectos que la ley ha producido.

– Actividades: selección y aplicación de las herramientas de recolección y búsqueda de datos e informes oficiales acerca de los efectos producidos por la ley.

– Fuente: informes y estadísticas oficiales de los organismos e instituciones involucradas; estudios académicos, publicaciones especializadas, otros.

### **3.2. Fase II: Determinación de la percepción ciudadana**

Etapa VII: Identificación de las personas y agrupaciones beneficiarias y/o afectadas por la ley.

– Identificar agrupaciones de la sociedad civil que reúnan a beneficiarios y/o afectados por la ley.

– Determinar opinión de los beneficiarios y/o afectados de la ley.

– Actividades: búsqueda en bases de datos y en buscadores de Internet, consulta a expertos o personas vinculadas al tema.

– Fuente: comisiones legislativas; medios de comunicación social, Internet, guías especializadas, entre otros.

Etapa VIII: Determinación de la percepción ciudadana acerca de la ley en evaluación.

– Diseñar instrumentos para obtener información acerca de dicha percepción (entrevistas; focus group; encuestas; jornadas de evaluación ciudadana; encuestas y chat de discusión en la web, entre otros).

– Actividades: aplicación de dichos instrumentos y análisis de los resultados obtenidos.

### **3.3. Fase III: Informe final**

Etapa IX: Análisis de los datos e información recopilados y preparación del informe de evaluación de la ley.

– El informe incluye un resumen de la información recopilada, del análisis efectuado, de las conclusiones obtenidas y de las recomendaciones.

#### **4. Objetivo general de la evaluación**

La finalidad mediata de este estudio es analizar y evaluar el resultado preliminar de los objetivos de la ley N° 20.413, que modificó la N° 19.451, con el fin de determinar quiénes pueden ser considerados donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad, en particular el concepto de donante universal que introdujo esa legislación, identificando las causas de sus eventuales debilidades de desempeño y proponiendo opciones de mejoramiento donde fuere pertinente.

La declaración de este objetivo delimita el análisis, pues no se pretende estudiar la totalidad de la norma legal ni del sistema de procuramiento, donación y trasplante, sino del principal instrumento elegido por el legislador para afectar la realidad, a saber, el donante universal o presunto. Ello no obstará a que se identifiquen aspectos colaterales de esa figura, así como otras dimensiones involucradas en la operación material de la ley.

#### **5. Objetivos específicos de la evaluación**

Los objetivos intermedios de esta evaluación se sintetizan en:

– Recopilar y analizar los antecedentes que conforman la historia de la ley N° 20.413, identificando tanto sus objetivos explícitos e implícitos, como las características distintivas incluidas en ella por el legislador.

– Recoger información relevante desde los sectores público y privado involucrados directamente en la donación y trasplante de órganos.

– Obtener un diagnóstico general de la realidad actual en materia de donación y trasplante de órganos, específicamente del donante universal, como principal medio escogido por el legislador para intervenir el entorno social.

– Aproximarse a la percepción de la ciudadanía en relación a la donación y trasplante de órganos en el país, así como su posición subjetiva frente al donante universal.

#### **6. Aplicación de la metodología diseñada**

Los procedimientos de análisis utilizados, así como la estructura de este informe pretenden ser una aproximación metodológica que, a partir de este proyecto piloto, construya procesos útiles y válidos considerando las particularidades de cada norma a ser evaluada. En el proceso se han incorporado las recomendaciones formuladas por la División de Política Regulatoria de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a través de la misión que visitó la Cámara de Diputados con el objetivo de conocer la propuesta generada por el Departamento de Evaluación de la Ley y desarrollar criterios y métodos útiles en el trabajo de análisis regulatorio retrospectivo. Por lo anterior, tanto los procedimientos aplicados como la construcción del presente reporte han incorporado sus recomendaciones preliminares.

El detalle de la aplicación de la metodología de evaluación de la Ley N° 20.413, identificando las fuentes de información utilizadas para cada una de las etapas desarrolladas, se describe a continuación.

**FASE I: ESTUDIO TÉCNICO DE LA LEY**

ETAPA I: Determinación de la razón por la cual se legisló o del problema a ser resuelto por la regulación

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY Nº 20.413
Determinar la razón que motivó la legislación o el problema a ser resuelto mediante la norma jurídica	Estudio de la moción, determinación de la razón de legislar y de la idea matriz del proyecto. Estudio de la historia de la ley y de las normas asociadas
Construir indicadores que den cuenta de la necesidad de crear la regulación (línea de base)	Identificar indicadores que den cuenta de la realidad en la etapa pre legislativa: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Número de donantes y de trasplantes</li> <li>- Evolución del número de donantes y trasplantes</li> <li>- Presupuesto asignado</li> </ul>
Fuentes de información: <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Moción Nº 4999-11, modifica la ley Nº 19.451 para establecer el principio de la donación</li> <li>2) y recepción universal de órganos. Autores: Guido Girardi, Carlos I. Kuschel, Evelyn Matthei, Carlos Ominami y Mariano Ruiz-Esquide</li> <li>3) Ley Nº 20.413 y su historia</li> <li>4) Ley Nº 19.451, establece normas sobre trasplante y donación de órganos</li> <li>5) Noticias y artículos de prensa</li> <li>6) Corporación Nacional del Trasplante</li> <li>7) Instituto de Salud Pública de Chile</li> </ol>	

ETAPA II: Identificación del objetivo general y los objetivos específicos de la ley

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY Nº 20.413
Identificar el objetivo general y los objetivos específicos de la ley	Objetivo a ser evaluado: aplicación y efectividad del donante universal. Estudio de la normativa asociada y procedimientos relacionados
Elaborar indicadores de resultado esperado para el objetivo general y los objetivos específicos a ser evaluados	Indicadores esperados relativos a: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Número de trasplantes</li> <li>- Número de donantes</li> <li>- Registro de No donantes</li> <li>- Presupuesto asignado</li> <li>- Efectividad del sistema</li> <li>- Efectividad de la estructura administrativa</li> </ul>

Fuentes de Información:

- 1) Moción N° 4999-11
- 2) Ley N° 20.413 y su historia
- 3) Ley N° 19.451
- 4) Reglamentos y normativas derivadas
- 5) Corporación Nacional del Trasplante
- 6) Instituto de Salud Pública de Chile

ETAPA III: Identificación de los instrumentos elegidos por el legislador para alcanzar sus objetivos

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY N° 20.413
Identificar los instrumentos elegidos por el legislador para alcanzar sus objetivos	Instrumentos identificados: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Donante universal</li> <li>- Receptor universal</li> <li>- Coordinadora Nacional de Trasplantes</li> <li>- Gratuidad de la donación</li> <li>- Protección de confidencialidad</li> <li>- Registro de No donantes</li> <li>- Financiamiento</li> </ul>
Identificar o crear indicadores de cumplimiento de plazos y procedimientos	Identificarlos en la ley, reglamento y normativa administrativa. Indicadores explícitos y/o tácitos de desempeño y de cumplimiento
<p>Fuentes de información:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Moción N° 4999-11</li> <li>2) Ley N° 19.451</li> <li>3) Historia de la ley N° 20.413</li> <li>4) Coordinador Nacional de Trasplantes, Dr. José Luis Rojas B. (entrevista)</li> <li>5) Corporación del Trasplante, Pdte. doctor Javier Domínguez C. (entrevista)</li> <li>6) Servicio de Registro Civil e Identificación: Jefa Sub Departamento Registros Especiales, abogada Ximena Rojas; Asesora de dicho Sub Departamento, abogada Fabiola Alfaro; Asesor Sub Departamento de Identificación, Polyana Pastrián y Jefe de Proyectos Informáticos, Alberto Ramírez (entrevista)</li> </ol>	

ETAPA IV: Identificación de los servicios u órganos de la Administración del Estado o de otros poderes o instituciones públicas o privadas que participan en la aplicación de la ley

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY Nº 20.413
Identificar los servicios u órganos públicos involucrados y su rol	Ministerio de Salud (entrevistado Coordinador Nacional de Trasplantes) Servicio de Registro Civil e Identificación (entrevistado) Instituto de Salud Pública de Chile Municipalidades (definidas) Establecimientos de salud (entrevistado) Sistemas de Salud (Fonasa/Isapre, definidos)
Construcción de indicadores de cumplimiento de plazos y de tareas asignadas	Funcionamiento Registro de No Donantes Coordinación entre municipalidades y SRCI Dictación y aplicación del reglamento Inicio de actividades de la Coordinación Nacional de Trasplantes
<p>Fuentes de información:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Moción Nº 4999-11</li> <li>2) Historia de la ley Nº 20.413</li> <li>3) Ley Nº 19.451</li> <li>4) Reglamentos y normativas derivadas</li> <li>5) Servicio de Registro Civil e Identificación (entrevista)</li> <li>6) Coordinador Nacional de Trasplantes, doctor José Luis Rojas B. (entrevista)</li> <li>7) Corporación del Trasplante, presidente doctor Javier Domínguez C. (entrevista)</li> <li>8) Coordinadoras de Trasplante y Procuramiento de Órganos, enfermeras del Hospital Carlos Van Buren, Valparaíso (entrevista)</li> <li>9) Instituto de Salud Pública de Chile (entrega de documentos e información)</li> <li>10) Sociedad del Trasplante, presidenta, doctora Viola Pinto S. (entrevista)</li> </ol>	

ETAPA V: Determinación de los beneficiarios y/o afectados por la ley

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY Nº 20.413
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Determinar el grupo o grupos de beneficiarios que constituyen el objetivo de la ley</li> <li>- Determinación de los afectados por la ley</li> <li>- Caracterización de esos grupos de la población</li> </ul>	<p>Población objetiva beneficiaria: personas que requieren trasplante de órganos</p> <p>Población objetiva afectada: mayores de 18 años</p>

Fuentes de información:

- 1) Moción N° 4999-11 (Ley N° 20.413)
- 2) Historia de la ley N° 20.413
- 3) Ley N° 19.451
- 4) Reglamentos y normativas derivadas
- 5) Coordinador Nacional de Trasplantes, doctor José Luis Rojas B. (entrevista)
- 6) Corporación del Trasplante, presidente doctor Javier Domínguez C. (entrevista)
- 7) Sociedad del Trasplante, presidenta doctora Viola Pinto S. (entrevista)
- 8) Internet
- 9) Noticias y artículos de prensa

ETAPA VI: Identificación y medición de los efectos de la ley

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY N° 20.413
<p>Seleccionar herramientas y construir indicadores específicos para conocer y medir los efectos que la ley ha producido (los seleccionados)</p>	<p>Efectos en el presupuesto de la Nación                      Efectos administrativos en MINSAL y su orgánica                      Destinación de recursos para campañas publicitarias que indica la ley                      Evolución de la declaración de la voluntad de ser donante                      Evolución del número de donantes efectivos                      Evolución del número de trasplantes y trasplantados                      Funcionamiento y confiabilidad del Registro de No Donantes donantes</p>
<p>Fuentes de información:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) Moción N° 4999-11</li> <li>2) Historia de la ley N° 20.413</li> <li>3) Ley N° 19.451</li> <li>4) Reglamentos y normativas derivadas</li> <li>5) Servicio de Registro Civil e Identificación (entrevista)</li> <li>6) Coordinador Nacional de Trasplantes, doctor José Luis Rojas B. (entrevista)</li> <li>7) Corporación del Trasplante, Presidente doctor Javier Domínguez C. (entrevista)</li> <li>8) Sociedad del Trasplante, Presidenta, doctora Viola Pinto S. (entrevista)</li> <li>9) Enfermeras Coordinadoras de Trasplante y Procuramiento de Órganos del Hospital Carlos Van Buren de Valparaíso (entrevista)</li> </ol> <p>Foro televisivo “Conversando sobre el Donante Universal”, organizado por el Departamento de Evaluación de la Cámara de Diputados y grabado por su canal de televisión (CDTV). Invitados: Presidente de la Cámara de Diputados, Patricio Melero A.; Coordinador Nacional de Trasplantes, doctor José Luis Rojas B.; presidente de la Corporación del Trasplante, doctor Javier Domínguez C.; presidenta de la Sociedad del Trasplante, doctora Viola Pinto S. y el director de la Asociación de Dializados y Trasplantados (ASODI) abogado Francisco López M.</p>	

<b>FASE II: PERCEPCIÓN CIUDADANA</b>
--------------------------------------

ETAPA VII: Identificación de las agrupaciones de beneficiarios y/o afectados por la ley

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY Nº 20.413
Identificar agrupaciones de la sociedad civil que reúnan a beneficiarios y/o afectados por la ley	Identificar a las agrupaciones relacionadas con donación, procuramiento y trasplante de órganos y rehabilitación.
Fuentes de información: 1) Moción N° 4999-11 (Ley N° 20.413) 2) Historia de la ley N° 20.413 3) Ley N° 19.451 4) Corporación del Trasplante, presidente doctor Javier Domínguez C. (entrevista) 5) Internet 6) Noticias y artículos de prensa	

ETAPA VIII: Determinación de la percepción ciudadana acerca de la ley en evaluación

DESCRIPCIÓN	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY Nº 20.413
- Diseñar instrumentos para obtener información acerca de dicha percepción - Gestionar y coordinar la aplicación de los instrumentos. Analizar la información obtenida	<b>FORO CIUDADANO VIRTUAL</b> Diseño y desarrollo del sitio web Foro Ciudadano. Implementación del Foro Ciudadano <b>FORO CIUDADANO PRESENCIAL</b> Entrevistas a agrupaciones nivel central Entrevistas a agrupaciones de regiones

- 1) Mesa Ampliada de Iglesias Evangélicas (entrevista):
  - a. Presidente, Obispo Emiliano Soto Valenzuela
  - b. Presidente de la Iglesia Evangélica Wesleyana, Eduardo Cid Cortés
  - c. Secretario DEPAIN, Asesor de Ética Raúl Sánchez
- 2) Comunidad Judía, Círculo Israelita de Santiago, Rabino Marcelo Kormis (entrevista)
- 3) Iglesia Católica, profesor de bioética de la Pontificia Universidad Católica de Chile, doctor Andrés Valdivieso (entrevista)
- 4) Testigos de Jehová (opinión oficial sitio web oficial)
- 5) Centro Islámico (consulta no contestada)
- 6) Sitio web Apóyeme a Donar, creador Eduardo Castrillón (entrevista)
- 7) Coordinador de bioética de la Facultad de Medicina de la U. Diego Portales, doctor Marcelo O. Muñoz C. (entrevista)
- 8) Asociación de Dializados y Trasplantados (ASODI) (entrevista):
  - a. Director, Francisco López M.
  - b. Jefa del Departamento Social, Beatriz Moscoso
- 9) Neuromit (Corporación Chilena de Enfermedades Neuromusculares y Mitocondriales), presidente, Gonzalo Cruzat (entrevista)
- 10) Organización de Trasplantados del Hospital Sótero del Río “Esperanza de Vida”, presidenta Laura Rojas (entrevista)
- 11) Grupo de Apoyo a Trasplantados Clínica Las Condes, presidente Óscar Maturana (entrevista)
- 12) Grupo de Apoyo a los Familiares de Donantes, presidenta, Ángela Finlay (entrevista)
- 13) Estudio “Donación de órganos para trasplantes. Conocimiento y disposición de la población”, Facultad de Medicina y Facultad de Economía y Empresa, U. Diego Portales. Realizado entre el 3 de septiembre y el 4 de Octubre del 2010.
- 14) Conferencia “Por qué los chilenos no donamos nuestros órganos”, organizada por la U. Diego Portales, con la participación del presidente de la Cámara de Diputados, Patricio Melero A.; el presidente de la Corporación del Trasplante, doctor Javier Domínguez y el Coordinador de Bioética de la Facultad de Medicina de la U. Diego Portales, doctor Marcelo Muñoz C.
- 15) “Vox Populi vox Dei: propuesta de evaluación ciudadana de la Ley 20.413 sobre Donación y Trasplante de Órganos”, trabajo de investigación, Magíster en Ciencia Política mención Políticas Públicas, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile
- 16) Seminario “Procuramiento y Trasplante de Córneas”, organizado por los diputados Enrique Accorsi O. y Karla Rubilar B., realizado en la Biblioteca del Congreso Nacional
- 17) Estudio sobre la donación de órganos. CORPA, empresa de investigación de mercados. Entrevistas realizadas en marzo de 1999
- 18) Estudio para conocer el comportamiento y opinión de la población en torno a la donación de órganos y los trasplantes. Ipsos. Entrevistas realizadas en Julio del 2002
- 19) Estudio para conocer el comportamiento y opinión de la población en torno a la donación de órganos y los trasplantes. Ipsos. Entrevistas realizadas en octubre de 2007
- 20) Foro Ciudadano de la Cámara de Diputados de Chile
- 21) Noticias y artículos de prensa
- 22) Internet

<b>FASE III: INFORME FINAL</b>
--------------------------------

ETAPA IX: Análisis de los datos e información recopilados y preparación del informe final de la evaluación de la ley

TAREAS	APLICACIÓN EN EVALUACIÓN LEY Nº 20.413
Analizar las fuentes de información recopilada en las etapas y la bibliografía utilizada	Análisis de la información jurídica, presupuestaria, estadística y social recopilada. Elaboración del informe técnico de la realidad pre y post legislativa Informe de la percepción ciudadana acerca la donación de órganos y la Ley Nº20.413 Elaboración de conclusiones y recomendaciones
Fuentes de información adicionales: a) División de Política Regulatoria de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Visita de expertos entre los días 8 y 11 de agosto de 2011: Jefe de la División de Política Regulatoria OCDE, Nikolai Malyshev Consultor de la División de Política Regulatoria OCDE, Jacobo García Villarreal Consultora de la División de Política Regulatoria OCDE, Delia Rodrigo b) Taller del Proyecto del Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile "Un enfoque de gestión para la mejorar la eficacia legislativa en Chile". Investigadores: Jorge Manzi, Escuela de Psicología, PUC Rodrigo Mardones, Instituto de Ciencia Política, PUC Alejandra Riveros, MIDEUC, PUC	

## 7. Conclusiones del informe

Los resultados obtenidos en este estudio corresponden a distintos ámbitos de aplicación de la normativa seleccionada y para efectos de una mejor presentación, las conclusiones se han ordenados por temas, distinguiéndose las que tienen una directa relación con el objetivo general de este estudio, y las que se derivan de cuestiones secundarias pero pertinentes de reconocer.

### 7.1. Donante universal

#### 7.1.1 Donante universal o presunto, un concepto teórico sin práctica

El instrumento escogido para afectar la realidad en materia de donación y trasplante de órganos fue reemplazar el donante expreso dispuesto en la ley Nº 19.451 de 1996, por la figura del donante universal. Esto significó que toda persona mayor de edad que no hubiere manifestado su negativa a ser donante de órganos mediante los procedimientos establecidos en la misma norma, se le considera donante y por tanto pueden extraérsele sus órganos en caso de encontrarse con muerte cerebral. Así, para un centro hospitalario debería ser suficiente prueba de la

voluntad del fallecido el hecho de que no aparezca en el Registro de No Donantes, administrado por el Servicio de Registro Civil e Identificación.

Sin embargo, revisados los procesos aplicados y la opinión de los profesionales de la salud, se constata que se continúa requiriendo la autorización de la familia como requisito esencial para extraer órganos, incluso más allá de la manifestación de voluntad del sujeto fallecido. Razones de carácter ético y humanitario justifican que ningún médico extraiga órganos sin el consentimiento expreso de sus familiares más cercanos. Con todo, dicho criterio no significa desacatar abiertamente la disposición legal, pues ella permite ante una duda razonable consultar a la familia. Así una medida de excepción, en la práctica, se ha convertido en generalidad.

Justificación adicional para esta práctica de los equipos de procuramiento es la necesidad de proteger la transparencia y confianza en el sistema de salud, en general, y en el sistema de trasplantes, en particular. Muchas creencias populares (tales como que se otorga menor atención médica a los potenciales donantes o que existe tráfico de órganos), así como la ignorancia acerca de la muerte encefálica, provocan desconfianza en el sistema y un creciente número de personas ingresando al Registro de No Donantes. Así, incorporar a la familia en la decisión de donar es una medida insalvable para conceder fiabilidad al proceso y asignarle un contenido de solidaridad y participación.

## **7.2. Institucionales**

### **7.2.1 Coordinación Nacional de Trasplantes, una idea con herramientas limitadas**

La norma legal aprobada asume que los procesos asociados a la detección, donación y trasplante de órganos deben estar bajo competencia y gestión de un órgano público del sector salud. En efecto, al disponer que el Ministerio de Salud garantizará la existencia de una coordinación nacional de trasplantes, se genera una nueva misión sectorial, a saber, "(...) la implementación de una política nacional en el marco de las normas, objetivos y principios establecidos en la ley y que será aplicable tanto a la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, como a los prestadores institucionales de salud privados y públicos que no pertenezcan a dicha Red" (art. 14 bis, Ley N° 19.451 modificada). Con ello se traslada al Estado la responsabilidad de una tarea anteriormente desarrollada de manera filantrópica por una ONG, la Corporación del Trasplante, con recursos escasos, sin autoridad para establecer normas, efectuar coordinaciones y aplicar controles sobre los hospitales de la red pública ni privada.

Sin embargo, esta disposición ha sido interpretada más como una nueva tarea sectorial que como una nueva institucionalidad con fines estratégicos propios. En efecto, la ley estableció una función, pero no otorgó herramientas materiales de gestión, tales como una estructura orgánica, una planta de recursos humanos y un presupuesto propio. Lo anterior se traduce en que la relevancia y magnitud organizacional de la coordinación dependerá de la importancia relativa que el tema de los trasplantes tenga en las políticas de las autoridades superiores del Ministerio

de Salud.

Su dependencia de la División de Gestión de Redes Asistenciales, que depende a su vez de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, impide que la Coordinación cuente con recursos y competencias para contratar el personal necesario en el nivel central y en los centros hospitalarios, condición que ha obligado a recurrir a subterfugios para disponer de los profesionales indispensables para comenzar a operar el sistema heredado desde la Corporación del Trasplante. Asimismo, toda adquisición de materiales y los demás gastos pertinentes a su operación dependen de la autorización y de la disponibilidad presupuestaria de la Subsecretaría, condiciones que limitan considerablemente la capacidad de autogestión y la dinámica propia de una actividad que se coordina centralizadamente, pero se ejecuta a lo largo de todo el territorio nacional durante las veinticuatro horas del día. Esta limitación adquiere mayor significación debido a que se requiere disponer de equipos médicos de extracción y trasplante, traslado de órganos y de profesionales en todo el país (muchas veces por avión), equipamiento técnico, laboratorios para exámenes de histocompatibilidad a cualquier hora del día, e infraestructura hospitalaria de uso compartido. Debe destacarse la ayuda invaluable que presta la Fuerza Aérea de Chile gratuitamente, pero dependiendo de su disponibilidad presupuestaria y de infraestructura.

Asimismo, el cumplimiento de la misión encomendada por la ley a la Coordinación exige la planificación y administración de permanentes campañas educativas, cuyo financiamiento no estaría garantizado en la figura orgánicamente poco sustantiva escogida para la nueva función.

Esta falta de autonomía contrasta con la gestión de la precedente Corporación del Trasplante y ha sido reconocida por los especialistas en la temática como una debilidad importante de la nueva Coordinación, los que consideran que podría limitar su efectividad. En opinión de la Corporación del Trasplante, la ley contenía el comienzo de la solución: la creación de la Coordinación Nacional de Trasplantes, pero era clave otorgar el financiamiento necesario para el funcionamiento de la red nacional de donación y trasplante.

Como resultado de esta forma de organización, los equipos de salud asignados al procuramiento de órganos y a la coordinación del sistema deben pertenecer a cada centro asistencial, lo que genera el riesgo de que parte de sus jornadas sea destinado, por prioridades emergentes de la dirección del recinto, a otras tareas consideradas de mayor urgencia.

Finalmente, es necesario destacar la convergencia de opiniones en el sentido de evaluar al actual titular del cargo de Coordinador, provisto por concurso público, como un técnico de excelencia y merecedor de la confianza de todos los especialistas en la materia.

### **7.2.2 Política integrada en materia de trasplantes, una tarea inacabada**

Una observación recurrente de las organizaciones que agrupan a los pacientes trasplantados y a sus familias es la ausencia de contacto con el Ministerio de Salud, tanto en materia de información como de coordinación de actividades con objetivos

convergentes. Aunque los pacientes beneficiados con un trasplante son el ejemplo más vívido de una política de salud sustentada en la solidaridad de la ciudadanía, sus organizaciones carecen de participación y de asesoría formal por parte del Ministerio de Salud.

Esta observación se complementa con el hecho de que la labor de la estructura sectorial focaliza sus esfuerzos en la problemática de los trasplantes, sin que se haya obtenido evidencia de una iniciativa más integradora de la política de salud, que involucre actividades de prevención y de tratamiento post trasplante, acciones en las que las organizaciones de trasplantados se involucran con recursos propios.

Una debilidad citada recurrentemente por especialistas y organizaciones de afectados fue la debilidad de las campañas educativas en los distintos aspectos de la donación y trasplante de órganos, factor considerado relevante para cambiar el rumbo de las tendencias observadas en materia de prevención y de tratamiento.

### **7.3 Registro de No Donantes**

#### **7.3.1 Registro de No Donantes, datos con debilidades de confiabilidad**

La ley dispuso que las personas que deseen renunciar a su calidad de donantes deben inscribirse en un registro de carácter único y nacional, cuando así lo deseen o al obtener o renovar su cédula nacional de identidad en las oficinas del Registro Civil o al concurrir a los departamentos municipales de tránsito para obtener o renovar la licencia de conducir.

El Servicio de Registro Civil e Identificación es el ente responsable de consolidar y mantener la accesibilidad remota por internet a esta información.

El Registro de No Donantes presenta debilidades que le restan confiabilidad como fuente de información, pues los datos remitidos al Servicio de Registro Civil por los departamentos del tránsito municipales evidencian inconsistencias, falta de integridad y de oportunidad, lo que afecta su utilidad.

Además de la heterogeneidad de recursos entre los municipios, el Servicio de Registro Civil carece de facultades para dar instrucciones y controlar el trabajo efectuado por ellos, razones que hacen que esta debilidad en la información aparezca como una condición compleja de superar.

Como consecuencia de la falta de confiabilidad del Registro, los equipos de salud no pueden emplear esa información.

La mayor parte de los ingresos en el Registro de No Donantes se originan en la tramitación de cédulas de identidad en el Servicio de Registro Civil. La ley dispone que los mayores de dieciocho años son donantes, a menos que manifiesten lo contrario a través de los mecanismos que señala, por lo que el funcionario no debería preguntar al solicitante si desea ser donante, sino que éste debería manifestar su intención de incluirse en el Registro de No donantes. Esa fue la política aplicada por el referido Servicio al entrar en vigor la ley N° 20.413. Sin embargo, el elevado número de reclamos de los usuarios al recibir cédulas de identidad que declaraban su calidad de “donante” sin haberseles consultado, obligó a introducir la consulta expresa y

obligatoria en el procedimiento de obtención de la cédula nacional de identidad, lo que aumentó la negativa a ser donante de órganos.

Al respecto, cabe observar que se asignó a funcionarios de un área distinta a la de la salud, sin las competencias ni capacitación necesaria, la compleja tarea de informar y promover la donación de órganos, tarea que, en la práctica, constituye una labor marginal dentro de su trabajo regular.

Por otra parte, la identificación en la cédula de identidad y licencia de conducir de la calidad de “Donante” o “No donante” no se condice necesariamente con la última voluntad de una persona, pues ésta puede modificarla en cualquier momento concurriendo ante el Servicio de Registro Civil, sin necesidad de tramitar una nueva dado que su vigencia es de varios años.

#### **7.4. Disponibilidad de recursos**

##### **7.4.1 Recursos escasos, necesidades múltiples, una experiencia cotidiana**

El desarrollo de las actividades de procuramiento y trasplante de órganos es afectado por obstáculos que impactan notoriamente su desempeño final, lo que se manifiesta, por ejemplo, en la diferencia creciente entre donantes potenciales y donantes efectivos.

Dentro de estas limitaciones está la necesidad de realizar exámenes de histocompatibilidad entre el donante cadáver y el receptor potencial, a cualquier hora y día de la semana, y cuyos resultados deben conocerse con la mayor prontitud posible. Sin embargo, el laboratorio del Instituto de Salud Pública no funciona las 24 horas del día los 7 días de la semana.

Asimismo, la certificación de la muerte encefálica exige la participación de un especialista en neurología o neurocirugía, cuyas horas suelen ser escasas en los hospitales públicos, especialmente de la Red Asistencial de los Servicios de Salud, lo que influye para que no todos los donantes potenciales se conviertan en donantes efectivos.

También en materia de recursos humanos se observa cierta dificultad en aumentar y mantener el número de profesionales de la salud interesados en integrarse a, y permanecer en, labores de procuramiento, pues la jornada laboral y las remuneraciones no son un estímulo suficiente para competir con otras especializaciones dentro de los centros hospitalarios.

En el ámbito de la infraestructura, se aprecia una estrechez de recursos hospitalarios para actividades de trasplante. Así, los donantes fallecidos deben competir en el uso de las camas críticas y de los equipos necesarios para mantener el cadáver hasta la extracción de sus órganos con pacientes vivos que los requieren para su sobrevivencia, priorizándose el uso de los recursos hospitalarios en pacientes graves por sobre la conservación de los órganos de un donante.

Por otra parte, si bien la introducción de la figura del donante universal ha sido un instrumento exitoso en otras latitudes para incrementar la donación de órganos, pareciera no haberse considerado factores de índole cultural ni medidas complementarias de recursos humanos y de infraestructura que su implementación exige.

Alterar radicalmente la manera de ser donante de órganos sin una adecuada campaña educacional representó un riesgo que se manifestó negativamente en la realidad posterior. Las creencias populares son elementos resistentes a las aún escasas campañas de información y sensibilización. También se reconoce cierta incomodidad colectiva al convertir el acto voluntario y solidario de donar los órganos propios o de un familiar fallecido en una obligación legal. Asimismo, las garantías de transparencia en todas las etapas del proceso han sido identificadas como un factor crítico de éxito en cualquier intento por fortalecer la confianza ciudadana, y es un ámbito en el que aún se pueden realizar perfeccionamientos.

Por otra parte, tanto los especialistas como muchos parlamentarios advirtieron durante la tramitación legislativa del proyecto la indispensable complementación que requería la figura del donante universal con nuevas medidas de fortalecimiento en materia de personal e infraestructura, para lograr mayor eficiencia y eficacia en la utilización de los escasos órganos de donantes potenciales.

Introducir la figura del donante universal fue una respuesta política contundente de parte del Poder Legislativo a una realidad sanitaria preocupante en el país. Sin embargo, ese gesto no ha sido suficiente para modificar la realidad. Con todo, ningún especialista considera adecuada una intervención radical de la ley vigente, salvo ajustes en materia de explicitación de la participación de la familia en la decisión de donar, de alimentación del Registro de No Donantes y de donación entre vivos. Así, no parece apropiada la opción de eliminar la figura del Donante Universal, sino que se postula la necesidad de robustecerla a través de políticas educativas y programas de inversión sectorial.

En definitiva, existe convencimiento de que lo que se requiere son planes de intervención agresivos y suficientemente financiados, liderados por una fortalecida Coordinación Nacional de Trasplantes.

## **7.5. Recomendaciones**

Ponderar los efectos de la norma legal tiene por objetivo generar una retroalimentación que no se agota en la sola formulación de conclusiones informativas, sino que debe transformarse en un eventual proceso generador de propuestas que contribuyan a hacer más certera de labor regulatoria, colaborando en la disminución de posibles brechas entre los objetivos previstos por el legislador y la realidad consecuente. Bajo ese entendimiento, el presente estudio concluye con un levantamiento primario de recomendaciones, derivadas de las debilidades identificadas y de las opiniones formuladas por los expertos.

### **7.5.1. Coordinación Nacional de Trasplantes**

1. Fortalecer la Coordinación Nacional de Trasplantes como la principal herramienta técnica de gestión del sistema de procuramiento y trasplantes de órganos en el país.

Es conveniente evaluar la actual inserción institucional de la Coordinación en el MINSAL, orientándola en el mediano plazo hacia una figura orgánica similar a un

instituto, en términos de autonomía administrativa. Con ello se fortalecería la visión de la problemática bajo una perspectiva de política pública y se dispondría de una organización con planta propia, autonomía de gestión y un programa presupuestario separado y sujeto a evaluación.

2. Concentrar en la Coordinación Nacional de Trasplantes la función de llevar la lista nacional de pacientes en espera de un órgano.

Trasladar la gestión del listado nacional a la Coordinación como órgano técnico especializado generaría espacios para optimizar la eficiencia administrativa y robustecer la transparencia del sistema ante la opinión pública. Este traslado de funciones apuntaría hacia la implementación de un sistema único y efectivo de monitoreo e información a nivel nacional.

3. Dotar a la Coordinación de un laboratorio para realizar exámenes de histocompatibilidad las veinticuatro horas del día.

Esta medida tiene por finalidad posibilitar que se cuente con los resultados de estos exámenes en los plazos requeridos, ya que el Instituto de Salud Pública carece de recursos suficientes. Esto podría hacerse por medio de la implementación de una sección nueva en la Coordinación o de la contratación de servicios de terceros a lo largo del país que cumplan las exigencias técnicas y de oportunidad establecidas por la Coordinación.

Una alternativa es dotar al Instituto de Salud Pública de recursos humanos y materiales adicionales, para que pueda responder a los requerimientos de la Coordinación Nacional de Trasplantes en los plazos y condiciones que su operación exige.

4. Desarrollar una visión integral e integrada de la problemática, que se inicie en la prevención, prosiga con el procuramiento, la donación y el trasplante de órganos, y culmine con la atención post trasplante de los pacientes.

Dado que la fragmentación de la política de trasplantes puede generar visiones estancas y aumentar el riesgo de ineficiencia, se sugiere que las campañas educativas consideren medidas preventivas, que frenen el incremento de pacientes en espera de trasplante como única medida remedial. Asimismo, las organizaciones de pacientes trasplantados pueden adoptar un papel más activo en los programas de promoción, en tanto constituyen un testimonio vívido de lo que significa recibir un órgano y un segmento altamente interesado en que la realidad de los trasplantes sea percibida como transparente e informada.

5. Fortalecer las estrategias educativas hacia la población para promover una cultura solidaria, informar y evitar los “mitos” o conceptos errados y aumentar la transparencia del sistema.

Una solución compartida por todos los participantes en este estudio es la de impulsar campañas educativas masivas, partiendo en la enseñanza básica hasta programas de información y sensibilización de distinta naturaleza.

6. Definir compromisos de gestión con todos los servicios de salud, a fin de establecer, entre otros aspectos, estrategias que promuevan la donación de órganos.

Entre los beneficios de instituir la promoción de la donación de órganos para trasplante como una función del Estado, se encuentra el de contar con atribuciones

para definir políticas nacionales y convenir metas de desempeño con los Servicios de Salud y hospitales públicos.

### **7.5.2. Registro de No Donantes**

#### **1. Registro único con alimentación institucional única.**

A fin de conceder mayor confiabilidad, integridad y actualización al Registro, su alimentación debiera concentrarse exclusivamente en el Servicio de Registro Civil e Identificación, a través de trámites realizados ante él, eliminado como fuente de ingresos a los departamentos del tránsito municipales por medio de una modificación legal.

2. Eliminar de la cédula de identidad y de la licencia de conducir la impresión de la calidad de donante o no donante de su titular.

Los mayores de dieciocho años pueden modificar su voluntad de ser o no donante en cualquier momento concurriendo con tal fin al Servicio de Registro Civil e Identificación, sin necesidad de renovar el documento respectivo. Esta modificación legal evitaría que dichos documentos pudieran incorporar información desactualizada.

3. Apoyar la labor funcionaria del Servicio de Registro Civil e Identificación con campañas educativas sobre donación de órganos en las distintas oficinas del país.

Como parte de la tarea educativa y de sensibilización recomendada, y dada la carencia de competencia, recursos y tiempo de los funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación para informar e incentivar entre sus usuarios la relevancia que reviste la donación de órganos, es pertinente que la Coordinación Nacional apoye a ese Servicio mediante la ejecución de campañas in situ con personal capacitado y atención especializada.

### **7.5.3. Infraestructura**

1. Aumentar la inversión sectorial en la infraestructura hospitalaria necesaria para mantener el cuerpo de los donantes potenciales hasta el momento de la extracción de sus órganos.

Invertir en equipamiento asociado a camas críticas resulta prioritario para evitar la competencia entre pacientes en estado grave, pero vivos, y donantes potenciales de órganos, ya fallecidos.

2. Crear una asignación presupuestaria para contratar los servicios de transporte de la FACH, Carabineros, LAN y otras empresas privadas de transporte de carga y pasajeros.

Debido a que en la actualidad se depende de la solidaridad de organismos de las Fuerzas Armadas (especialmente de la Fuerza Aérea) y de Orden y Seguridad, para el transporte de órganos y equipos médicos, el proceso de institucionalización del sistema debería considerar los recursos presupuestarios necesarios para financiar pasajes y fletes, para evitar la dependencia de la buena voluntad y la disponibilidad de medios de entidades con finalidades distintas y que, adicionalmente, tienen el derecho de recibir una contraprestación por sus servicios.

#### **7.5.4. Recursos humanos**

1. Establecer un plan de acción para aumentar la oferta o mejorar la distribución de las horas de personal médico especializado en neurología y neurocirugía, necesario para certificar la muerte encefálica.

Este aspecto es especialmente sensible, pues la muerte encefálica es uno de los aspectos que mayor información y certeza exige para adoptar la decisión de donar los órganos de un pariente fallecido.

2. La capacitación de equipos en unidades de pacientes críticos, servicios de urgencia y profesionales de procuramiento en talleres para enfrentamiento de malas noticias y solicitud de órganos a familiares.

El procuramiento de órganos para trasplante es de alta complejidad en términos de relaciones humanas, dadas las condiciones emocionales en que se desarrolla, por lo que se requiere de personal entrenado y especializado, resultando determinante su labor en el resultado final del sistema.

3. Generar condiciones estimulantes para que se incremente el número de profesionales interesados en formar parte de los equipos de procuramiento intrahospitalario.

Asociada a la tarea de capacitación precisada en el numeral precedente, que forma parte de un proceso integral que comienza con el reclutamiento y la selección, se deben sumar suficientes estímulos para aumentar el número de interesados en formar parte de los equipos de procuramiento y mantenerse en ellos, en tanto las actuales condiciones exigen una cuota alta de vocación no siempre retribuida de manera equivalente.

#### **7.5.5. Sistema de donación**

1. Modificar la ley vigente, en el sentido de ampliar las posibilidades de donación de órganos entre vivos.

A pesar de que la Ley N° 20.413 restringió las posibilidades de donación entre vivos, la opinión unánime de los especialistas consultados es que esa medida ha disminuido la posibilidad de efectuar trasplantes entre donante y receptor compatibles debido a que no están vinculados por lazos de consanguinidad hasta el cuarto grado ni son cónyuges o convivientes. Podría permitirse la donación de órganos a personas vinculadas por lazos de amistad y los trasplantes cruzados.

2. Perfeccionamiento de las listas de pacientes en espera de trasplante.

Con el fin de ponderar adecuadamente la cantidad de pacientes que requieren trasplante, se recomienda realizar estimaciones acerca de todos los que no están inscritos por razones de accesibilidad al sistema de salud o por encontrarse en tratamientos paliativos pero no remediales de su afección. Así, los centros de diálisis no tienen incentivo o control para enviar a sus usuarios a las listas de espera de trasplante renal.

3. Vigencia de los exámenes médicos.

Dado que para estar en la lista de espera activa para recibir un órgano se requiere contar con un conjunto de exámenes vigentes, los pacientes del sector público deben incorporarse a un largo proceso de atenciones, cuyos plazos suelen

exceder los máximos permitidos, de manera que al concluir el último examen, el primero ya ha perdido su vigencia y debe reiniciarse el proceso. Por este motivo, y con el fin de hacer más eficiente el uso de los recursos, se sugiere estudiar el diseño de un proceso diferenciado para pacientes en proceso de evaluación para trasplante, que permita realizar todos los exámenes necesarios en un plazo abreviado.

#### **7.5.6. Donante universal**

Se recomienda modificar la Ley N° 19.451, que establece normas sobre donación y trasplante de órganos en alguno de los sentidos siguientes:

1. Mantener el principio del donante universal, de manera que en principio todos los mayores de edad sean donantes, pero haciendo obligatoria la consulta a la familia, salvo que el potencial donante haya concurrido al Servicio de Registro Civil e Identificación y completado un formulario especial en el que manifestó que no desea donar sus órganos una vez fallecido. Esta propuesta:

a) Elimina las siguientes fuentes de alimentación del Registro Nacional de No Donantes:

- Departamentos del tránsito de los municipios durante la obtención o renovación de la licencia de conducir, tanto por la falta de confiabilidad de la información que generan como por la falta de oportunidad de la consulta en esa instancia.

- Servicio de Registro Civil e Identificación durante la obtención o renovación de la cédula de identidad, debido a la falta de oportunidad de la consulta.

b) Mantiene como única fuente de incorporación al Registro Nacional de No Donantes el formulario especial para ello, ya existente en el Servicio de Registro Civil e Identificación. De esta manera dicho Registro podrá ser confiable para los que se inscriban en él y para los equipos de procuramiento de órganos que lo consulten.

- La decisión de la persona no se imprimirá en su cédula de identidad ni en ningún otro documento que ella porte.

- Los mayores de edad podrán modificar su decisión en el Servicio de Registro Civil e Identificación, en cualquier momento, y del mismo modo, siendo válida la última manifestación de voluntad ingresada en dicho Registro.

c) Permite a los mayores de edad manifestar su voluntad de no ser donante de órganos durante toda su permanencia en un centro asistencial, sin formalidad alguna ante el Director de dicho centro, la persona delegada por él para dicha función, o cualquier miembro del equipo de salud que lo estuviera atendiendo, voluntad que será respetada en caso de fallecimiento.

De manera que esta propuesta:

- Mantiene el principio de donante universal.

- Deja manifiesto el interés general de la sociedad y de los pacientes en lista de espera de facilitar la donación de órganos para trasplante.

- Considera y respeta el derecho o la voluntad de las personas de no donar sus órganos una vez fallecidas, a pesar de que se consulte a su familia.

– Respetar el derecho de la familia del potencial donante a pronunciarse acerca de la donación de sus órganos.

– Se hace cargo del desconocimiento de la ley y de la desconfianza de la ciudadanía en el sistema, que prefiere que decida su familia y no un ente ajeno.

– Valida la información contenida en el Registro de No Donantes.

2. Mantener el principio del donante universal, de manera que, en principio todos los mayores de edad sean donantes, pero hace obligatoria la consulta a la familia, salvo que al obtener o renovar la cédula nacional de identidad la persona hubiere manifestado que no desea ser donante.

Esta propuesta:

a) Incorpora una tercera opción de respuesta a la consulta que se hace durante el trámite de obtención o renovación de la cédula de identidad ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Así la persona podrá decidir entre:

- Sí, deseo ser donante de mis órganos;
- No, no deseo ser donante de mis órganos, y
- Que mi familia decida al momento de mi muerte.

b) Otorga el carácter de obligatoria a la consulta durante el trámite de obtención o renovación de la cédula de identidad.

c) La decisión de la persona no se imprimirá en su cédula de identidad ni en ningún otro documento que ella porte.

d) Mantiene la posibilidad de que las personas mayores de edad concurran al Servicio de Registro Civil e Identificación con la finalidad específica de manifestar expresamente su voluntad acerca de la donación de órganos, completando un formulario especial para ello, que otorgue las tres opciones señaladas en la letra a).

e) Elimina la consulta sobre la voluntad de ser o no donante durante el trámite de obtención o renovación de la licencia de conducir.

f) Implica capacitar a los funcionarios del Servicio de Registro Civil e Identificación que deberían formular la consulta relativa a la voluntad de donar o no sus órganos.

g) Permite cambiar la decisión durante la permanencia en un centro asistencial, sin formalidad alguna ante el Director de dicho centro, la persona delegada por él para dicha función, o cualquier miembro del equipo de salud que lo estuviera atendiendo, voluntad que será respetada en caso de fallecimiento.

Esta propuesta:

- Conserva el principio del donante universal.
- Da cuenta del interés general de la sociedad y de los pacientes en lista de espera de facilitar la donación de órganos para trasplante.
- Considera y respeta el derecho o la voluntad de las personas de no donar sus órganos una vez fallecidas, a pesar que se consulte a su familia.
- Respetar el derecho de la familia del potencial donante a pronunciarse acerca de la donación de sus órganos.

– Se hace cargo del desconocimiento de la ley y de la desconfianza de la ciudadanía en el sistema, que prefiere que decida su familia y no un ente ajeno.

– Deja al Servicio de Registro Civil e Identificación, a través de la tramitación de cédulas de identidad y formularios de renuncia, como único alimentador del Registro de No Donantes. Para esta tarea se requiere capacitar a sus funcionarios y depurar la base de datos actual.

– Estas recomendaciones, en el caso de ser adoptadas, no solucionarán la brecha entre la demanda y la oferta de órganos para trasplante. Ello sólo será posible con:

i. Una fuerte y sostenida campaña de información dirigida al público, en general, y a los medios de comunicación, en particular, sobre la ley y el sistema de donación y trasplante de órganos, que incluya el significado de la muerte cerebral.

ii. La incorporación de contenidos relativos a estos temas tanto en la educación básica, media y superior, especialmente en las carreras del área de la salud, del derecho, periodismo y comunicación social.

iii. Aumentar la eficacia de los procedimientos de procuramiento y trasplante de órganos, para lo que se requiere contar con una entidad coordinadora a nivel nacional dotada de atribuciones, personal y recursos necesarios para desempeñar sus funciones.



# IV

## Los desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos\*

Claudio Grossman Guiloff \*\*

### 1. Introducción

El movimiento pro derechos humanos contiene las aspiraciones más sentidas de la inmensa humanidad. El mundo ha cifrado en éste grandes expectativas y su dimensión trasnacional ofrece hoy mayores posibilidades que nunca para su evolución y desarrollo.

Una de las expresiones más recientes de este desarrollo ha sido la “primavera” del mundo árabe, tan imprevista, como para incluso sorprender a importantes centros especializados en la materia. El movimiento mostró hasta qué punto la necesidad de vivir en un mundo mejor involucra a gran parte de la humanidad.

En este trabajo se analizarán en primer lugar, las razones por las cuales existe un sistema internacional y regional de derechos humanos en vez de que tales derechos sean regulados por normas constitucionales generadas internamente en cada país.

En segundo lugar, las características de ese sistema internacional y regional.

En tercer lugar, las distintas etapas por las cuales ha el movimiento ha pasado y, en cuarto lugar, los desafíos hacia el futuro.

---

\* Conferencia dictada por el profesor Claudio Grossman Guiloff invitado por la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, el 19 de diciembre del 2011.

\*\* El señor Grossman es Decano de la Facultad de Derecho de la American University Washington College of Law, presidente del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas y ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

## 2. Razones de la creación de un Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Su origen se encuentra en los estados democráticos del hemisferio cuyos actores fueron creando un marco de interdependencia y valores compartidos entre los cuales se destacaba la necesidad de constituir un sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos.

Respecto a la interdependencia podemos afirmar que no se puede hablar de temas puramente nacionales o exclusivamente internacionales, dado que lo que ocurre en diferentes áreas en el mundo puede afectar negativa o favorablemente a un Estado.

Por ejemplo, el 11 de septiembre de 2001 cambió muchos paradigmas y concepciones en lo referente a seguridad. El suceso impactó al mundo entero. El *tsunami* de Japón cuestionó la utilización de energía nuclear en distintos países, incluso en algunos lejanos al escenario de ocurrencia de ese fenómeno.

En el mundo de hoy, nada es exclusivamente nacional.

Las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos en determinados países pueden tener impacto en otros. Si en un país se produce bienes más baratos, porque no hay leyes laborales que defiendan a los trabajadores de prácticas de producción abusivas, o porque no respetan las normas del medio ambiente, se podría producir traslados masivos de trabajadores o consumidores.

En consecuencia, hay una razón muy utilitaria por la cual nos podría afectar el maltrato de un Estado contra sus habitantes.

Tendemos a racionalizar las cosas sobre la base de lo que nos conviene o no, o recurrimos a un lenguaje utilitario, porque, utilitariamente, no podemos ignorar las violaciones a los derechos humanos en otros países.

Al respecto, hay algo muy importante: un Estado capaz de violar los derechos humanos de su propia gente, nos hace dudar sobre su capacidad de cumplir con sus compromisos internacionales. Además –aunque no siempre–, se puede transformar en una amenaza para la paz.

Entonces, hay una razón utilitaria por la cual los derechos humanos constituyen un problema universal. Pero también hay aspectos valóricos.

Hay razones para pensar que esos valores son importantes de mantener por sí mismos, convenga o no.

Esta combinación de factores es la que justifica la creación del sistema de derechos humanos, más allá del ámbito del derecho constitucional interno.

Por otra parte, esto no es algo simplemente teórico, dado que hay una experiencia histórica sobre lo que ocurre cuando hay violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos en muchas sociedades. Por ejemplo, en la segunda guerra mundial, 300 mil alemanes fueron aniquilados por sufrir incapacidades físicas o emocionales, un millón de gitanos, 6 millones de judíos, miles de opositores políticos, hubo ocupación militar de otros países y desarrollo de armas de destrucción masiva.

Esas experiencias históricas son centrales, pero sólo pensemos en las violaciones ocurridas en este hemisferio: 30 mil desaparecidos en Argentina, 3 mil en Chile, 150 mil muertos en Guatemala. El costo en vidas humanas ha sido muy grande.

En consecuencia, es importante pensar en mecanismos de prevención y corrección cuando las sociedades son incapaces de solucionar sus problemas internamente.

Desde allí surge la necesidad de crear sistemas internacionales, especialmente cuando hay sociedades tensionadas y polarizadas.

En momentos de tensión o de emergencia, muy pocos actores políticos tienen la sabiduría política o los principios éticos para entender la necesidad de evitar la violación de los valores que sustentan la defensa de los derechos humanos. La evaluación de las tragedias colectivas, las violaciones a los derechos humanos, siempre es posterior.

Todo esto ha llevado a una redefinición de la soberanía nacional, que permanece, pero como concepto jurídico en el ámbito de las obligaciones de los estados, incluyendo las de respeto y promoción de los derechos humanos.

### **3. Las características del sistema regional e internacional**

El sistema regional tiene definiciones, se rige por normas, órganos de supervisión semi judiciales, judiciales y políticos, y técnicas de supervisión.

Los derechos humanos, que cautela este sistema, persiguen el desarrollo ilimitado de los seres humanos, habiendo tantos derechos individuales, como también colectivos. Hay derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Así, ello permite, por ejemplo elegir a los gobernantes y, si somos acusados, tener la posibilidad de defensa con un juez independiente e imparcial.

Estos derechos también permiten que no se apliquen leyes penales retroactivamente, como asimismo, la protección de la familia; del derecho de propiedad dentro de ámbitos que respeten los valores generales de una sociedad; el derecho a un nombre; a ser considerado persona ante la ley y a la presunción de inocencia. Todas conquistas fundamentales de la humanidad.

Hay derechos económicos, sociales y culturales con distintos niveles de desarrollo. Por ejemplo, en esta región son exigibles, como derecho individual, el derecho a la educación primaria y al de asociación colectiva.

#### **3.1 Interpretación y creación**

El primer elemento que consideran los sistemas internacionales es la generación y adopción de esos derechos, pero su promoción y protección a nivel internacional adquiere formas diferentes en cada país. Por lo tanto el sistema contribuirá a evaluar la conducta de los estados en el cumplimiento de aquellos.

Hay una labor creadora de los órganos judiciales y semi judiciales en la evaluación del respeto a los derechos humanos, puesto que la naturaleza del lenguaje hace que la interpretación sea inevitable.

Un ejemplo, relacionado con el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas<sup>1</sup>. El artículo 1 de la Convención contra la Tortura prohíbe la tortura, definida como trato inhumano de la más alta intensidad, efectuado intencionalmente y que produce grandes sufrimientos físicos o emocionales, hecho por funcionarios estatales o con su aceptación.

La interpretación es inevitable. ¿Qué es un tratamiento inhumano? Solo recientemente se pudo establecer de manera jurisprudencial que la violación constituye tortura. Es inevitable que la labor de los jueces sea interpretar. Quizás tuvo que ver con que la mayoría de los individuos que estaban en los órganos de supervisión eran hombres. Hay estudios que muestran que la composición de dichos entes está relacionada con los resultados finales.

Por lo tanto, la interpretación es ineludible. Lo que actualmente es un trato inhumano no lo era hace 50 años.

Por eso, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que los tratados internacionales se interpretan, sobre todo, literalmente, basándose en el texto, pero a la luz de su objeto y propósito. No dice que simplemente se ve lo que dicen las palabras; habla del objeto y propósito.

Dicho sea de paso, el Código Civil chileno dice más o menos lo mismo: Cuando el sentido de la ley es claro, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. No dice: “no se desatiende su tenor literal”. Dice: “Cuando el sentido es claro”. Entonces, el objeto y propósito pasan a ser muy importantes.

Los tratados sobre derechos humanos tienen un objeto y propósito: proteger a los individuos. Eso los hace diferentes a los tratados clásicos de derecho internacional, que se basan en la reciprocidad, por la cual dos Estados se comprometen a hacer algo a cambio de una prestación del otro. Uno vende petróleo y el otro paga un precio, por ejemplo.

En el Sistema Internacional de los derechos humanos no rige la reciprocidad, de forma tal que un Estado no puede invocar el incumplimiento de otro Estado para, a su vez, no cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Por eso, en caso de duda, siempre se atiende al objeto y propósito, es decir, la protección de los individuos, lo que no pasa en los tratados clásicos de derecho internacional, en que generalmente se interpreta tratando de afectar en el menor grado posible la soberanía, porque no se puede presumir que el propósito sea expandir la interpretación. Por ende, ahí se ve una diferencia.

Entonces, lo primero es establecer derechos, con el objeto de que haya un sistema internacional. Y los derechos son políticos, económicos, sociales y culturales; permiten evaluar. Pero además hay que crear.

### **3.2 El que juzga**

<sup>1</sup> El autor es su Presidente.

El segundo tema es quién va a decir si un Estado ha violado o no ese conjunto de derechos.

A diferencia del derecho internacional clásico, que ve el incumplimiento como un problema entre Estados, el derecho internacional de derechos humanos empezó a desarrollar órganos de supervisión de distinta naturaleza, para velar por el respeto a los derechos humanos.

Primero, se desarrollaron órganos de carácter colectivo político, como la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Derechos Humanos ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Asamblea General de la OEA.

El mecanismo de las asambleas resultó insuficiente, porque los representantes de los Estados tienen instrucciones de carácter político.

Entonces, se empezaron a desarrollar órganos semi judiciales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que se denomina así porque su composición no es de representantes de Estado, sino de individuos elegidos en función de sus méritos que no reciben ni buscan instrucciones de nadie y que terminan con declaraciones que no tienen valor jurídico.

Sus técnicas para establecer los hechos y adoptar decisiones son de tradición jurídica, como en relación con los medios de prueba y el peso de la prueba, entre otros aspectos.

Sin embargo, hay que tener cuidado con eso, porque algunos dicen, con una concepción muy rígida del derecho, que solo valen las declaraciones con valor jurídico. Pero muchos acuerdos políticos tienen más peso que resoluciones jurídicas. En condiciones adecuadas, una recomendación puede cambiar una situación, sobre todo si se tiene una visión de legitimidad, esta tiene que ver con quién dice las cosas y cuál es su razonamiento.

Después se evolucionó a la creación de cortes, a las cuales se accede a través de los órganos semi judiciales cuando hay incumplimiento por parte de un Estado.

Por ejemplo, en el Sistema Interamericano está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, en Santiago de Chile. En 1979, la Convención Interamericana creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica.

Cualquier individuo puede presentar denuncias ante la Comisión. Siendo ésta la única facultada para derivar tal denuncia ante la Corte, cuando reúne el suficiente mérito.

Para ello, hay organismos judiciales. Los seres humanos no hemos inventado una forma más legítima de resolver las disputas, que acudir a los jueces. Si hay un problema de arbitrariedad estatal, o de relación entre los seres humanos que no puede ser resuelto con medios pacíficos, lo que queda es recurrir a ellos y, en ese sentido, ha evolucionado el Sistema Internacional.

### 3.3 Las técnicas de supervisión

Una de las técnicas de supervisión la constituyen los informes de países.

Esto es, por ejemplo así: se emite un informe de Chile, de Argentina, de Estados Unidos o de cualquier país sobre el estado del respeto a los derechos humanos en el país, que contiene una recomendación política. Fue la técnica preferida de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hasta que empezaron a caer las democracias en la región. ¿Por qué? Porque cuando hay miles de desaparecidos y ejecuciones sumarias, en el sistema judicial no se encuentra un legítimo colaborador, en el Estado violador de derechos humanos.

En estos casos, lo que hay que hacer es movilizar la opinión pública al por mayor, por decirlo de alguna manera, porque el tratamiento judicial de un caso específico requiere tiempo. Hay asuntos de admisibilidad.

Por ejemplo, si no se moviliza la opinión pública internacional dentro de los primeros tres días de ocurrido un hecho, las probabilidades de desapariciones son muchas.

En consecuencia, una de las técnicas consiste en elaborar informes de países, de manera ágil y con acción rápida.

Otra técnica es establecer un mecanismo, en virtud del cual, los países deben presentar regularmente informes para mostrar el estado de cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

El Comité contra la Tortura utiliza ese método como la forma más importante de supervisión.

Hay 149 Estados que han ratificado la Convención contra la Tortura. Cuando lo hacen, tienen que presentar un informe sobre el cumplimiento de sus obligaciones, en relación a las exigencias de la Convención, cada cuatro años.

Ahora bien, existe la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, pero, ¿qué pasa con los castigos corporales en los colegios o la discriminación, que también constituyen tratamiento inhumano?

En virtud de dicha Convención, cada cuatro años, cada Estado parte debe elaborar un informe, que adquiere poder, porque está hecho con objetividad por un órgano con autoridad en el respectivo país. Luego se recurre a la sociedad civil para tener informaciones alternativas. Otra técnica es tener un diálogo público con el Estado, es otra técnica. La más elevada la constituyen las peticiones, mediante las cuales, un individuo supuestamente afectado por una violación a un derecho, real o percibida, puede acudir a un órgano semijudicial o judicial y lograr una decisión.

Ésas son las técnicas usadas para evaluar los niveles de respeto a los Derechos Humanos que permite el Derecho Internacional. En nuestro hemisferio, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica es el instrumento de medición.

Antes de la Convención Interamericana hubo una Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), que sigue siendo importante, porque Canadá, Estados Unidos y algunos países del Caribe no han ratificado la Convención.

Entonces, se pueden presentar denuncias relacionadas con la declaración.

En consecuencia, en el Sistema Interamericano tenemos los siguientes órganos de supervisión: la Comisión y la Corte. De los 34 países miembros de la OEA, 24 han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.

#### **4. Etapas del sistema**

##### **4.1 Primera etapa**

La primera consistió en enfrentar a las dictaduras y gobiernos autoritarios dentro de una aparente normalidad. La literatura es muy gráfica en esto.

Un libro muy interesante de Mario Vargas Llosa, “La Fiesta del Chivo”, muestra cómo un padre envía a su hija a que la viole el dictador. Lo que me sorprendió de la obra es que aparece como natural. En períodos de emergencia, ciertas cosas aparecen como naturales; se desvirtúan valores importantes de la gente.

El Sistema Interamericano fue un espacio de normalidad que permitía criticar situaciones como esa y exponerlas públicamente.

La segunda etapa fue acompañar a los gobiernos en las transiciones a la democracia, porque las democracias no se construyen en un día. El impacto de los gobiernos dictatoriales fue muy grande. Había barreras jurídicas que impedían avanzar desde el punto de vista interno en distintos países; por ejemplo, las leyes de autoamnistía.

La tercera etapa fue el perfeccionamiento de la democracia. Las democracias son perfectibles, evolutivas. Hay grupos vulnerables, como mujeres, niños, poblaciones indígenas. Hay temas del medioambiente, de seguridad ciudadana, de pobreza.

Por tanto, el rol del sistema internacional es crear las condiciones, a través de esas técnicas, analizando casos e informes de países, que permitan avanzar hacia una narrativa hemisférica de derechos humanos.

De estas primeras tres etapas, aún persisten elementos de cada una de ellas.

Por ejemplo, el caso de Ángel Manfredo Velásquez se presentó en la primera etapa.<sup>2</sup> Aún no existía la Comisión Interamericana. Fue el primer caso que llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Velásquez fue un estudiante que estaba en contra de la incorporación de Honduras a los conflictos centroamericanos. Desapareció junto a más de 150 hondureños. Hubo una decisión política de exterminar a quienes tuvieran una posición distinta a la del gobierno. Primero, el caso se envió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lo llevó a la Corte de San José de Costa Rica. Reitero, los individuos solo pueden llevar la denuncia a la Comisión, siendo ésta, la que lleva el caso ante la Corte si lo estima oportuno.

Los abogados de las víctimas convencimos a la Comisión que nos nombrara asesores jurídicos para tener presencia. Examinamos testigos, llevamos pruebas,

<sup>2</sup> El autor fue uno de los abogados de las familias de las víctimas.

dimos los argumentos finales.

La decisión fue muy importante, porque estableció la responsabilidad de Honduras por una desaparición.

Eso ocurrió en los años ochenta. Era muy importante, porque en esa época las dictaduras negaban las desapariciones. No sólo desaparecían las personas, sino que desaparecían las desapariciones, lo que no ocurría solo en Centroamérica; representantes del Estado chileno planteaban en foros internacionales que las desapariciones no eran efectivas, por lo tanto, teníamos que probar su existencia.

Ángel Manfredo Velásquez fue el primer caso contencioso de las Américas en que se estableció la responsabilidad de un Estado. Eso tuvo un efecto de transformación muy grande, porque, en la actualidad, las desapariciones constituyen un crimen de lesa humanidad incorporado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Su caso se transformó en un factor de cambio que impulsó la humanidad a través de los principios jurídicos.

El impacto fue interno y externo; por un lado, transformar la acción en la región. También tuvo impactos jurídicos importantes, porque había que probar esa desaparición, y los representantes de Estado hondureños dijeron que las desapariciones tenían que probarse con el nivel de prueba más elevado. El derecho anglosajón, es el que va más allá de toda duda razonable en los casos penales. Es decir, si se va a condenar a un estado, debe hacerse así.

La responsabilidad civil, que tiene menos consecuencias que enviar a alguien a la cárcel, requiere preponderancia de evidencia.

Hay temas teóricos muy serios en esto, pero, para hacerlo más sencillo, más allá de toda duda razonable, se trata de ganar el partido cinco a cero; preponderancia de evidencia es ganar dos a uno.

Hay una tercera forma: presunciones, pruebas circunstanciales. Sin entrar en definiciones jurídicas, prueba circunstancial es quizás el poema de Neruda: Dicen que dicen dijeron. En inglés es *poor hearsay*. O sea, normalmente, no tiene ningún valor. Entonces, Honduras pidió el nivel más alto. Nosotros dijimos que si hay que probar desapariciones con ese nivel más alto, nunca se van a probar, porque, en el caso de más allá de toda duda razonable, para encarcelar a un individuo, los jueces y las policías no van a cooperar investigando, porque están comprometidos. En el caso de Honduras, los jueces y policías también eran responsables de las desapariciones, porque estaban en connivencia con las autoridades estatales y negaban todo.

Logramos convencer a la Corte de que adoptara el siguiente nivel de prueba, lo cual no está en la Convención.

Dado que se trataba de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, se trasladó el peso de la prueba y fue el Estado el que tuvo que demostrar no ser culpable. Así se pudo comprobar, mediante pruebas circunstanciales la desaparición de una persona.

En cuanto a la presencia de las víctimas en los procesos ante la Corte, nosotros alegamos y presentamos pruebas y Honduras no objetó. Se constituyó la

representación de las víctimas en el proceso ante la Corte. La Convención permanecía silenciosa sobre eso. Así se creó un precedente.

Hubo otro aspecto. Incluso, habíamos contratado a un médico, porque la familia de Ángel Manfredo Velásquez estaba muy impactada. Los niños habían esperado a su padre por años.

A veces, en la realidad se politizan las cosas. Uno tiene que conocer la dimensión humana.

Si perdíamos el caso, podía producirse un impacto muy serio en la familia. Pero estaban muy calmados, porque dijeron lo siguiente: “Aunque hubiéramos perdido el caso -se puede perder por razones técnicas-, por primera vez estamos ante jueces independientes e imparciales”.

La otra razón por la cual los sistemas internacionales son importantes es que, si uno cree en una sociedad tolerante, pluralista, en que se respete el principio del debido proceso, la presunción de inocencia, la prohibición de discriminación y, entre otros, se puede canalizar demandas a través de un sistema internacional que garantiza el Estado de Derecho, lo que es mucho mejor que crear situaciones en que esas demandas no puedan ser canalizadas jurídicamente. Fue otro error en que se incurrió en ese caso.

#### **4.2 Segunda etapa**

Después viene una segunda etapa: la herencia de los gobiernos autoritarios de todos los colores.

Hay un caso muy importante y paradigmático que se dio cuando yo ya estaba en la Comisión Interamericana: Barrios Altos.

Una unidad del ejército peruano, el grupo Colina, irrumpió en un lugar en que había una fiesta, creyendo que era una acción de Sendero Luminoso. Pusieron a la gente en el suelo y se produjo una masacre. Mataron a 15 personas y dejaron a cuatro heridas. Después, los responsables fueron beneficiados por una Ley de Amnistía.

Sendero Luminoso es uno de los peores grupos terroristas que ha existido, no solo en la región, sino en el mundo. Ustedes han leído las cosas que ha hecho ese movimiento. Sin embargo, el dilema es si hay que enfrentar siempre esas situaciones en un Estado de Derecho o con los poderes de James Bond Doble Cero.

No hemos encontrado la manera de proteger los derechos de todos aún. Queda mucho por hacer.

Muchas veces se ha dicho que la democracia es estar con las manos amarradas, pero, estratégicamente, se trata de no perder los altos valores morales del Estado de Derecho, que, estratégicamente, significan mucho desde el punto de vista político. Mantener el estado de derecho es mucho más importante que las acciones efectivas a corto plazo.

El caso de Barrios Altos terminó con una decisión de la Corte que estableció que las leyes de auto amnistía violaban el Derecho Interamericano, lo cual produjo

una transformación en diversos países de la región, en términos de asumir las responsabilidades individuales.

### 4.3 Tercera etapa

Estamos en una tercera etapa, que es de expansión de la democracia. Hay elementos diferentes. Como decía, las democracias son perfectibles.

Hay dos narrativas que surgen en el hemisferio: una, su perfectibilidad sobre la base del pluralismo, la tolerancia, la separación de poderes y el Estado de Derecho. Por otra parte, hay intentos de buscar la centralización en la acción de Estado, desconociendo la separación de poderes, con líderes carismáticos de democracias delegadas. Guillermo O'Donnell, cientista político argentino, habló de eso, en cuanto a que alguien gana una elección y puede hacer lo que quiera.

Eso produce desajustes muy importantes; no da resultados a largo plazo. Uno ve algunos gobiernos de la región que se embarcan en esa dirección sobre la base de imperfecciones de los procesos de sus sociedades. En la región hay grupos vulnerables y pobreza, pero hay una tradición profundamente democrática, que consiste en avanzar en materia de derechos humanos.

Hay casos que se han planteado así. En el sistema de casos del Sistema Interamericano ha pasado a ser más importante el informe de los países, porque hay gobiernos electos que participan en tal sistema. Por ejemplo, en materia de libertad de expresión<sup>3</sup>.

Posteriormente, presenté algunos casos, como el del general en retiro Francisco Usón, de Venezuela, criticó la conducción política de dicho país. Sucedió que hubo un incendio en una instalación militar y el Presidente de Venezuela señaló que nadie había muerto en el siniestro, pero, después, dijo que su hijo murió quemado en el incendio. Finalmente se aclaró que murieron dos personas en la instalación militar, quienes estaban quemados de frente. Además, hubo ocho heridos, y no había posibilidad de acceso a éstos.

Entrevistaron al general en retiro Usón en uno de los medios independientes del Gobierno, quien ante el rumor de que podía haberse utilizado en este caso un lanzallamas, dijo que eso había sucedido en una celda militar y que, si fuera cierto que se usó un lanzallamas, sería muy grave. Eso se considera un delito de opinión, pero los delitos de opinión no existen. Si algo fuera cierto, no es injuria ni calumnia. Lo arrestaron ese mismo día y fue juzgado en los tribunales militares. El juicio no fue público. Lo único público fue la sentencia: fue condenado a cinco años y ocho meses de prisión.

Cuando se llevó el caso ante la Comisión Interamericana, establecimos la incompatibilidad de las leyes de desacato con las de libertad de expresión, porque las autoridades públicas y quienes están en el dominio público pueden defenderse legítimamente de ataques a su honor con demandas de responsabilidad civil que

<sup>3</sup> El autor representó a la Comisión ante la Comisión Interamericana hasta 2001.

sean proporcionadas a lo que se les atribuye, por cuanto quien está en el sistema público está más expuesto a la crítica que quien está en la actividad privada.

Hay que incentivar la protección del honor sobre la base de las responsabilidades civiles.

Además, en muchos países hay influencia del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial sobre la acción penal. En consecuencia, si uno establece el desacato, que es un delito agravado, así como las injurias y calumnias, congela la posibilidad de crítica a las autoridades públicas, y en un hemisferio donde la ocupación *full time* de muchos gobernantes es mantenerse fuera de la cárcel por razones de corrupción, quizás sería bueno, preventivamente, que prevaleciera el uso de la responsabilidad civil.

Muchos países fueron modificando su legislación para limitar o excluir totalmente el crimen de desacato, como Chile y Argentina. En Venezuela se produjo el fenómeno contrario: más objetos e instituciones protegidos, como las Fuerzas Armadas.

Nuestra tesis fue que el honor es algo individual y que en el delito de desacato había una desproporción tremenda.

El caso Usón llegó hasta la Corte y fue ganado. Veremos lo que pasa con su cumplimiento.

También está el caso Awas Tingni, en la costa atlántica de Nicaragua. El gobierno nicaragüense dio una concesión a una compañía sudcoreana, Solcarsa, con violación a las normas internas de consulta, para que cortara los árboles nativos en las tierras donde la comunidad se dedica a la caza y a la pesca.

Hubo una declaración de la Corte Suprema de Nicaragua que declaró dicha concesión ilegal. El asunto llegó a la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana. Ésta determinó que hay un derecho comunal de tierras donde tradicionalmente hay caza y pesca, normas que cumplir y equilibrios que alcanzar; estableciéndose una prohibición que el gobierno de Nicaragua cumplió.

La moral es un aspecto muy importante en el análisis.

En cuanto al género, una de cada cuatro mujeres es objeto de violencia doméstica. Hay países donde no había igualdad *de iure*.<sup>4</sup>

El adulterio era considerado delito solo para la mujer, no para el hombre. Yo acostumbraba a hacer una broma: ¿Con quién lo hacen? El concepto del adulterio era una discriminación absoluta hacia la mujer.

También había discriminación respecto al Derecho de Familia y en temas de propiedad familiar. Actualmente, casi estamos terminando con la discriminación *de iure*.

En todos los países hay discriminaciones de hecho: en el porcentaje de mujeres en las altas estructuras corporativas, en la política, en el pago diferente por el mismo trabajo a mujeres y hombres, entre otras.

Además, el concepto de trabajador ideal es el de un hombre con una mujer que cuida a los niños. Incluso el trabajo está organizado en torno a los hombres. A las

<sup>4</sup> El autor fue relator en el área referida a violencia contra la mujer.

mujeres se les hace mucho más difícil ser exitosas en las carreras profesionales y en general, en el mundo laboral.

Tuvimos el caso de María Eugenia Morales contra Guatemala. El Código Civil de ese país decía que las mujeres casadas tenían que pedir permiso al marido para trabajar.

## **5. Los grandes desafíos del futuro**

### **5.1 El financiamiento del Sistema**

El Sistema cuenta con una comisión a la que el presupuesto regular de la OEA le da 4 millones de dólares. Siete comisionados funcionan en jornada parcial y se reúnen tres veces al año durante dos semanas. También existe una corte con siete integrantes. También hay abogados. La comisión más grande tiene 40 abogados; por su parte, la Corte debe tener unos 15.

El presupuesto ordinario da a la Comisión 4 millones de dólares y a la Corte un millón de dólares. No he comprobado las cifras, pero puede que actualmente sea alrededor de un millón y medio. Hoy hablé con el secretario de la Comisión para preguntarle exactamente el monto. Me contestó que cuatro millones de dólares.

¡No es posible, no funcionan a tiempo completo! El 5 por ciento de los recursos de la OEA va a la Comisión Interamericana, y el organismo más importante de la OEA es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### **5.2 El cumplimiento de los órganos políticos**

Falta cumplimiento de los órganos políticos en hacer efectiva su garantía política en las decisiones adoptadas por la Corte. Hay países que han violado la Convención Interamericana, diciendo que no van a dar cumplimiento a las decisiones de la Corte.

No hay discusión en los órganos políticos ni acción alguna sobre ese tema. Tampoco hay vinculación con la Carta Democrática Interamericana, que señala expresamente que el incumplimiento de decisiones de la Corte es importante.

Se ha intentado interferir en la autonomía administrativa de la Comisión Interamericana, incluso, en declaraciones de las altas autoridades de la Organización de Estados Americanos se ha señalado, por ejemplo, que las medidas cautelares dadas por la Comisión no tienen valor jurídico. En eso hay duda. Yo no la tengo, porque es la interpretación de un tratado. Pero nunca habíamos escuchado declaraciones en ese sentido, lo que implica un debilitamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a tentativas de crear un sistema paralelo, como lo planteado por el Presidente de Ecuador. Tengo la gran sospecha de que ese sistema es de carácter político, llamado *peer review*, de Estados comentando sobre Estados, sin órgano independiente ni acción individual de personas.

Por tanto, hay un proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano con elementos muy preocupantes. Por ejemplo, dice que hay que equilibrar las tareas de promoción con las de supervisión<sup>5</sup>.

Pero existe un Instituto Interamericano de Derechos Humanos. La labor de la Comisión Interamericana, con sus recursos, no es dar clases, sino utilizar esos recursos para financiar el sistema de casos, para los informes de países.

Después, en su informe anual, la Comisión elabora un capítulo cuarto, donde señala los países en que hay violaciones de derechos humanos. Se dan intentos de interferir en la autonomía de la Comisión para determinar qué países entran al capítulo cuarto. Entre los países que figuraban en el último informe anual estaban Venezuela, Colombia, Haití y Cuba.

El Sistema ha hecho cosas muy importantes. Logró salvar vidas humanas; acompañó a países en procesos de transición a la democracia; ha generado una narrativa hemisférica importante para el cumplimiento de derechos humanos y ha canalizado peticiones.

Hay países que se declaran amigos del Sistema mientras en ellos no figure un caso en su contra y, sobre todo, los que se manifiestan contra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no la usan.

La Comisión no es infalible. Si comete errores, se puede recurrir a los mismos mecanismos del Sistema para buscar su corrección; por ejemplo, ir a la Corte o pedir representación. Pero no se hace.

Hay una gran debilidad de liderazgo y de acción de los órganos políticos de la OEA. Hay un proceso de transformación que más bien parece de limitación para los efectos del desacato.

Es necesario buscar financiamiento. Cerca del 50 por ciento de los recursos de la Comisión Interamericana no procede del presupuesto regular de la OEA, sino de donantes, como países europeos, fundaciones, etcétera. Chile es uno de los pocos países que le ha hecho una donación. Eso habla muy bien del país, aunque se trate de una donación limitada.

Es necesario, en primer lugar, órganos que funcionen tiempo completo. Se han presentado más de 1.600 peticiones ante la Comisión.

En 1995<sup>6</sup> se había adoptado ocho decisiones. En 2001, cuando el proceso de transición había avanzado, unas 80, incluyendo soluciones amistosas. En la actualidad, hay más de 1.600 peticiones ante la Comisión y más de 150 casos ante la Corte.

De modo que el sistema es vibrante y tiene impacto sobre cientos de miles de personas. Ha logrado transformar leyes de libertad de prensa, ha protegido individuos, ha cambiado la jurisdicción de los tribunales, con recursos muy limitados. Ha contribuido a la igualdad de género, ha buscado dar expresión a las peticiones y expectativas de actores importantes, canalizándolas en una narrativa jurídica.

Es obvio que hay que fortalecer su financiamiento y crear órganos de funcionamiento completo, que no se reúnan sólo tres veces al año.

<sup>5</sup> El autor es Decano de una Universidad por lo tanto se le presenta un conflicto de intereses.

<sup>6</sup> Siendo el autor Presidente de la Comisión informó a la Asamblea General.

Asimismo, hay que reafirmar la voluntad política de acompañar al Sistema, sobre todo frente a denuncias alternativas que pretenden debilitarlo.

Es imperativo ejercer la labor de garantía colectiva de los órganos, porque hay un alto grado de cumplimiento de los países. Existe más incumplimiento en los temas de investigación, pero, en casos de medidas de no repetición, de reparaciones, hay mayor cumplimiento.

Cuando se presentan reiteradas situaciones y el juicio común no está legislado, debe hacerse efectiva la garantía política.

Todo ello es fundamental, porque la despolitización es central para la legitimidad de un sistema; no importa la ideología política de la víctima o del victimario.

Por ejemplo, tenemos el caso del asesinato del senador Jaime Guzmán, efectuado en Chile, frente a una incapacidad de Argentina de procesar su extradición para que el autor sea juzgado. Los tribunales chilenos han demostrado su independencia para juzgar.

En el diálogo con los estados, muchos dicen: “Estos son terroristas, violadores”, como para justificar la tortura. Pero debemos decirles que la Convención no señala que se puede utilizar la tortura contra los terroristas.

Uno de los factores de legitimidad del derecho es tomarlo en serio. No es necesario saber qué ideología política tiene la gente o si uno está a favor o en contra para respetar sus derechos.

Otro factor de legitimidad es quién dice las cosas, los procedimientos que utiliza y sus resultados finales.

## **6. Conclusiones**

Esta poderosa narrativa de la humanidad debe ser aplicada en todos los casos.

Como conclusión, una anécdota ocurrida en Holanda sirve para graficar que muchos casos de derechos humanos a veces son impopulares. Los holandeses son un pueblo muy pragmático.

En la Edad Media, en Europa fueron quemadas más de medio millón de personas por brujería. En la actualidad, ninguna lo sería.

Cerca de donde yo vivía había un pueblo llamado Oudewater, que significa agua vieja. Allí inventaron una pesa para brujas, porque se suponía que volaban y pesaban menos de lo que su apariencia indicaba. Hicieron una romana en madera y todos llegaban a pesarse. A los que pesaban lo que su apariencia indicaba, les daban un certificado, que acreditaba que no eran brujos ni brujas.

Como en todos los momentos de tolerancia, de respeto por la gente, en ese pueblo florecieron cosas importantes, no sólo restaurantes donde la gente quería precaver que estaba en el peso más elevado antes de subirse a la balanza.

Después, en Europa y en otras partes del mundo han inventado otras pesas para brujas, por muchas razones: políticas, religiosas. Pienso que los episodios más elevados de la vida de las mujeres y de los hombres no es inventar las brujas, sino las

pesas de brujas.

Los sistemas internacionales de derechos humanos reflejan la tradición de recurrir al derecho. Quizás las brujas sean el símbolo de la balanza y de la justicia. Dichos sistemas contribuyen a eso.





**“Bases para una codificación administrativa” del autor  
Manuel Vergara Rojas  
Edición privada. Imprenta Arte y Gráfica, 2010**

**Hugo Tórtora Aravena\***

Como se ha de recordar de nuestros primeros años de estudio del Derecho, el movimiento codificador en el mundo surge hacia fines del Siglo XVIII, destacando en una primera época el Código de Baviera de 1756, y luego el de Prusia de 1792. El Código más importante, sin embargo, de esta etapa inicial fue sin duda el Código Civil Napoleónico de 1804.

La codificación jurídica fue consecuencia directa del movimiento ilustrado que entendía que toda obra humana debía provenir de la razón para que fuera perfecta, y por lo tanto el orden racional de las cosas era un objetivo intelectual y metodológico constante de los hombres de la época.

En ese contexto, los códigos jurídicos se ajustaban a la idea de una obra que permitiera resumir en un solo documento toda la regulación imperante, gracias a la máxima iluminista de contar con leyes pocas, sencillas, claras y estables.

Así las cosas, la idea de “códigos” quebraba la técnica imperante por más de 1.200 años, como era la de las recopilaciones de leyes, iniciada por el emperador romano Justiniano hiciera resumir todas las leyes existentes desde el Imperio de Adriano hasta el suyo propio, lo que prosperó en el legendario Corpus Iuris Civilis el año 529 d.C.

---

\* El autor es abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Talca. Profesor de Derecho Público de la Universidad Andrés Bello, donde además es Docente Jornada Completa, y de la Universidad Santo Tomás, ambas, en sus Sedes de Viña del Mar. Correo electrónico htortora@unab.cl.

Los Códigos, pues, a diferencia de las Recopilaciones dejaban de ser una mera reunión de leyes en un solo texto, sino que implicaron una creación de un cuerpo normativo armónico, ordenado, inspirado en principios lógicos y afines con la justicia, que permitieran al ciudadano, conocer mejor las leyes de la ciudad y de este modo, obedecerlas con mucho más conciencia.

Esta gigantesca revolución histórico-jurídica de la Codificación, sustituto de la antigua Recopilación ha sido borrada sin embargo, de un solo plumazo por una lamentable tendencia que ha venido operando en Chile consistente en la enorme proliferación de textos que dicen ser Códigos de diversas materias, sin que técnicamente lo sean. Así, hemos visto cómo muchas editoriales han ido publicando verdaderas recopilaciones de leyes temáticas bajo el rótulo de códigos, pero carentes de hilos conductores claros, ni principios jurídicos evidentes, ni mucho menos sistematización razonable.

Y es que, creemos, los Códigos jurídicos han de nacer como tales, y no crearse vía *copy and paste*, tan en boga en nuestros días.

Justamente en la línea tradicional codificadora, el abogado Manuel Vergara Rojas, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso nos propone un auténtico código jurídico, elaborado con dedicación y pulcritud técnica, el cual se inserta dentro de un libro de mayor extensión titulado “Bases para una Codificación Administrativa”, editado de modo independiente el año 2010 en la ciudad de Valparaíso.

El texto en comento se inicia con una introducción, y lo suceden cuatro capítulos.

El Capítulo Primero denominado “Plan General”, se divide a su vez en dos apartados. En el primero, que el autor denomina “Antecedentes” aborda primero la pregunta acerca de si es posible codificar las normas del Derecho Administrativo chileno, frente a lo cual, sensatamente concluye que ello sí es factible, pero sólo de las leyes básicas o marco, que sirvan a su vez, para la aplicación de otras leyes más específicas en el ámbito tributario, de aguas, sanitario, aeronáutico, etc. El abogado Vergara refuerza su tesis, apoyándose en una rica investigación histórica que parte con la obra del francés Charles-Jean Bonnin de 1808, y que sigue con antecedentes nacionales provenientes de la Contraloría General de la República en 1969, la Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA) creada por la Junta Militar en 1973, el Consejo de Estado en 1981 y otros datos de muy larga enumeración.

Luego, el colega Vergara Rojas, evidenciará las deficiencias del ordenamiento interno en materia de regulación administrativa. En relación con las normas constitucionales, advierte por ejemplo, que la regulación en materia de Ministros de Estados es “tenue”, “general” en lo relativo a los actos administrativos, y “poco detallada” en lo que toca a la delegación de firmas. Por su parte, entiende que la regulación de carácter legal sufre de, al menos, cuatro graves deficiencias: dispersión, duplicidad, antigüedad u obsolescencia, y existencia de omisiones o lagunas legales en ciertas materias.

La segunda parte de su Capítulo Primero o "Plan General" narrará cuál será la planificación de la futura codificación, la cual desarrollará parcialmente en los próximos capítulos. El proyecto de Código elaborado por el autor está diseñado sobre la base de un Título Preliminar, un Libro Primero sobre la Administración del Estado; un Libro Segundo sobre Procedimiento Administrativo General; un Libro Tercero sobre Contratación Pública; un Libro Cuarto sobre Dominio Público; un Libro Quinto sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa, y un Título Final.

Por razones que expone en su introducción, el autor desarrolla con mayor detalle sólo el Título Preliminar y el Libro Primero de su proyecto, por lo que resulta de suma urgencia que pueda publicar muy pronto el resto de su interesante trabajo.

La técnica que utiliza el abogado Vergara se presenta de modo sugerente y atractivo, ya que no sólo se limita a transcribir, artículo por artículo, cada una de las piezas que formará parte de este esbozo de Código Administrativo, sino que además, explica y desarrolla cada uno de ellos. La técnica de "legislación comentada", a la manera de los glosadores medievales, pero siempre vigente y práctica, resulta muy útil para comprender a cabalidad, el esfuerzo que propone el autor.

No quisiera entrar a detallar cada uno de los componentes de esta primera parte del Código de Vergara, pero bien me permito destacar algunos asuntos que me parecen de primera importancia.

En primer lugar, se fija el ámbito de aplicación del presente Código, el cual si bien no dista del todo de lo que actualmente establece la Ley 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado (LOC-BGAE), sí se hacen algunas precisiones conceptuales y de lenguaje técnico-jurídico dignas de observar.

En segundo término, resultan interesantes los principios generales que plantea el autor como fundantes o fundadores de su cuerpo normativo, los cuales clasifica en tres categorías. Los primeros principios los denomina "políticos administrativos", y son los de servicialidad y subsidiariedad. En segundo lugar, ubica a los principios jurídicos administrativos, cuales son los de legalidad, competencia, probidad, publicidad, transparencia y responsabilidad. Finalmente, destaca los principios administrativos propiamente tales, como impulsión de oficio, cooperación, coordinación, eficiencia, eficacia y control.

En el desarrollo de estos principios, el autor no esconde su llamamiento constante a la actual legislación contenida en la mencionada LOC-BGAE, pero continuamente la modifica, la intenta mejorar y la complementa con normas provenientes del Derecho Comparado, especialmente de España, Venezuela, Costa Rica y la provincia argentina de Neuquén, entre otros ordenamientos.

En relación con el Libro Primero del Código, denominado "De la Administración del Estado", el abogado Vergara desarrolla la Administración General del Estado, la actividad empresarial del mismo, los cooperadores de la Administración, la organización administrativa, la Función Pública Administrativa, la Probidad Administrativa, y la Responsabilidad del Estado. Ya sabemos que la redacción de los

siguientes Libros es tarea pendiente para nuestro articulista.

En toda la regulación inserta en este Libro Primero, don Manuel Vergara redacta algunas normas nuevas, no previstas en la LOC-BGAE, casi todas ellas muy interesantes.

Por ejemplo, afina el nombre y precedencia de los Ministerios (art. 14), hoy regulado principalmente a través de Decretos y Reglamentos, en circunstancias que es materia de estricta reserva legal.

También crea lo que él llama “el Consejo de Ministros” (art. 15), dedicado a “tratar asuntos de gobierno o bien los que la ley expresamente les encomienda”, y también al interior de cada cartera, el “Gabinete del Ministro” (art. 20), con funciones de asesoría al respectivo secretario de Estado. Sobre el particular, me permitiría sugerir un mayor desarrollo de ambas instituciones en el mismo Código Administrativo, de modo de evitar remisiones normativas ya sea al Presidente de la República –lo cual resulta de cuestionable constitucionalidad, por tratarse de materias propias de ley orgánica constitucional- o a otras leyes orgánicas –mandamiento que parece más propio del constituyente que una orden autoimpuesta por el propio legislador-.

En otro aspecto digno de destacar, figura la mención expresa que realiza el autor del principio de subsidiariedad en el ámbito de la actividad empresarial del Estado (art. 34). Ello parece muy coherente con una interpretación liberal de nuestra Carta Fundamental, la cual si bien, parece muy fiel con la voluntad del constituyente, deberá ser defendida con sólidos argumentos, especialmente frente a quienes tienen una visión diferente acerca del rol del Estado en nuestra sociedad.

Más adelante, se legisla acerca de los cooperadores de la Administración, como los servicios públicos concesionados, los establecimientos de utilidad pública e incluso, los colegios profesionales, lo cual también resulta novedoso dentro de nuestro actual esquema legislativo.

En último término, quisiera comentar el desarrollo que realiza Vergara Rojas sobre el fascinante tema de la Responsabilidad de la Administración del Estado, y más específicamente en lo atinente a la Responsabilidad civil por Falta de Servicio.

En este punto específico, el autor dejará claro que la falta de servicio no es la única vía para obtener la reparación por daños (acercándose más a la redacción del art. 141 de la Ley Orgánica de Municipalidades que al art. 42 de la LOC-BGAE), toda vez que en su art. 102 dirá que los órganos de la Administración serán responsables por el daño que causen a particulares “principalmente por falta de servicio”. De esta manera, como agrega el autor en sus glosas, no se excluye eventualmente la posibilidad de otros sistemas de responsabilidad.

A su vez, con clara influencia del recordado profesor Osvaldo Oelckers, en el artículo siguiente se propone un concepto de Falta de Servicio, llenando el inexplicable vacío legal existente en la actualidad, parcialmente colmado por la jurisprudencia y la doctrina. No copiaré aquí la definición, pero desde ya adelanto que se mueve sobre la idea de daño y funcionamiento defectuoso de la Administración, fundamentado en la conocida tríada de mal funcionamiento, omisión de funcionamiento debido

y funcionamiento tardío. En esto, el proyecto es muy respetuoso de las tendencias modernas de responsabilidad extracontractual del Estado, lo cual demuestra dominio del tema por parte del autor, y estudio acabado sobre el mismo.

Esta falta de servicio será calificada por los Tribunales Administrativos (art. 104), lo cual intenta pagar una deuda y cumplir una antigua y legítima aspiración de la comunidad jurídica y académica que reclama desde siempre, la creación de tales órganos judiciales. En dicha sede, además, la Administración podrá excepcionar la demanda por diversas razones que justifican su actuación u omisión, causas que hacen eliminar el reproche de antijuridicidad de la misma (art. 106).

Finalmente, en lo relativo a la responsabilidad de la Administración del Estado por actuación jurídica, el autor asienta la idea de que ella solo opera por actos ilícitos (art. 116), mas no por actos lícitos (art. 120), cerrando también de modo polémico pero fundamentado, la discusión acerca de si es posible la responsabilidad por actuación lícita de la Administración (casos Galletué y Lolco con Fisco, entre otros).

En definitiva, don Manuel Vergara nos propone el avance de un trabajo serio, dedicado, resultado de un estudio acucioso de diversas fuentes y muy provocador.

Posiblemente en algunas disposiciones propuestas se podrá estar en desacuerdo o discutir, pero no se puede negar que este proyecto puede ser un importante aporte a un eventual proceso legislativo sobre la materia.

El autor deja, tal como lo dijimos líneas atrás, algunas tareas pendientes. Una es para él mismo, como es la de terminar de elaborar su Código, de manera de exhibirlo de manera completa a la comunidad jurídica y política de Chile.

Pero también le encarga una gran tarea a nuestros órganos colegisladores, para que generen cuanto antes un Código Administrativo, un verdadero Código Administrativo, completo, armónico y coherente, para lo cual, el modelo que nos entrega don Manuel Vergara Rojas es, sin lugar a dudas, un excelente comienzo.



# VI

## Transparencia en el Estado: una reforma a medio camino

Jorge Burgos Varela\*

Pese a que no se las suele contabilizar entre las denominadas “Reformas Políticas”, la serie de profundas innovaciones que se han introducido en el funcionamiento del Estado chileno en materia de acceso a la información pública y transparencia, por una parte, así como de ética y probidad en la Administración del Estado, por otra -de las cuales da resumida cuenta el presente artículo- constituyen sin duda alguna una influencia mayor sobre la actividad política en su conjunto, influencia que está llamada a redefinir las relaciones entre los Poderes del Estado y entre éstos y los ciudadanos de una manera no menos determinante que los cambios en materia de sistema electoral, quórums constitucionales y hasta de régimen político, cuya discusión se viene anunciando con cierta recurrencia en la escena nacional.

El presente artículo tiene por objeto hacer revista a las diversas modificaciones que ha sufrido el ordenamiento jurídico nacional en materia de transparencia. Con este objeto, se reconocen diversas áreas donde ha existido un esfuerzo por transparentar la gestión del Estado: recursos financieros, activos financieros, recursos humanos, transparencia de empresas públicas, del gasto electoral, entre otras. En este escenario se destaca la aprobación de la ley 20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública y se reconoce como materia pendiente la regulación del *lobby*.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y Abogado. Diputado de la República de Chile.

## Introducción

Si tuviera que elegir un punto de partida para singularizar el momento en que nuestra sociedad tomó el camino de crear condiciones jurídicas para establecer la transparencia en el Estado como un objetivo público indispensable de concretarse, elegiría el 14 de diciembre de 1999, fecha de publicación de la ley 19.653 que incorporó a la ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, un título sobre “la probidad administrativa”.

Más de alguien podrá sostener con fundamento que hubo antecedentes a tal modificación -probablemente aquello es cierto-, pero nadie, creo, discutirá que el esfuerzo del gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle, donde le cupo especial participación al actual miembro del Tribunal Constitucional, profesor Carlos Carmona (en ese entonces jefe de la División Jurídica de la Secretaría General de la Presidencia), constituyó un paso definitivo y esencial.

Qué duda cabe lo trascendente que resultó ser el “Informe de la Comisión de Ética Pública”, de julio de 1994, bajo la presidencia del entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, Genaro Arriagada Herrera. Leer el informe a más de 15 años de su redacción da cuenta de un mérito muy importante, los comisionados fueron capaces de delinear un derrotero pro – transparencia, que con esfuerzo y no exento de dificultades ha venido ejecutándose.

¿Cuál fue la razón para que los poderes co – legisladores dieran ese paso?

En el intento de recordar e investigar no encuentro una causa basal única o preponderante. Probablemente estuvo presente cierta moda en discusiones más desarrolladas (¿Cuándo no?), uno u otro caso de corrupción que una prensa más independiente —y cada vez menos tímida con el poder—, investigaba y hacía público; sin duda, una agenda política más amplia, ya consolidada la democracia y menos preocupada de actos involutivos que encabezara el antiguo dictador aún, a esa fecha, con grados de poder no despreciables; un gobierno que se adelantó a cuestiones que para más adelante serían centrales en el debate, quizás todas estas razones juntas o solo algunas, quizás también otra que no logró encontrar, pero lo cierto es que así ocurrió.

En este trabajo, abordaremos los avances registrados en este ámbito tan importante para nuestra democracia en el año 2011. Antes de entrar en materia, sin embargo, me permito un par de comentarios previos. El primero, singularizar el 2011 como un buen año para la transparencia. En efecto, la consolidación del trabajo del Consejo para la Transparencia, más allá de las dificultades en la renovación de dos de sus consejeros, da cuenta que hoy tenemos una institucionalidad que ejerce sus atribuciones y con ellas ha puesto un claro límite a la discrecionalidad de la autoridad, cautelándose de manera concreta el derecho de todo ciudadano de acceder a la información pública. En la misma línea la media sanción otorgada al proyecto de

ley que regula el artículo 8º de la Constitución Política de la República (reforma del 2010), constituye un claro avance del principio de probidad y prevención del conflicto de interés. Más adelante destinaremos algunos párrafos a este tema.

El segundo aspecto previo que quisiera adelantar, es que tenemos muchos asuntos que quedaron pendientes, y que sin duda nos debieran alejar de la autocomplacencia. Al final del artículo individualizamos algunos pendientes y profundizamos en relación a uno que llora y exige celeridad: el *lobby*. Mantenerlos en esta tierra de nadie solo puede traer efectos negativos y productores de corrupción.

Hecho un punto de inicio para este artículo, es necesario pasar revista a otros momentos especiales, y a los pendientes que intentan justificar el título elegido.

## **Una breve reseña de lo avanzado en estos años**

### **1. Transparencia en materia de recursos financieros**

Las modificaciones en materia de recursos financieros tienen cuatro aspectos fundamentales: la regulación de los gastos reservados, la creación de modo permanente de la Comisión Mixta Especial de Presupuestos, el establecimiento de normas permanentes en materias de normas financieras de administración del Estado y la entrega de información por parte del Ejecutivo.

#### **1.1 Regulación de gastos reservados**

La Ley Nº 19.863, publicada en el Diario Oficial el 6 de febrero del año 2003, reguló por primera vez en nuestra historia, con una norma de rango legal, los gastos reservados.

Para tal efecto, en primer lugar, estableció el listado de los órganos que pueden contar con esta clase de recursos: la Presidencia de la República, los Ministerios del Interior, de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional; la Subsecretaría de Guerra; las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, y la Dirección Nacional de Fronteras y Límites (DIFROL) y la DISPI. Se suprimió la posibilidad que el Minsegres y el Minsegegob pudieran administrar este tipo de recursos.

En segundo lugar, se estableció que de estos gastos se debe rendir cuenta anual, en forma genérica y secreta, a la Contraloría General de la República. En tercer lugar, se estableció que estos gastos pueden aumentarse hasta en un 30% durante la ejecución del año presupuestario para destinarlos a tareas de orden público o de seguridad pública internas o externas. Dicho incremento debe informarse a las comisiones de Hacienda de la Cámara y del Senado. En cuarto lugar, se estableció que los gastos reservados no pueden destinarse a pagar a funcionarios públicos ni efectuarse transferencias de estos recursos para financiar campañas políticas, partidos u organizaciones gremiales.

### **1.2 Creación de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto con carácter permanente**

Mediante la Ley Nº 19.875, publicada en el Diario Oficial de 28 de mayo de 2003, se dio carácter permanente a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto. Su propósito central es realizar un seguimiento de la ejecución presupuestaria. Para tal efecto, puede solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria.

### **1.3 Establecimiento de normas permanentes en materia de administración financiera**

Mediante la Ley Nº 19.896, publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 2003, se modificó el Decreto Ley de Administración Financiera del Estado (D.L. Nº 1.263). Con este cambio, se hicieron permanentes una serie de normas que año a año se consagraban en la Ley de Presupuestos. Entre otros aspectos, se reguló la transferencia de recursos durante la ejecución presupuestaria. También se consagró las facultades de la Dirección de Presupuestos para contar con un sistema de información administrativa y financiera. Además, se estableció la obligación de evaluar año a año, los programas sociales, de fomento productivo y de desarrollo.

En materia de transparencia se regularon varios aspectos que merecen subrayarse. En primer lugar, se obligó a los servicios a rendir una cuenta anual, que debe remitirse al Congreso, acerca de su gestión operativa y económica, donde conste el cumplimiento de sus objetivos, tareas y metas. En segundo lugar, se reguló la publicidad y difusión que pueden hacer los órganos de la administración del Estado en cumplimiento de sus funciones. Para tal efecto, se establecieron dos limitaciones. Por una parte, estos gastos sólo pueden destinarse a publicitar y difundir el cumplimiento de las tareas propias del servicio y de la manera en que los usuarios acceden a las prestaciones que éstos otorgan. Por la otra, se obligó a que si se difundía iniciativas de ley debe señalarse su sujeción a la aprobación legislativa correspondiente.

### **1.4 Entrega de información por parte del Ejecutivo**

La Ley de Presupuestos para el año 2004 y 2005, establecieron una serie de obligaciones para la administración del Estado. Específicamente, obliga a la Dirección de Presupuestos a las Comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputados, y a la Comisión Especial de Presupuestos, entre otros, los siguientes documentos:

- a. Informe de ejecución presupuestaria mensual de ingresos y gastos del Gobierno Central, a nivel de Subtítulos, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al término del respectivo mes.

b. Nómina mensual de los decretos que dispongan transferencias con cargo a la asignación Provisión para Financiamientos Comprometidos de la Partida Tesoro Público, totalmente tramitados en el período, dentro de los quince días siguientes al término del mes respectivo.

c. Informe de ejecución presupuestaria trimestral de ingresos y gastos del Gobierno Central, a nivel de Subtítulos, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al término del respectivo trimestre, incluyendo en anexos un desglose de los ingresos tributarios del período, otras fuentes de financiamiento y comportamiento de la deuda bruta del Gobierno Central.

d. Informe semestral de la deuda pública bruta y neta del Gobierno Central y del Banco Central, con sus notas explicativas y antecedentes complementarios, dentro de los noventa días y ciento veinte días siguientes al término del correspondiente semestre, respectivamente.

## **2. Transparencia en materia de activos financieros**

A partir de marzo de 2006, mediante informes trimestrales, el Fisco informa al mercado cambiario de los detalles sobre sus activos y pasivos financieros en dólares. La medida busca que los actores económicos conozcan, por ejemplo, de los prepagos de deudas que hace el Fisco al Banco Central, y así se evite la incertidumbre sobre las medidas que el Fisco adopta respecto del precio del dólar.

### **2.1 Ley sobre responsabilidad fiscal**

Esta legislación recientemente promulgada, introduce nuevos mecanismos orientados a la transparencia y responsabilidad de la política fiscal:

a. En primer término, establece que el Presidente de la República, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que asume sus funciones, establecerá las bases de la política fiscal que se aplicará durante su administración. Lo anterior, se concretará mediante un decreto supremo expedido por el Ministerio de Hacienda. Dicho decreto deberá contener explícitamente las implicancias y efectos que tendrá su política sobre el Balance Estructural correspondiente al período de su mandato.

b. Se crea un nuevo Fondo de Estabilización Económica y Social, que recibirá el superávit efectivo por sobre 1% del PIB, con la finalidad de asegurar la estabilidad económica y la política contracíclica, desvinculando el gasto de las fluctuaciones del precio del cobre y los efectos de la situación económica internacional.

c. Para la operación del Fondo de Reserva de Pensiones, la ley garantiza un aporte anual del 0,2% del PIB efectivo del año anterior, para que el fondo acumule recursos para asegurar el futuro pago de pensiones mínimas y de pensiones asistenciales.

d. Para contratar con terceros la administración e inversión de estos dos fondos, se exige licitación pública y la realización de auditorías periódicas independientes sobre el estado de los Fondos y la gestión de estas entidades.

### **3. Transparencia en materia de recursos humanos**

La tercera dimensión de la transparencia son los avances respecto a los recursos humanos. Esto se expresa en los siguientes aspectos:

#### **3.1 Creación de asignaciones**

La Ley Nº 19.863, publicada el 6 de febrero de 2003, estableció dos asignaciones. Por una parte, la asignación de dirección superior, para el Presidente de la República, Ministros de Estado, Subsecretarios, Intendentes y Jefes Superiores de Servicio. Por la otra, estableció una asignación por el desempeño de funciones críticas para los directivos, profesionales o fiscalizadores que desempeñan dichas funciones. Tales asignaciones buscaron transparentar las remuneraciones de estos funcionarios, evitando que se les complementara su sueldo con pago de honorarios, integración de directorios, o el pago a través de los gastos reservados.

#### **3.2 Regulación del pago de honorarios**

La Ley Nº 19.896 estableció una serie de regulaciones particulares para el contrato de honorarios. En primer lugar, estos contratos tienen que estar visados por el Ministro correspondiente. En seguida, el contrato debe contener un certificado del órgano que contrata, donde conste la disponibilidad presupuestaria. En tercer lugar, el funcionario debe prestar una declaración en el sentido que no tiene conflictos de intereses o si presta o no servicios en otra repartición. Finalmente, se le hizo aplicable a estos contratos las inhabilidades e incompatibilidades de la Ley de Bases de la Administración del Estado (parentesco, contratos, juicios).

#### **3.3 Fortalecimiento de la carrera funcionaria**

La Ley del Nuevo Trato (Ley Nº 19.862) introdujo una reforma estructural a la carrera funcionaria. Estos ajustes tienen que ver con los siguientes aspectos:

##### **3.3.1 Creación de la alta dirección pública**

Este es un mecanismo de reclutamiento de los jefes de servicios y de los cargos que le siguen en orden jerárquico. Estos dejan de ser funcionarios designados libremente por el Presidente o por el jefe de servicio y pasan a ser designados por ellos mismos, pero a propuesta en terna o quina del Consejo de la Dirección Nacional del Servicio Civil, órgano colegiado, compuesto por cinco miembros. Por una parte,

el Director de la Dirección Nacional del Servicio Civil; y por la otra, cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado. Esto significa que 96 servicios de los más de 120 que tiene el Estado, pasaron a regirse por este sistema.

### **3.3.2 El tercer nivel jerárquico pasa a ser de carrera**

Anteriormente, el tercer nivel en la estructura administrativa era de exclusiva confianza. Por la Ley N° 19.882, este cargo pasó a ser de carrera, y por tanto llenado por concurso público cada tres años. Con el ajuste de la alta dirección pública, los cargos de exclusiva confianza se redujeron de 3.500 a 760.

### **3.3.3 Promoción por concurso**

En las plantas de directivos, profesionales, fiscalizadores y técnicos, el ascenso dejó de ser automático, pues las vacantes deben ser proveídas por concurso público.

### **3.3.4 Prohibición de discriminación**

Se prohíbe toda discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias por motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial.

### **3.3.5 Comunicación de los resultados de los concursos**

En los concursos se debe mantener en secreto la identidad de cada candidato para los efectos de la evaluación de las pruebas y de otros instrumentos de selección. Cada concurso debe dejar constancia de los fundamentos y de los resultados de la evaluación de los candidatos.

### **3.3.6 Creación de la Dirección Nacional de Servicio Civil**

Se crea por primera vez un servicio a cargo de los recursos humanos de la administración del Estado. Tiene como tarea central promover reformas y medidas tendientes al mejoramiento de la gestión del personal del sector público.

### **3.3.7 Término de los cargos adscritos**

Estos cargos se originaron producto de un beneficio otorgado legalmente en fecha 10 de marzo del año 1990 para aquellos funcionarios que ocupaban cargos que pasaban a ser de carrera. Estos tuvieron dos opciones: podían renunciar y recibir una indemnización o podían continuar desempeñándose en el mismo cargo que ocupaban, pero sin que nadie más pudiera optar a ellos. La Ley N° 19.882 obligó a estos funcionarios, a renunciar, con indemnización o incorporarse a la planta del servicio conforme a las normas generales.

#### **4. Transparencia en materia de Gestión**

El cuarto nivel de transparencia, se inserta dentro de la gestión de los órganos de la administración

##### **4.1 La Ley de Procedimiento Administrativo.**

La Ley Nº 19.880 establece el procedimiento administrativo común y general de los órganos de la administración. Este permite que las personas que sean titulares de derechos o de intereses individuales o colectivos, puedan iniciar o participar en un procedimiento administrativo, aduciendo alegaciones, aportando documentos u otros elementos de juicio, sosteniendo defectos de tramitación, etc. Asimismo, los faculta para conocer, en cualquier momento, del estado de la tramitación de los procedimientos y obtener copia autorizada de los documentos que estén en el expediente correspondiente.

Esta ley también permite que el órgano administrativo, para informarse mejor, pueda ordenar un trámite de audiencia pública. A través de ella, cualquier persona puede hacer llegar observaciones a la autoridad, de las cuales ésta debe hacerse cargo en la resolución que ponga término al procedimiento. Además, esta ley regula los actos de comunicación de un procedimiento. Para tal efecto, establece los actos que deben notificarse (en general, los defectos particulares) y los actos que deben publicarse (en general los que contengan normas de general aplicación).

##### **4.2 La Ley de Compras.**

La Ley Nº 19.886 reguló el contrato administrativo de suministro y de prestación de servicios. Mediante él, los órganos de la administración del Estado compran, arriendan productos o bienes muebles y servicios que requieran para el desarrollo de sus funciones.

Esta ley consagra varios elementos de transparencia para este contrato. En primer lugar, el particular que contrata la administración debe estar inscrito en un registro electrónico oficial de contratistas. En segundo lugar, todo el proceso de selección de contratistas se hace mediante un sistema electrónico o digital. En tercer lugar, la regla general es que el contrato se celebra por licitación pública y excepcionalmente (cuando no hay interesados, situación de necesidad o interés público comprometido) cabe el trato directo. En cuarto lugar, se crea el Tribunal de la Contratación Pública, que es competente para conocer de todas las ilegalidades o arbitrariedades ocurridas en procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos.

### **4.3 Licitación para estudios para inversión y proyectos de inversión.**

La Ley de Presupuestos para el año 2005, establece que la propuesta o licitación pública es obligatoria respecto de los estudios para inversión y proyectos de inversión a realizarse en el año 2005, cuando el monto total del proyecto contenido en el decreto o resolución de identificación, sea superior al equivalente en pesos de mil unidades tributarias mensuales respecto de los proyectos de inversión, y de quinientas de dichas unidades en el caso de los estudios para inversión, salvo las excepciones por situaciones de emergencia contempladas en la legislación correspondiente. Tratándose de los incluidos en las partidas Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Vivienda y Urbanismo, las referidas cantidades serán de diez mil unidades tributarias mensuales para los proyectos de inversión y de tres mil de tales unidades en los estudios para inversión.

Cuando el monto respectivo sea inferior a los señalados en el inciso precedente, la adjudicación debe ser efectuada conforme al procedimiento establecido en el decreto supremo N° 151, de 2003, del Ministerio de Hacienda.

## **5. Transparencia en materia de empresas públicas**

### **5.1 Ley N° 19.863 y D.F.Ls**

La Ley N° 19.863 facultó al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de Ley (DFL) que adecuaran los estatutos de las empresas públicas en relación a la incompatibilidad relativa que estableció entre el cargo de Ministro y el de Director de una empresa. La norma hacía compatible el cargo de Ministro con el de Director de empresa; pero no la remuneración. Además, establece un tope de 24 UTM.

En ejercicio de este mandato, la autoridad dictó los DFL N° 21, respecto de ENAMI; el DFL N° 22, para Correos; el DFL N° 23, para EMAZA; el DFL N° 24, para Ferrocarriles y el DFL N° 25, para los puertos. Todos ellos fueron publicados, con excepción del primero, el 2 de septiembre de 1993. El DFL de ENAMI fue objeto de un requerimiento ante Tribunal Constitucional, que fue acogido por éste. Por lo mismo fue suprimido del ordenamiento jurídico. En lo medular, los DFL establecen nuevas disposiciones para los directorios de dichas empresas. La autoridad concentra la designación de los directores que les corresponde nombrar en el Sistema de Empresas Públicas (SEP), como comité Corfo. En seguida, establecen inhabilidades para ser designado director, las que tienen que ver con parentesco, calidad de candidato y la militancia en directivas de partidos o en organizaciones gremiales o sindicales. Los DFL, además, establecen estrictos requisitos para asumir los cargos: título profesional o experiencia de a lo menos 3 años y antecedentes tributarios intachables.

### **5.2 Ley N° 19.847**

La Ley N° 19.847 estableció que las empresas que quisieran obtener garantías del Estado para los préstamos que contrajeran y para los bonos que emitieran, debían suscribir un convenio con el SEP, especificando los objetivos y resultados esperados de superación de programas e inversiones. La misma ley estableció que el SEP debía entregar en mayo de cada año, al Presidente de la República y al Congreso, un informe de gestión del año precedente.

### **5.3 La Ley N° 19.863**

La Ley N° 19.863 estableció la compatibilidad entre el cargo de ministro y el cargo de director de una empresa pública, pero permitió que sólo recibiera la dieta de un directorio, con un tope de 24UTM.

## **6. Transparencia en materia de gasto electoral**

La Ley N° 19.884, publicada el 5 de agosto de 2003, reguló el aporte fiscal, tope de gasto y control en materia de financiamiento de las campañas. En primer lugar, en efecto, se establecieron límites al gasto electoral. Este es distinto según se trate de candidaturas a senadores, diputados, alcaldes o de Presidente. En segundo lugar, se reguló el financiamiento privado y el financiamiento público de las campañas. El primero es cualquier contribución que se efectúe a un candidato o partido destinado a financiar gastos electorales. El segundo, es el pago y el reembolso que de los gastos electorales debe hacer el Estado a los candidatos y a los partidos.

En tercer lugar, se establecieron ciertas obligaciones de transparencia. Así, todo candidato debe nombrar un administrador electoral, quiénes deben llevar una contabilidad de ingresos y gastos que debe ser rendida ante el Director del Servicio Electoral, y son públicos. En cuarto lugar, se establecieron ciertas prohibiciones. Por una parte, los candidatos no pueden recibir aportes de campaña electoral por parte de órganos de la administración del Estado, de Empresas del Estado ni de aquellas en que éste tenga participación. Por la otra, no pueden efectuar estos aportes las personas que reciban subvenciones o aportes del Estado, ni aquellas que no persigan fines de lucro. Asimismo, los funcionarios públicos no pueden realizar actividad política dentro del horario dedicado a la administración del Estado ni usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones. Posteriormente, por la Ley N° 20.051, de 2005, se amplió el derecho a reembolso a las candidaturas para la Presidencia de la República.

## **7. Transparencia y probidad para todos los órganos del Estado (reforma Constitucional del 2005)**

La reforma constitucional de 2005 establece, en primer lugar, el principio de transparencia y probidad. Al efecto, dispone que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. También son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En segundo lugar, se fortalece el control del Congreso respecto de las actividades del Ejecutivo. Ello lo hace de tres maneras:

a. La Cámara podrá citar a los Ministros de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados en ejercicio, a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. Con todo, un mismo Ministro no puede ser citado para este efecto más de tres veces dentro de un año calendario, sin previo acuerdo de la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio. La asistencia del Ministro es obligatoria y debe responder a las preguntas y consultas que motiven su citación.

b. Asimismo, los Ministros deben concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos que, perteneciendo al ámbito de atribuciones de las correspondientes Secretarías de Estado, acuerden tratar.

c. La Cámara puede crear comisiones investigadoras especiales a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno. Las comisiones investigadoras, a petición de un tercio de sus miembros, podrán despachar citaciones y solicitar antecedentes. 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, están obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten. Sin embargo, para que los Ministros puedan ser citados más de tres veces en el año se requiere que lo apruebe la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

En tercer lugar, se elimina la suspensión o restricción a la libertad de prensa durante los estados de excepción. Y en materia de respeto a la vida privada, se suprime el respeto a la vida pública y se suprime el delito de difamación de la Constitución.

Finalmente, como una manera de controlar el ejercicio de las profesiones, se fortalece su control ético a cargo de los colegios profesionales.

### 7.1 Ley 20.285

Punto aparte a mi juicio merece la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (ley 20.285), que luego de algo más de 3 años de ejecución ha ido modificando la cultura pública, más bien tributaria del secretismo, hacia el camino sin vuelta de la transparencia. Es cierto que necesita de perfecciones procesales y probablemente algunas de fondo (de hecho un conjunto de parlamentarios de ambas alianzas políticas hemos presentado una moción parlamentaria en la lógica de perfeccionar el instrumento), pero qué duda cabe de los efectos positivos que ha producido.

El ex Primer Ministro Inglés Tony Blair, en su reciente autobiografía, destina varios párrafos, de su muy interesante y bien escrito libro, a quejarse amargamente de lo que considera una muy mala noticia, la aprobación por el parlamento inglés del acta de transparencia. Sostiene que el acceso a la información pública sólo trajo consigo dificultades en la función de gobernar.

Más de algún comentario en ese sentido he oído, en casa, durante estos años, sin embargo, parece haber consenso que con la publicación de la ley 20.285, surgida de una moción parlamentaria de los Senadores Larraín y Gazmuri, y luego perfeccionada por el gobierno de M. Bachelet, en particular en la discusión en la comisión mixta, trajo buenas noticias, y el nuevo camino de futuro es perfeccionar dicha norma para que produzca más transparencia en la función pública y en el derecho de acceso a la información de los órganos de la administración del Estado.

### 7.2 La reforma del 2010 y su ley orgánica

El 4 de Enero del 2010, en las postrimerías del gobierno de la presidenta Bachelet, se publicó en el diario oficial una reforma constitucional al artículo 8º de la Constitución Política de la República, que estableció dos nuevos incisos (actuales tercero y cuarto), resultando el artículo de la siguiente manera:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá

considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.”

Luego de una larga tramitación, apurada por la campaña presidencial de esos días, se lograría profundizar el principio de probidad, instaurado en la reforma del 2005, mediante la ley 20.050 (presidente Ricardo Lagos). Paso decisivo, que da sustento constitucional a la tarea legislativa cumplida y a aquella pendiente.

### **Materias Pendientes**

Entre lo pendiente, ya aprobado en la Cámara de Diputados, está el proyecto de ley de “Probidad en la función pública y prevención del conflicto de interés”, a que alude el inciso penúltimo del artículo 8° de la Constitución Política de la República. Como decía el proyecto ya posee media sanción, casi unánime en la Cámara de Diputados y constituye una propuesta novedosa, en lo siguiente:

a) En materia de declaración de intereses y patrimonio:

Se establecen nuevas autoridades y funcionarios obligados a declarar entre ellos los agentes públicos y ciertas personas sujetos a contrato de honorarios, cuando sus remuneraciones son equivalentes o mayores a jefes de división.

Se amplía el contenido de la declaración de interés y patrimonio, para decirlo en sencillo, se busca que la declaración se baste a sí misma para conocer el real patrimonio del declarante, por lo que ya no será suficiente que alguien cumpla diciendo “soy el dueño del 20% de la sociedad X”, sino que deberá incluir los valores subyacentes en esa propiedad.

En relación a las sanciones, será obligación publicar en los sitios web del servicio respectivo la individualización de aquellos que no han hecho declaración en tiempo y forma.

Se le entregarán más instrumentos a la Contraloría General de la República para su labor de fiscalización.

b) En materia de mandato para la administración de bienes:

Se distinguen dos modalidades, un mandato general que entrega la administración de determinados valores que eventualmente pueden ser causa de conflicto de interés y otro que se denomina como diversificado que importa un plan de liquidación de valores, y la posterior administración del producido de tal liquidación.

Se establece la obligación de constituir mandato para las más altas autoridades de los poderes ejecutivos y para parlamentarios, en especial para acciones sobre sociedades anónimas abiertas.

Otros funcionarios deberán constituir mandato, cuando se trata de valores que poseen y estos se vinculen a áreas sujetas a su área de injerencia administrativa.

c) Se establece la obligación de la enajenación de activos por parte del Presidente de la República, Senadores, Diputados y Contralor, en dos supuestos:

cuando tengan propiedad significativa (5% o más) en empresas proveedoras del Estado (más de 100.000.- UF), o cuando se trate de propiedad significativa (5% o más) de empresas sujetas a tarifas regulados o que exploten concesiones.

Que duda cabe que hay un listado de estatutos legales pendientes, que duda cabe también que resulta indispensable mejorar nuestra cultura en materia de transparencia en lo público, como también en lo privado, donde me parece que ni siquiera estamos a medio camino.

Con el ánimo de no extenderme, aún más, permítanme detenerme en un tema central y que por el momento es un acto legislativo fallido: la regulación del *lobby*. Es bien importante recordar que la primera iniciativa sobre regulación del *lobby* data del 2002, que en base a ella a fines de la década pasada el proyecto de ley estuvo a un paso de promulgarse, pero el ejecutivo de la época no lo hizo, y en su reemplazo envió un amplio veto que también terminó siendo archivado. Más tarde envió un nuevo proyecto, el que duerme en el proceso legislativo hace más de 3 años.

¿Por qué se ha producido esta situación, a todas luces extraña? ¿Es que en nuestra sociedad como no existe el *lobby* no es necesario legislar sobre esto?, Falso, el *lobby* más bien campea, solo que sin ninguna articulación o límite.

Me parece que la respuesta está más bien fundada en el hecho que el "*lobby* mató al proyecto de *lobby*", en especial de aquellos que ejerciéndolo, no quieren asumirlo, pues es más cómodo y útil sostener que se trata del simple derecho a petición, o se esta ejerciendo la profesión de abogado, o más elegantemente se trata de una oficina de "Imagen corporativa".

Lo concreto es que este es un pendiente acuciante, cuya falta de límites regulatorios, lo hace mezclarse con el tráfico de influencias o con el financiamiento de la política, todos ámbitos donde se requiere más transparencia.

Sin embargo, en los últimos días se ha recibido una noticia esperanzadora en esta materia, el ejecutivo después de un silencio largo, ha decidido enviar al trámite legislativo una indicación sustitutiva total, al proyecto que como recordaba duerme desde hace mucho.

Los primeros datos señalan que la mencionada indicación discurriría por la vía, (más que regular la industria), de poner los énfasis en la obligación del funcionario (sujeto pasivo) de publicar sus audiencias con lobbistas, reseñando la materia tratada.

Parece interesante explorar el camino de la transparencia como elemento regulatorio, sin perjuicio de debatir la necesaria obligación de registro de lobbistas habituales. En fin, lo importante es que por hangas o por mangas le llegue la hora al *lobby* desatado y oculto.

Como indicaba al comienzo de esta apartado, hay más pendientes; primarias obligatorias y vinculantes; financiamiento de la política; de los partidos; puerta giratoria de lo público a lo privado; mejores tipificaciones penales en delitos financieros, en información privilegiada, etc., pero aquello es materia de otro artículo más extenso.

La transparencia es una reforma a medio camino, pero lo trascendente es no quedarse ahí.

# VII

## El semipresidencialismo, una alternativa de gobierno viable y mejor que el presidencialismo para Chile

Humberto Nogueira Alcalá\*

### 1. El presidencialismo, sus ventajas y debilidades

El régimen presidencial podemos conceptualizarlo señalando que es un régimen democrático representativo de separación rígida de poderes cuyo Ejecutivo está constituido por un Presidente de la República, elegido por sufragio universal, quién es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y de la administración, siendo los Ministros de Estado nombrados y revocados por el primero, quienes no son responsables políticamente ante el Parlamento.

La ventaja del sistema presidencialista es la estabilidad del Ejecutivo y la concentración de la capacidad ejecutiva en un solo órgano unipersonal que goza de amplia independencia del Parlamento, maximizando la rapidez y la coherencia de las decisiones. Asimismo, en América Latina, el Presidente se constituye en el padre y guía moral del país, lo que se enraíza con la presencia anterior de caudillos y éstos en la realidad de los capitanes generales en la colonia, en el caso chileno.

\* El autor es Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

La institución presidencial en Chile, es la que ha juzgado un rol predominante en la construcción del Estado, ha ayudado a mantener la identidad, la continuidad y la integración de la sociedad.

El presidencialismo en sus diversas variantes de presidencialismo puro, atenuado o parlamentarizado entrega la jefatura de Estado y de gobierno en una sola persona, lo que si bien asegura la estabilidad del Ejecutivo, genera una alta concentración del poder en una sola persona, generando en sistemas democráticos con pluripartidismo un juego de suma cero, en que el ganador de las elecciones presidenciales concentra todo el poder en sus manos<sup>1</sup>.

El Presidente cuenta con un cheque en blanco para desarrollar su proyecto de gobierno personal, donde el programa presentado al electorado se desvanece fácilmente, no existiendo mecanismos institucionales para exigir su cumplimiento.

El Presidente de la República puede cambiar la orientación política del gobierno discrecionalmente, sin que nadie pueda impedirselo o contenerlo. Tal perspectiva alienta el caudillismo y un liderazgo sin contrapeso y sin conciencia de poder limitado que posibilita la institucionalidad presidencialista.

El presidencialismo surge y se ha desarrollado en una cultura paternalista, donde el Presidente de la República es el “*pater familia*”, en el que se delega el poder para que actúe según su prudencia política, lo cual potencia la tendencia al mesianismo político que produce desestabilización y crisis democrática, además de ser fuente de instalación de proyectos autoritarios<sup>2</sup>, como ha sido y es bastante corriente en América Latina, lo que se acentúa con las reelecciones inmediatas de los presidentes en el poder, los casos de Fujimori en Perú y del Presidente Chávez en Venezuela<sup>3</sup>, para tomar dos extremos, son bastante elocuentes en la materia, que buscaban concentrar el poder en sus manos y perpetuarse en el mismo, en el segundo caso la perspectiva se desvaneció temporalmente por la pérdida del referéndum de diciembre de 2007, pero permanece latente, como lo demuestra la nueva reelección del presidente Chávez en 2012.

El régimen presidencialista está en hacer asumir a una sola persona el rol del Jefe de Estado, símbolo de la integración nacional y de la estabilidad institucional, y por otra parte, el conductor de la política contingente que representa sólo a un sector o parcialidad. Es imposible cumplir bien ambas funciones, algunos harán prevalecer su rol del jefe de Estado con el consiguiente perjuicio para la conducción de la política contingente o darán primacía a esta segunda, deteriorando su rol de Jefe de Estado integrador y símbolo de la unidad y continuidad nacional.

Asimismo, el Parlamento constituye un órgano debilitado que no permite contrapesar al gobierno, generándose un régimen de hegemonía presidencial desequilibrado con rasgos más o menos autoritarios.

<sup>1</sup> Ver Linz, Juan. Los peligros del presidencialismo. En Linz, Juan y otros. Reformas al presidencialismo en América Latina. ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?. Ed. Comisión Andina de Juristas y Editorial Jurídica Venezolana; Caracas 1993. pp. 33 y ss.

<sup>2</sup> Ver, Linz, Juan y Valenzuela, Arturo. (eds.) The failure of presidential democracy. The Johns Hopkins University Press. Baltimore. 1994.

<sup>3</sup> Arismendi A., Alfredo. “Separación de los poderes y el sistema presidencial”, en Casal H., J.M.; Arismendi A., A. y Carrillo A., C. (coordinadores). Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. ED. Universidad Central Y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

Asimismo, en el caso que el Presidente de la República no cuente con mayoría parlamentaria, lo que ocurre frecuentemente en sistemas políticos con multipartidismo<sup>4</sup>, pese a todos sus poderes jurídicos, solamente se convierte en un administrador del sistema sin poder procesar y cumplir su programa de gobierno, salvo que desarrolle una negociación proyecto a proyecto en el Congreso Nacional. Si la oposición mayoritaria en el Parlamento no está disponible para negociar con el gobierno producto de su distinta concepción de la tarea del gobierno o por desarrollar una oposición obstruccionista de desgaste para sumir la alternancia, el sistema político se bloquea y paraliza<sup>5</sup>, con el consiguiente peligro de crisis del sistema político institucional en su conjunto, como ocurrió en Chile en 1973 y en diversas otras experiencias latinoamericanas.

El sistema presidencialista por la acumulación de poderes hegemónicos en manos del Jefe de Estado se juega a las virtudes y defectos del Presidente, su lealtad y prácticas democráticas, su capacidad de gobierno y administración, su capacidad de negociación y de liderazgo, su honestidad, entre otros aspectos. La ausencia o escasez de virtudes del Jefe de Estado pueden paralizar el sistema político, iniciar el desarrollo y/o profundización de crisis económicas, sociales y políticas, como ha ocurrido históricamente en Argentina, en Brasil, en Bolivia y en Ecuador, para señalar algunos ejemplos relativamente recientes de nuestro continente.

El sistema presidencialista facilita las conductas de rigidez y de irresponsabilidad de los actores políticos, no generando un medio adecuado para las tendencias al compromiso, la negociación y a la responsabilidad. En efecto, el Presidente es elegido por un período fijo y determinado de tiempo, el cual no necesita, por tanto, una vez elegido, de preocuparse por mantener y alcanzar una mayoría parlamentaria de apoyo, la cual es indiferente para su posición institucional. Por otra parte, los partidos políticos que apoyaron al candidato presidencial, se van distanciando del Presidente para evitar el desgaste político de la acción gubernamental a medida que se acerca la próxima elección parlamentaria. Finalmente, la oposición política puede extremar su polarización y acción demagógica, teniendo claro que nada hará cambiar su situación institucional durante el mandato presidencial en curso; desarrollando una acción obstruccionista en el Parlamento, que muchas veces produce un juego de suma cero. No se favorece las relaciones de cooperación entre el Gobierno y el Parlamento, especialmente cuando existen partidos organizados y disciplinados.

Así un Presidente que concreta una fuerte concentración de poder de gobierno con apoyo electoral minoritario o con pérdida de apoyo electoral durante el mandato, por tanto, con una situación política de ser minoría en el electorado y en el Parlamento, genera una crisis y una confrontación polarizada que frecuentemente ha derivado en América Latina en crisis institucionales y potenciado formas de autocracias autoritarias en diversas modalidades.

<sup>4</sup> Ver, Mainwaring, Scott . "Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación", en Revista de Estudios Políticos N° 88/1995, Madrid, 1995.

<sup>5</sup> Ver Alcántara Sáez, Manuel y Sánchez López, Francisco. "Veto, insistencia y control político en América Latina: una aproximación institucional". En Perfiles Latinoamericanos, Año 9 N° 19, México 2001.

El bloqueo institucional no tiene solución en el sistema presidencialista en tales circunstancias, salvo la destitución presidencial por acusación constitucional, lo que requiere configurar las causales jurídicas constitucionales y las mayorías calificadas necesarias para dicho proceso que son muy difíciles de alcanzar y de lo cual hay pocos ejemplos.

Asimismo, el régimen presidencialista no ofrece incentivo alguno al compromiso político entre el Jefe de Estado y las fuerzas políticas con representación parlamentaria opositora, ya que el objetivo de estas últimas es desgastar al gobierno para reemplazarlo. Un Jefe de Estado minoritario y obstinado puede mantenerse en el gobierno hasta el término del periodo presidencial pese a ser doblemente minoritario en el cuerpo electoral y en el Parlamento, no existiendo la posibilidad institucional de forzar un cambio en la política gubernamental. En Chile puede mantenerse en funciones con el apoyo de un tercio más uno de los senadores en ejercicio.

El sistema de partidos en el presidencialismo tiene una clara orientación hacia partidos electorales y clientelísticos, pragmáticos y populistas, sin un desarrollo programático serio, ya que ellos están destinados a ganar elecciones, pero no a asumir una función responsable de gobierno alternativo en forma institucionalizada.

Frente a esta realidad, la academia se divide en una línea que propone mantener el tipo de gobierno presidencial, despojándolo de los elementos que hegemonizan el poder en manos del Presidente de la República, reequilibrándolo<sup>6</sup>, quienes buscan el reemplazo por el régimen parlamentario<sup>7</sup> o quienes rescatando instituciones arraigadas en la cultura política latinoamericana como la figura del Presidente de la República, la mantienen en el marco del tipo de gobierno semipresidencial<sup>8</sup>.

## 2. Una alternativa viable: el semipresidencialismo

La tradición y cultura nacional no permite, a nuestro juicio, pensar en el establecimiento de un régimen parlamentario monista en nuestro país por razones culturales, históricas y políticas. Ello no significa, por otra parte, contentarse con una ligera atenuación de las atribuciones del Presidente de la República, mediante el nombramiento de un Ministro como Jefe de Gabinete, en el cual el Presidente delegue

<sup>6</sup> Ver Carpizo, Jorge. "México ¿sistema presidencial o parlamentario?", en Cuestiones Constitucionales, Julio – diciembre de 1999, México., pp. 49 y ss. Colomer, Josep y Negretto, Gabriel. "La gobernanza de la democracia presidencial". En Mora-Donatto, Cecilia (coord.) Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002. pp. 79 – 124. Nohlen, Dieter y Fernández, Mario. (eds.) El presidencialismo renovado. Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1998. Valadés, Diego. El control del poder. Ed. UNAM, México, 1998.

<sup>7</sup> Linz, Juan "Democracia: presidencialismo o parlamentarismo ¿Hace alguna diferencia?", en Godoy, Oscar. Hacia una Democracia moderna. La opción parlamentaria. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990. pp. 46 y ss. Godoy, Oscar. "El régimen parlamentario: una opción política para Chile"; en Godoy, Oscar. En Hacia una Democracia moderna. La opción parlamentaria. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990. pp. 11 y ss. Lijphart, A. "Presidencialismo y democracia de mayoría", en Godoy, Oscar. En Hacia una Democracia moderna. La opción parlamentaria. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990. pp. 111 y ss.

<sup>8</sup> Nogueira A, Humberto. "Análisis crítico del presidencialismo y consideraciones sobre una alternativa de régimen semipresidencial para Chile". D/7/86. ED. ICHEH, Santiago, 1986. Cumplido C., Francisco. "Análisis del régimen semipresidencial en Chile", en Godoy, Oscar (editor). "Cambio de régimen político". Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992. pp. 117-140. Sartori, G. "Neither Presidentialism or parliamentarism". En Valenzuela, A. (comp.) "Presidential or parliamentary democracy". John Hopkins University Press, Baltimore, 1990; traducción en Godoy, Oscar (ed.). "Cambio de régimen político". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992. pp. 37 – 53. Arriagada H., Genaro. "Después de los presidencialismos... ¿Qué?". en Godoy, Oscar (ed.). "Cambio de régimen político". Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992. pp. 57 - 101. Nino, Carlos Santiago. "Fundamentos de Derecho Constitucional". Ed. Astrea, Buenos Aires. 1992. pp. 619 - 657. Paoli, Francisco. "La transición incompleta", Granados Chapa editores, México. 2006.

algunas funciones administrativas, lo que requiere de la sola modificación de ciertas disposiciones de la Ley de Ministerios, o la mayor frecuencia de explicaciones de los Ministros a las Cámaras para responder interrogantes sobre la política gubernamental, situación que ya está prevista en el sistema chileno.

Esta concepción no resuelve el control institucional total del Poder Ejecutivo por el Presidente de la República con sus posibles cualidades y defectos, quedando el régimen político extremadamente dependiente de ellos; tampoco soluciona la falta de flexibilidad del sistema para absorber y resolver crisis políticas graves; no logra generar un polo alternativo de poder en el Ejecutivo que pueda funcionar como “fusible” o canal de iniciativas de la mayoría parlamentaria opositora; finalmente, ella tampoco contribuye a generar relaciones de diálogo, compromiso y responsabilidad institucional de los diversos actores y fuerzas políticas.

El diagnóstico efectuado, si es correcto, lleva necesariamente a reflexionar sobre otras opciones de regímenes democráticos que manteniendo la figura presidencial en un esquema institucional menos rígido o más flexible, que sea capaz de mantener en una relación de colaboración y armonía al gobierno y la mayoría parlamentaria; de superar democráticamente los desacuerdos políticos, sin afectar el funcionamiento democrático, impidiendo así los bloqueos de poder; que supere los fuertes desequilibrios entre órganos políticos del Estado y cree una conciencia de poder limitado en los órganos constitucionales; que posibilite la desconcentración del poder al interior del gobierno; y que favorezca en las autoridades y en las fuerzas de gobierno y oposición conductas más responsables.

Gobierno Fuerte no es el que tiene concentrado en sus manos muchas atribuciones, sino aquel que tiene legitimidad y el apoyo político suficiente para realizar en forma efectiva su programa de gobierno, lo que requiere mayoría parlamentaria. Un régimen semipresidencial tiene así gobiernos más fuertes que los regímenes presidencialistas, dotados de mayor eficiencia y eficacia. La concentración del poder en el Presidente sin mayoría parlamentaria, como ocurre a menudo en el régimen presidencialista, constituye comparativamente el gobierno más débil y menos eficiente.

El tipo de gobierno semipresidencial permite asegurar todos los objetivos señalados en el párrafo anterior, se caracteriza por su flexibilidad y por sus modalidades alternativas de funcionamiento presidencial y semipresidencial.

Podemos así conceptualizar el régimen semipresidencial, como un régimen político democrático representativo de separación flexible de poderes con un Ejecutivo dualista, siendo uno de sus órganos el Jefe de Estado quién es un Presidente de la República elegido por sufragio universal que tiene un conjunto de atribuciones de moderación y arbitraje político que son ejercidos sin refrendo ministerial, y el otro órgano es el gobierno, dirigido por un Primer Ministro, el cual tiene la responsabilidad de realizar el programa de gobierno, conduciendo el gabinete ministerial, el que debe contar con el apoyo o tolerancia política de la mayoría parlamentaria, la cual puede destituirlo a través de un voto de censura, que puede adquirir la modalidad de voto de desconfianza constructivo.

El punto central del régimen semipresidencial es una buena técnica de delimitación de atribuciones entre el Presidente de la República y el gobierno conducido por el Primer Ministro para evitar una posible fuente de conflictos, y si este se produce el sistema normativo constitucional ofrezca una solución jurídica clara y arbitrajes políticos adecuados.

El sistema semipresidencial ha funcionado bien en sistemas con pluripartidismo (Finlandia, Francia, Portugal) y con sistemas electorales tanto proporcionales (Finlandia y Portugal) como con sistemas mayoritarios uninominales a dos vueltas (Francia). En países con un sistema de partidos ya desarrollados (Finlandia) o con sistema de partidos emergente después de periodos autocráticos (Polonia, Portugal y Rumania, entre otros).

El atractivo de esta modalidad de gobierno está dada por el hecho de una fórmula institucional, que dentro de un régimen constitucional democrático, mantiene la institución de un Presidente de la República electo directamente por la ciudadanía, quién es jefe de Estado y dispone de atribuciones políticas y gubernativas importantes, además de potestades de regulación y arbitraje del juego político, posibilitando la conducción y orientación del gobierno en la hipótesis de que, además de ser electo por la mayoría del cuerpo político de la sociedad, cuente con una mayoría parlamentaria que lo reconozca también como su líder.

El régimen de gobierno se comporta en esta hipótesis como un régimen presidencial, donde el Presidente de la República conduce el gobierno dentro de un sistema institucional más equilibrado y con controles y resguardos institucionales en caso de crisis más efectivos que el presidencialismo latinoamericano.

Esta hipótesis de aplicación del sistema institucional posibilita una gobernanza o gobernabilidad adecuada y posibilita una mayor satisfacción en la ciudadanía, a la vez que posibilita superar los bloqueos institucionales del presidencialismo, la escalada del conflicto entre Presidente y Parlamento, en definitiva la ingobernabilidad que produce el enfrentamiento sin solución entre Presidente de la República y Parlamento en el presidencialismo.

El tipo de gobierno semipresidencial presenta la ventaja institucional de la flexibilidad de posibilitar siempre un funcionamiento del régimen democrático con un gobierno que sea expresión de la mayoría parlamentaria, retrotrayéndose el Presidente de la República a la tarea de arbitraje y regulador del juego político, cuando este no sea el líder de la mayoría parlamentaria, asumiendo el Primer Ministro la tarea plena de conducción del gobierno dentro de los cauces del estado constitucional democrático.

El sistema semipresidencial por su flexibilidad posibilita la superación dentro del régimen institucional democrático de todas las hipótesis de conflicto institucional insuperables dentro del presidencialismo, lo que constituye una ventaja enorme frente a este último en situaciones de conflicto o en casos de un Presidente de la República carente de capacidad de gobierno o de virtudes democráticas, el que haya perdido la confianza del cuerpo político de la sociedad o que su coalición gubernamental haya hecho crisis.

El sistema semipresidencial desarrolla una pedagogía para los liderazgos políticos de poder limitado y controlado, lo que constituye una contribución significativa a un cambio de cultura política, que posibilite dejar atrás los mesianismos y caudillismos salvadores de la patria, favoreciendo una cultura democrática de acuerdos y de cooperación.

Asimismo, cualquiera sea la hipótesis de funcionamiento del tipo de gobierno semipresidencial fortalece política e institucionalmente al Parlamento o Congreso Nacional (uni o bicameral), reequilibrando el sistema institucional, antes desbordado por la hegemonía presidencial.

El sistema semipresidencial puede funcionar con un sistema unicameral (Finlandia, Islandia, Portugal) o bicameral (Francia) como ocurre en la práctica. En la realidad chilena, hoy parece no justificarse más que en la inercia el bicameralismo existente, las diferenciaciones de funciones de ambas cámaras solo se produce en la fiscalización del gobierno, ambas cámaras son igualitarias en el proceso legislativo. La única diferencia específica real existente entre diputados y senadores es la jerarquización de la carrera política específica.

Puede señalarse que un Congreso dividido en dos cámaras favorece el eventual uso de una cámara contra la otra por el Presidente en el proceso legislativo, debilitando al Parlamento frente al Ejecutivo. La posible mejor técnica legislativa del bicameralismo se puede compensar por el establecimiento de dos secciones de la Cámara única en el análisis de los proyectos de ley, con sus respectivas comisiones especializadas y comisiones mixtas para resolver los conflictos, como ocurre en el derecho comparado en el Althing de Islandia o en Finlandia con el Landtag.

El sistema semipresidencial favorece un fortalecimiento del rol jugado por el sistema de partidos políticos, como asimismo induce al desarrollo de partidos más programáticos y menos pragmático electoralistas. En efecto, los distintos partidos tienen la posibilidad de ingresar al gobierno o reemplazarlo ante cambios de la voluntad popular o crisis de las coaliciones de gobierno, lo que exige a los partidos de oposición una capacidad de ser alternativa de gobierno, lo que requiere permanente capacidad de ofrecer alternativas reales, concretas y eficaces a las políticas gubernamentales.

Por otra parte, el sistema semipresidencial tiene una mayor propensión a gobiernos que tomen decisiones efectivas, representativas y que expresen una mayor satisfacción en la ciudadanía con mayor frecuencia que en los regímenes presidencialistas, por la lógica institucional, en que las decisiones gubernamentales explicitan la confluencia del gobierno y la mayoría parlamentaria y la tendencia a la colaboración entre ambos órganos constitucionales.

Como hemos adelantado consideramos que el arreglo institucional del tipo de gobierno semipresidencial presenta ventajas comparativas para una toma efectiva de decisiones gubernamentales y con una más amplia satisfacción ciudadana por las decisiones adoptadas, ya sea en la hipótesis de gobierno unificado o dividido, ya que el gobierno siempre opera en armonía con la voluntad ciudadana expresada en la

elección parlamentaria, que es el órgano mas representativo del cuerpo político de la sociedad, el que incluye la representación de los diversos sectores políticos de la sociedad en forma mas o menos fidedigna y proporcionada.

### **3. Estatuto constitucional del Presidente de la República**

#### **3.1. El periodo presidencial**

Un sistema semipresidencial y su lógica de posibilitar un gobierno unificado si la voluntad ciudadana así lo determina, posibilitando un funcionamiento presidencial según la primera hipótesis que se describe más adelante, requiere periodos presidenciales y parlamentarios que no sean demasiado prolongados, siendo el mandato presidencial el mismo que el parlamentario<sup>9</sup>, los periodos debieran tender a coincidir en el caso de los diputados y Presidente de la República.

El periodo presidencial debiera mantenerse en cuatro años, con la posibilidad de reelección inmediata por una sola vez, en el caso de modificar el presidencialismo en semipresidencialismo. En un esquema institucional semipresidencial no presenta inconvenientes la eventual reelección inmediata del Presidente de la República para el periodo siguiente por una sola vez, si la ciudadanía así lo determina democráticamente a través de su voto, ya que no existe la perspectiva de la concentración unipersonal del poder ejecutivo que se da en el presidencialismo. En tal perspectiva, debe modificarse a tal efecto el inciso 2° del artículo 25 de la Constitución, para posibilitar el aumento del periodo presidencial en el caso que se opte por aumentarlo a cinco años, como asimismo, para posibilitar la reelección inmediata por una sola vez.

Es adecuado mantener las elecciones simultáneas de Presidente de la República y de Congreso Nacional uni o bicameral, lo que potencia la posible concordancia de la mayoría presidencial con la mayoría parlamentaria, favoreciendo la votación en bloque del elector, siendo recomendable que la elección parlamentaria se realice junto con la eventual segunda votación de la elección presidencial si ningún candidato presidencial ha obtenido la mayoría absoluta en la primera votación.

El sistema no garantiza una mayoría parlamentaria para el Presidente de la República, ya que la ciudadanía puede preferir un gobierno dividido, votando para parlamentario por un partido diferente de la opción presidencial, de manera tal que una mayoría parlamentaria heterogénea obliga a establecer un gobierno de cooperación y coalición que puede ser considerado más satisfactorio para el cuerpo político de la sociedad.

Por otra parte, la facultad presidencial de disolver el Parlamento o la cámara baja del mismo (en caso de mantener un bicameralismo), genera igualmente la hipótesis de elecciones separadas de Presidente de la República y de Congreso.

---

<sup>9</sup> Esta es la perspectiva que tuvo que asumir Francia, que disminuyó el periodo presidencial de 7 a 5 años. Ello impide que las autoridades electivas se alejen de la voluntad efectiva del cuerpo político de la sociedad y se mantengan atentos a la solución de los temas políticos, económicos y sociales más relevantes para la ciudadanía.

### **3.2. Consideraciones sobre el método electoral para elegir Presidente de la República y Parlamento**

En tal sentido, es necesario tener presente que esta perspectiva requiere de fórmulas electorales que no sean restrictivas del pluralismo político existente en la respectiva sociedad política, posibilitando una relación directa entre las preferencias ciudadanas y su reflejo en las decisiones institucionales. El sistema electoral debiera revelar con autenticidad las preferencias de los votantes.

El sistema electoral debe ser adecuado a la realidad de elección separada del Presidente de la República y del Congreso Nacional, pronunciándose sobre la simultaneidad o secuencia temporal de la elección presidencial y parlamentaria.

El Presidente de la República debe ser elegido por la mayoría efectiva del cuerpo electoral, lo cual lo dota de la legitimidad democrática para ejercer sus funciones constitucionales. El sistema electoral parlamentario no debiera producir una práctica de gobierno presidencial, si éste no cuenta con una mayoría parlamentaria que sea expresión fiel y mayoritaria del cuerpo político de la sociedad.

Esta perspectiva desecha la utilización de sistemas mayoritarios uninominales de mayoría relativa, ya que ésta crea mayorías parlamentarias artificiales que no corresponden a la voluntad real de la ciudadanía. Asimismo, este sistema no es aconsejable para la elección presidencial, ya que posibilita presidentes de doble minoría nefastos para el desarrollo institucional democrático y para procesar las demandas sociales, por ser gobiernos que representan sólo una minoría del cuerpo electoral y generalmente son también minoritarios en el apoyo parlamentario, lo que genera un caldo de cultivo para el bloqueo institucional y la parálisis y crisis del sistema institucional. La situación es aún peor si el Presidente con doble minoría, electoral y parlamentaria se ubica en un extremo del espectro político e ideológico existente en la sociedad política, ya que ello agudiza el descontento social, la insatisfacción de las necesidades urgentes de la población y genera la posibilidad de crisis del sistema institucional.

#### **3.2.1. Elección presidencial por sistema mayoritario uninominal a dos vueltas**

Un presidente que ejerce funciones políticas reales requiere una legitimidad democrática fuerte que sólo está dada por su elección por la mayoría absoluta del cuerpo electoral, lo que significa elección por un sistema mayoritario uninominal a dos vueltas, donde si en la primera votación no obtiene el respaldo de mayoría absoluta uno de los candidatos se produce una segunda votación sólo entre los dos candidatos que hayan obtenido el mayor número de preferencias en la primera votación. El sistema se encuentra actualmente vigente en los dos regímenes semipresidenciales con mayor trayectoria histórica como son Francia y Finlandia, como asimismo en Portugal; Polonia y Rumania.

El sistema ya se encuentra institucionalizado en una parte en los presidencialismos latinoamericanos como Brasil, Chile, Colombia, República

Dominicana, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela.

En tal sentido, proponemos mantener las disposiciones contenidas sobre sistema electoral presidencial en el artículo 26 de la Constitución.

En la perspectiva semipresidencial, la elección del Presidente de la República en sistema mayoritario a doble vuelta tiende a producir un alineamiento bipolar, y un multipartidismo más o menos moderado, ya que en la primera votación se miden las fuerzas de cada partido o coalición y en la segunda se escoge al de su preferencia si está entre los dos primeros y el resto de la ciudadanía escoge al que considera más cercano a sus opciones o mal menor, salvo que entren en una coalición entre primera y segunda vuelta, donde hay espacio para la negociación política y la concertación de acuerdos de gobierno.

El alineamiento bipolar para la segunda votación de la elección presidencial influye significativamente en la elección parlamentaria si ésta se desarrolla junto con la segunda votación presidencial. En tal sentido, sería conveniente que la elección parlamentaria se realizara junto con la segunda vuelta presidencial o treinta días después de la elección presidencial si es Presidente es elegido en primera votación, lo que requiere ajustar a tal perspectiva el artículo 26 inciso 1° de la Constitución.

### **3.3. Requisitos de elegibilidad, sistema calificación elección presidencial y sistema de reemplazo del Presidente electo o en ejercicio**

En esta perspectiva, debieran mantenerse los requisitos de elegibilidad previstos en la Constitución Política en los artículos 25 y 26 vigentes. Asimismo puede mantenerse el sistema de calificación de la elección presidencial previsto en el artículo 27, como el sistema de reemplazo del Presidente electo por impedimento temporal o absoluto del artículo 28 de la Constitución.

Respecto de reemplazo del Presidente de la República en ejercicio debe subrogarlo el Presidente del Senado en caso de mantenerse el bicameralismo o el Presidente de la Cámara de Diputados en caso de unicameralismo, y a falta de estos últimos, por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, debiendo modificarse en tal sentido el artículo 29 inciso 1° de la Constitución.

En caso de vacancia presidencial, el Vicepresidente, dentro de los diez primeros días de su mandato deberá convocar a elección presidencial para el sexagésimo día después de la convocatoria. El Presidente que resulte elegido asumirá el cargo por un periodo presidencial completo, lo que requiere sustituir los incisos 2° a 5° del artículo 29.

Asimismo, debe agregarse un inciso nuevo al artículo 29 que establezca que:

“El Vicepresidente de la República tendrá todas las atribuciones que esta constitución confiere al Presidente de la República”, eliminándose el actual artículo 31 de la Constitución.

Asimismo, debe mantenerse el actual artículo 30 referente al cese de las funciones presidenciales y el estatuto de ex Presidente de la República. En este

último aspecto, nos parece adecuado mantener la renta fijada por el artículo 62 de la Constitución, pero nos parece poco republicano y afecta la igualdad de todos los ciudadanos que un ex Presidente de la República cuente con fuero especial penal, el cual se justificó coyunturalmente por el caso Pinochet, pero que no tiene fundamento en una República Democrática, por lo cual se sugiere eliminar en el artículo 30 las referencias a los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 61 de la Constitución.

#### **4. Distribución de funciones y atribuciones entre el Presidente de la República y el gobierno dirigido por el Primer Ministro**

Establecer un tipo de gobierno semipresidencial implica distribuir de manera diferente las funciones y atribuciones que hoy detenta el Presidente de la República, distinguiendo entre atribuciones presidenciales que pueden ejercerse sin o con refrendo gubernamental y atribuciones que ejerce el Primer Ministro como Jefe de Gobierno.

##### **4.1. Las funciones y atribuciones del Presidente de la República**

En el régimen semipresidencial el Presidente de la República es Jefe de Estado, Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, vela por el respeto de la Constitución y asegura, por su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos. El Presidente de la República garantiza la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los principios generales del derecho internacional y los tratados internacionales.

Desde esta perspectiva, debe modificarse el artículo 24 de la Constitución, considerando en el mismo las funciones generales del Presidente de la República antes mencionadas.

Asimismo, debe modificarse el artículo 32 de la Constitución Política, el cual debe distinguir las atribuciones presidenciales ejercidas sin y con refrendo del Primer Ministro

##### **4.2. Las atribuciones del Presidente de la República**

Las atribuciones del Presidente de la República pueden clasificarse en atribuciones sin refrendo del Primer Ministro, atribuciones que requieren iniciativa u acuerdo de otro órgano constitucional y atribuciones que requieren refrendo del Primer Ministro.

###### **4.2.1. Atribuciones que no requieren refrendo del Primer Ministro y atribuciones que requieren iniciativa o acuerdo de otro órgano constitucional**

En una cierta aproximación, podemos señalar que el Presidente de la República podría disponer de las siguientes atribuciones, las que debiera ejercer sin refrendo ministerial.

Así, el artículo 32 nuevo de la Carta Fundamental debiera establecer:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

1) Nombrar al Primer Ministro previa consulta con los líderes de los diferentes partidos políticos con representación en la Cámara de Diputados.

2) Disolver la Cámara de Diputados, convocando inmediatamente a elecciones parlamentarias que se realizarán en un plazo no inferior a 60 ni mayor de 90 días, para hacer frente a un conflicto político grave de esta con el gobierno o en caso de una cuestión nacional de importancia excepcional.

3) Convocar a plebiscito o referéndum en los casos expresamente señalados en la Constitución.

4) Dirigir mensajes al Parlamento o a la ciudadanía.

5) Convocar al Consejo de Ministros bajo su presidencia.

6) Ejercer iniciativa de reforma constitucional.

7) Ejercer el derecho de veto suspensivo sobre proyectos de ley, antes de su promulgación.

8) Promulgar las leyes y ordenar su publicación en el Diario Oficial.

9) Ejercer legitimación activa ante el Tribunal Constitucional para activar el control de constitucionalidad en forma preventiva o reparadora respecto de preceptos legales, normas administrativas, reglamentos parlamentarios, autos acordados de tribunales superiores de justicia o de tribunales especiales que considere inconstitucionales.

10) Representar al Estado en el exterior, acreditar a los embajadores y ministros extraordinarios ante las potencias extranjeras u organismos internacionales. Los embajadores, enviados extraordinarios y cónsules de otras potencias se acreditan ante el Presidente de la República.

11) Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales. Las decisiones de política internacional deben ser adoptadas en Consejo de Ministros.

12) Designar y remover a los comandantes en jefes de las ramas de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros en conformidad con la Constitución; y disponer el nombramiento, ascenso y retiro de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros en la forma establecida por la Constitución y las leyes.

13) Presidir los consejos y comités superiores de la defensa y seguridad nacional.

14) Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuir las, según las necesidades del país.

15) Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional.

16) Nombrar tres Ministros del Tribunal Constitucional.

17) Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del poder judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que, si procede, declare su mal comportamiento, al ministerio público, para que reclame medidas

disciplinarias del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación.

18) Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de diputados y condenados por el Senado, solo pueden ser indultados por el Congreso.

19) Disponer de la potestad administrativa para organizar la estructura y funcionamiento de los servicios públicos dependientes de la Presidencia de la República.

20) Nombrar y remover a los funcionarios que la ley determine como de su exclusiva confianza.

21) Nombrar al Contralor General de la República con acuerdo de la mayoría de los senadores en ejercicio (o cámara única).

22) Nombrar a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de entre aquellos propuestos en lista de cinco nombres por la Corte Suprema de Justicia con acuerdo de los tres quintos de los senadores en ejercicio (o cámara única, en su caso). y al Fiscal Nacional, a proposición de la Corte Suprema y con el acuerdo del Senado. Nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de las Cortes de apelaciones y los jueces letrados, a proposición de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones respectivamente.

En el ámbito político, en régimen semipresidencial, el Presidente de la República debe contar con la iniciativa para nombrar al Primer Ministro.

Hipótesis 1: El Primer Ministro o Jefe de Gobierno será un hombre de confianza del Presidente de la República, si este último es el líder de una mayoría parlamentaria unipartidista o con un partido hegemónico, operando el Primer Ministro como su jefe de estado mayor, siendo un fusible que puede ser reemplazado en casos de crisis política.

Hipótesis 2: El Primer Ministro será el líder de uno de los partidos de la coalición de gobierno distinto al del Presidente de la República, si se requiere mantener una alianza con partidos de fuerza eventualmente equilibrada, lo que otorga una capacidad de autonomía relativa al Primer Ministro respecto del Presidente de la República, la que será limitada. En esta hipótesis también puede utilizarse al Primer Ministro como un fusible que se reemplaza para superar crisis al interior de la mayoría gubernamental.

Hipótesis 3: El Primer Ministro será el jefe de la oposición parlamentaria al Presidente de la República, si este último se encuentra en minoría en el Parlamento, dando lugar a un proceso de cohabitación como ha sido denominado en Francia, donde ha operado tanto con un Presidente Socialista y un gobierno de centro derecha y viceversa, como también ha operado en Portugal en la década de los ochenta y noventa del siglo XX. En esta hipótesis “el presidencialismo es neutralizado y cede el puesto al gubernamentalismo”<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Charlot, Jean. *La politique en France*. Éditions de Fallois, Paris, 1994, p.188.

El Presidente de la República cuenta políticamente con un arma significativa como es la disolución parlamentaria, como atribución privativa, la cual le permite eventualmente intentar un cambio de mayoría parlamentaria y generar un gobierno unificado si el Presidente tiene éxito, de lo contrario, éste deberá quedarse con un ejercicio estricto de sus competencias constitucionales y dejar gobernar a un Primer Ministro con un programa de gobierno diferente al suyo sustentado en el respaldo de la mayoría parlamentaria, por lo menos hasta el siguiente proceso electoral.

El Presidente puede dirigir mensajes al Congreso y a la ciudadanía con lo cual puede hacer presente a uno u otro su perspectiva sobre determinados temas de relevancia nacional, proyectos de reforma constitucional, razones para disolver la Cámara de Diputados o para convocar a referéndum o plebiscito en casos que determine la Constitución.

El derecho de veto suspensivo sobre proyectos de ley y reforma constitucional le permite bloquear las iniciativas en las cuales el Presidente de la República se encuentra en desacuerdo, veto que puede ser superado en los casos de proyectos de ley por la mayoría de los diputados en ejercicio y, en el caso de reformas constitucionales por la mayoría de tres quintos de los diputados en ejercicio.

El Presidente nombra una parte de los magistrados del Tribunal Constitucional y, a su vez, puede requerir en control preventivo de constitucionalidad proyectos de reformas constitucionales, proyectos de ley, o en control represivo proyectos de ley o normas administrativas ante el Tribunal Constitucional.

En las atribuciones establecidas en los numerales 20, 21 y 22, si bien el Presidente de la República no requiere de refrendo del Primer Ministro, si requiere la proposición o el acuerdo de otro órgano constitucional.

Consideramos conveniente dejar sentado que es necesario establecer una carrera judicial sólo hasta Ministro de Corte de Apelaciones. Debiera abrirse el acceso a la Corte Suprema por concurso público y debiera acotarse el mandato a 9 años como ocurre en el caso de Tribunal Constitucional. Asimismo, debiera establecerse un órgano de gobierno del Poder Judicial.

En materia de adopción de decisiones de política internacional que desea adoptar el Presidente de la República, debe hacerlo en Consejo de Ministros, lo cual obliga al Presidente a escuchar al Primer Ministro y Ministros de Estado, aún cuando ellas no sean vinculantes para el Presidente.

#### **4.2.2. Atribuciones presidenciales sujetas a refrendo del Primer Ministro**

En el ámbito de estas atribuciones se expresa la solidaridad real y la existencia de una decisión compartida que existe entre el Presidente de la República y el Primer Ministro en estas materias, donde la firma del Primer Ministro pone eventualmente en causa su responsabilidad política ante la Cámara de Diputados.

- a) Declarar o prorrogar los estados de excepción nacional expresamente consignados en la Constitución, en los casos y formas prevista por ella.
- b) Declarar la guerra, previa autorización por ley.

- c) Nombrar los Ministros de Estado.
- d) Nombrar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales o supranacionales, así como su remoción de sus funciones.
- e) Los reglamentos y decretos emitidos en Consejo de Ministros.

### **4.3. Responsabilidad Política del Presidente de la República**

Este es un punto que no puede dejar de considerarse en un régimen semipresidencial, ya que el Presidente de la República ejerce atribuciones que no son refrendadas por el Primer Ministro, lo que exige al Jefe de Estado hacerse responsable políticamente de ellas. En esta perspectiva nos parece adecuado considerar la competencia de la Cámara de Diputados para poder convocar a un referéndum o plebiscito por la mayoría calificada de 3/5 de sus miembros en ejercicio, en el cual se ponga en juego la responsabilidad política del Presidente de la República, el cual será revocado de sus funciones si en el plebiscito o referéndum vota mas del 50% del cuerpo electoral y la votación por la revocatoria constituye la mayoría absoluta de los votos validamente emitidos.

Este mecanismo permite el equilibrio de la facultad de disolución del Parlamento por parte del Presidente de la República y evita bloqueos institucionales

Debe establecerse así una nueva disposición constitucional entre las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, en el artículo 52:

“Convocar a plebiscito por la mayoría de tres quintos de los diputados en ejercicio para que la ciudadanía se pronuncie sobre la revocación de sus funciones del Presidente de la República en ejercicio. El Presidente de la República cesará de inmediato sus funciones, cuando en dicho plebiscito la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos se haya pronunciado a favor de la revocatoria, habiendo concurrido al acto electoral mas del 50 % del cuerpo electoral”.

## **5. El gobierno y sus atribuciones**

En el tipo de gobierno semipresidencial siempre será el Primer Ministro quien determina y dirige la política gubernamental.

El gobierno es quién desarrolla el programa de gobierno, ya sea como expresión unificada de las orientaciones determinadas por el Presidente respaldado por la mayoría parlamentaria, o como expresión autónoma del gobierno sustentado y respaldado por la mayoría parlamentaria.

El Primer Ministro o Jefe de Gobierno es nombrado por el Presidente de la República, quién nombra también a los ministros de Estado a propuesta del primero.

El Primer Ministro y los Ministros de Estado están vinculados por el programa de gobierno y los acuerdos adoptados en Consejo de Gabinete.

El Primer Ministro y su gabinete se someten con su programa de gobierno a la

consideración de la Cámara de Diputados, dentro del plazo de treinta días desde el nombramiento del primero, dicho voto de investidura debe contar con el apoyo de la mayoría de los diputados en ejercicio.

El Primer Ministro es responsable políticamente ante la Cámara de Diputados.

Los ministros de Estado son responsables políticamente en el ámbito de sus competencias ante el Primer Ministro, quién puede solicitar al Presidente de la República la remoción de sus funciones.

El Primer Ministro preside el Consejo de Gabinete, integrado por todos los Ministros de Estado.

Son atribuciones del Primer Ministro:

a) Elaborar y proponer a la Cámara de Diputados el programa de gobierno, el que debe ser aprobado por la mayoría de los diputados en ejercicio.

b) Proponer al Presidente de la República el nombramiento de Ministros de Estado y su remoción.

c) Solicitar a la Cámara de Diputados un voto de confianza sobre una declaración de política general o sobre todo asunto relevante de importancia nacional.

d) Proponer al Presidente de la República, previa deliberación en Consejo de Gabinete, la disolución de la Cámara de Diputados. Dicha proposición no podrá ser realizada ni deliberada cuando se haya presentado una moción de censura y esta se encuentre en trámite o cuando se encuentre vigente un Estado de Excepción Constitucional.

e) Ejercer la iniciativa de ley o la iniciativa exclusiva de ley en los casos previstos en la Constitución.

f) Concurrir a la formación de las leyes de conformidad con la Constitución (participación de Ministros en el debate de las leyes en Sala y Comisión; determinación de urgencia; derecho de veto suspensivo en materia de ley y reformas constitucionales, entre otros aspectos).

g) Ejercer la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución de las leyes.

h) Nombrar a los jefes superiores de los servicios públicos y los demás funcionarios que se consideren de exclusiva confianza de acuerdo con la ley y removerlos.

i) Proveer los demás empleos públicos de acuerdo con la Constitución y la ley.

j) Conceder jubilaciones, retiros y goce de montepío con arreglo a las leyes.

k) Requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de reformas constitucionales, preceptos legales, administrativos u otros que determine la Constitución o las leyes.

l) Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión de acuerdo a la ley. El Primer Ministro con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, sólo para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de guerra, de conmoción interna o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no pueden paralizarse sin grave daño para el país. El total de los giros que se hagan con estos efectos, no podrá exceder

anualmente de dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la ley general de presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado o disminuido mediante traspasos. Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número, serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro y culpables del delito de malversación de caudales públicos.

m) Ejercer las demás atribuciones que le otorguen la Constitución o las leyes.

El gobierno cesa en funciones cuando no logra el voto de investidura en la Cámara de Diputados; cuando es removido el Primer Ministro por el Presidente de la República; cuando es aprobado un voto de desconfianza constructivo por la Cámara de Diputados; o cuando el Primer Ministro renuncia, muere o se declara su incapacidad absoluta, previo dictamen del Tribunal Constitucional.

El gobierno dimisionario permanece en funciones hasta la toma de posesión de un nuevo Primer Ministro, desarrollando las funciones administrativas corrientes.

Cualquiera sea la decisión final, si mantener el presidencialismo o cambiarlo, el Estado chileno necesita un servicio civil técnica y profesionalmente competente, del cual se carece actualmente. La mayoría de los escándalos investigados tienen como causa funcionarios de bajo nivel de competencia para el cargo que ocupan, mal remunerados y actuando como operadores políticos para sus respectivos partidos. El país necesita un servicio civil competente, calificado, eficiente, independiente del gobierno de turno. Esta es una tarea impostergable.

## **6. Relaciones del gobierno con la Cámara de Diputados o el Congreso unicameral**

Como ya hemos señalado somos partidarios de un Parlamento unicameral y en caso de bicameralismo, la segunda cámara (Senado), debe tener competencia sólo en materia legislativa y de nombramiento de autoridades de órganos constitucionales (Corte Suprema; Fiscal Nacional; Contraloría General de la República, entre otros). El Senado no debe fiscalizar al gobierno y no debe intervenir en las relaciones políticas Gobierno Parlamento.

Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados

1. Otorgar o denegar la confianza política solicitada por el Primer Ministro.
2. Hacer efectiva la responsabilidad política del Primer Ministro y su gabinete, mediante la aprobación de un voto de censura constructivo.
3. Formular interpelaciones al Primer Ministro y a los Ministros de Estado.
4. Fiscalizar los actos de gobierno.
5. Aprobar por la mayoría de tres quintos de los diputados en ejercicio la convocación a un referéndum, para que la ciudadanía se pronuncie sobre la continuidad o la pérdida del mandato del Presidente de la República. Dicha convocación se puede realizar sólo una vez durante el periodo parlamentario.

El Primer Ministro debe concurrir dentro de los treinta días siguientes a su nombramiento por parte del Presidente de la República ante la Cámara de Diputados

para exponer, debatir y obtener la aprobación del programa de gobierno y las principales medidas políticas y legislativas que requiere su gestión, programa que debe ser aprobado por la mayoría de los diputados en ejercicio. Esta perspectiva implica que el Presidente de la República no puede imponer un Primer Ministro que no cuente con el respaldo de la mayoría parlamentaria.

El Primer Ministro puede comprometer la responsabilidad política del gobierno en la aprobación de un determinado proyecto de ley, lo que implica que de no ser aprobado el proyecto el gobierno debe presentar su dimisión ante el Presidente de la República.

La Cámara de Diputados puede hacer efectivo un voto de desconfianza constructivo respecto del gobierno, el que podrá ser presentado a iniciativa de una quinta parte de los diputados en ejercicio, el cual contendrá el nombre del candidato a Primer Ministro y un programa de gobierno alternativo, así de ser aprobado el voto de desconfianza constructivo asumirá como nuevo Primer Ministro el propuesto y votado por la Cámara de Diputados. Dicho voto que es de censura e investidura simultáneamente, debe ser aprobado por la mayoría de los diputados en ejercicio.

La aprobación del voto de desconfianza constructivo implica la cesación inmediata del gobierno censurado y el nombramiento del nuevo gobierno aprobado por la Cámara de Diputados por el Presidente de la República.

El voto de desconfianza constructivo si bien conspira con la libertad de maniobra del Presidente de la República para conformar un gobierno de mayoría relativa, contribuye a otorgar estabilidad a los gobiernos y evita las rotativas ministeriales que son contrarias a una adecuada gobernabilidad democrática del sistema político.

A su vez, una quinta parte de los diputados en ejercicio debiera estar facultada para interpelar a los ministros de Estado o al Primer Ministro, la que debe formularse por escrito y los interpelados debieran contestar las interpelaciones que se le hayan hecho llegar con 72 horas de anticipación en una sesión especial los días viernes de cada semana. La respuesta de las interpelaciones dan derecho a réplica de los diputados que hayan presentado la interpelación y derecho a dúplica de ministro interpelado.

Asimismo, la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara de Diputados no puede ser ejercida mientras se tramita un voto de censura contra el gobierno, durante un Estado de Excepción Constitucional o en el último año del mandato presidencial.

Con el objeto de evitar la perspectiva posible de un Presidente de la República minoritario en la voluntad popular y en el Parlamento, producto de su desgaste o mala gestión, el cual obstruya el proceso político o pueda intentar provocar una crisis del sistema institucional, debe establecerse la posibilidad de su destitución del cargo a través de un referéndum, luego de un procedimiento en el cual la Cámara de Diputados adopta el acuerdo de convocar al referéndum por tres quintos de los diputados en ejercicio, adoptada dicha decisión, el Presidente queda suspendido de sus funciones, las cuales son asumidas por el Vicepresidente de la República. Si el

referéndum se pronuncia a favor de la destitución del Presidente de la República, éste cesará en el cargo. Por el contrario, si el Presidente es ratificado en el cargo por la confianza ciudadana, éste reasume sus funciones y disuelve la Cámara de Diputados llamando de inmediato a una nueva elección parlamentaria. Para que dicho plebiscito sea válido debe concurrir más del cincuenta por ciento de los ciudadanos inscritos en los registros electorales. La destitución del Presidente en dicho plebiscito sólo se realizará si los votos en contra del Presidente de la República constituyen más del 50% de los votos emitidos por los ciudadanos.

La atribución de convocar a referéndum para determinar la eventual destitución del Presidente de la República, lo podrá ejercer la Cámara de Diputados una sola vez durante el respectivo periodo legislativo.

### **7. Sistema electoral para Congreso Nacional: Elección del Parlamento por sistema proporcional personalizado**

En tal sentido, consideramos que la alternativa que ofrece mas satisfacciones a la ciudadanía y explicita mejor la representatividad, potenciando la tendencia a la colaboración y al compromiso se encuentra en el ámbito de la representación proporcional, el que no margina del sistema institucional de decisiones políticas a los partidos políticos significativos y representativos de un sector de la ciudadanía.

No es aconsejable sistemas mayoritarios uninominales, que dejan a sectores importantes de la ciudadanía sin representación política, generándose mayorías artificialmente construidas que no corresponden a la voluntad real del cuerpo político de la sociedad.

Chile tiene un sistema de multipartidismo estructurado que responde a realidades de clivages históricos, culturales, y socioeconómicos, el que no ha variado significativamente en el último medio siglo, hoy tenemos siete partidos políticos con mas de un 5% de los votos, lo que no es diferente de la realidad de los años 60 y 70 del siglo XX.

El multipartidismo chileno se ha mantenido pese al sistema binominal: dos partidos de derecha UDI y RN; cuatro partidos en la concertación DC, PS, PPD y PR, y el partido comunista.

El sistema electoral debe reconocer esta realidad y asumirla.

Dentro de la representación proporcional nos inclinamos por distritos medianos de 5 a 7 escaños con método D'Hont o método de la igualación (Udda o Sainte Lague) o alternativamente por un sistema de representación proporcional personalizado como el existente en Alemania Federal, en el cual se combinan distritos uninominales con un segundo voto por listas cerradas bloqueadas presentadas por los partidos políticos, en que la proporción de este segundo voto de lista del ciudadano, es el que determina la representación de cada fuerza política en el Parlamento, ya que los cargos de lista se atribuyen a los partidos descontando los cargos obtenidos

directamente del voto ciudadano en las circunscripciones uninominales, de manera que cada partido tiene una representación fidedigna en el Parlamento, ampliamente representativa de la voluntad ciudadana.

El sistema electoral proporcional personalizado otorga a cada fuerza electoral la cuota de representación que corresponde a sus votos y al apoyo ciudadano, pero los parlamentarios obtenidos emanan en parte de la decisión directa del elector por el parlamentario en los distritos uninominales y de su preferencia ideológico programática en el segundo voto por lista de partidos, posibilitando una mayor cercanía con los electores y una rendición más efectiva de cuenta de los parlamentarios.

En el contexto actual chileno, un régimen semipresidencial no puede funcionar con un sistema electoral parlamentario como el binominal, el cual no ha impedido que existan al menos seis partidos políticos con representación parlamentaria en todo el periodo (UDI, Renovación Nacional, Democracia Cristiana, Partido Socialista, Partido por la Democracia y Partido Radical Social Demócrata) en un esquema bipolarizado, marginando del sistema institucional a fuerzas políticas con más del 5% de los votos validamente emitidos (Partido Comunista).

El sistema impide la representación de las demás fuerzas políticas que no pertenecen a los dos bloques o pactos más importantes, lo que implica que estas fuerzas se expresan extra parlamentariamente. Ello hace que los partidos se aglutinen en dos pactos electorales con pluralidad de fuerzas políticas, la Alianza por Chile y la Concertación de Partidos por la Democracia. El Partido Comunista u otra fuerza política en este esquema no tiene posibilidades de obtener parlamentarios salvo que tenga mayoría en un distrito o circunscripción específico, lo que no ha ocurrido en todo el periodo analizado.

Es un sistema que tiende a la bipolarización en dos alianzas electorales fuertes<sup>11</sup>. Una de sus fortalezas son los incentivos a la gobernabilidad, ya que la elección presidencial marca las alianzas en las elecciones parlamentarias, donde los partidos se unen en pos de la posibilidad de acceder al gobierno. Los estímulos para la formación de coaliciones han aumentado en comparación al Chile pre-autoritario. Es innegable que la Alianza por Chile (derecha) y la Concertación (centro izquierda) son las coaliciones más largas y perdurables de la historia contemporánea chilena dentro de gobiernos presidencialistas.

El estímulo a la gobernabilidad y la política de coaliciones en pos de obtener el gobierno se da en régimen semipresidencial sin necesidad de binominalismo, ya que ninguna fuerza política por sí sola puede alcanzar el gobierno.

Una de las debilidades del binominalismo, consiste en que tiene poca representatividad para lograr la distribución de escaños en el Congreso, en la medida que impide la obtención de mandatos por las terceras y siguientes fuerzas políticas, que no pertenecen a una de las dos alianzas electorales principales.

<sup>11</sup> () Navia, Patricio y Cabezas, José Miguel Efecto del sistema binominal en el número de candidatos y de partidos en elecciones legislativas en Chile, 1989-2001.) Revista Política Vol. 45 (primavera), pp. 29-52, 2005. Guzmán, Eugenio. "Reflexiones sobre el sistema binominal" Revista Estudios Públicos 51 (invierno), 1993. pp. 303-324.

La ausencia de competencia entre las listas debilita el significado y la relevancia del voto de los ciudadanos. A su vez, se ha llegado incluso a que una coalición lleve un solo candidato, con lo cual está prácticamente elegido antes que los ciudadanos voten en la elección.

Los líderes de los partidos están forzados a comprometerse en elaboradas y agotadoras negociaciones para reunir listas de dos candidatos en los 60 distritos electorales del país. Los partidos fuertes deben considerar necesariamente las demandas de los partidos pequeños, porque sus votos son necesarios en las elecciones presidenciales, contribuyen en algunos casos a posibilitar la existencia de doblajes en algunos distritos y permiten mantener la coalición. Las negociaciones entre los partidos implican en algunos casos ceder algunos asientos en la Cámara de Diputados a cambio de candidaturas senatoriales o viceversa. Los partidos fuertes de los subpactos de la Concertación usan asimismo las encuestas de opinión pública y los resultados previos para dividir equitativamente las candidaturas a lo largo del país.

A su vez, los partidos conocen su porcentaje de votación aproximadamente, por lo que las directivas partidarias negocian intra coalición o pacto, las candidaturas, llevando candidatos fuertes que serán elegidos y candidatos débiles que sirven sólo de acompañamiento, lo que hace que el ciudadano sólo decide la orientación general por la que desea votar pero no tiene ninguna influencia en quienes son los candidatos que se elegirán, los que ya están predeterminados, todo lo cual desincentiva la participación ciudadana en las elecciones. Hoy el 48% de los ciudadanos no participa del proceso electoral.

Para superar dicha situación, en una perspectiva de compromiso, sugiero sin que ello sea un ideal, que podría pensarse en sumarse 30 diputados y 12 senadores a los actualmente existentes, todos elegidos en lista cerrada bloqueada nacional, utilizando el cociente *Udda o Sainte Lagüe* o la cifra repartidora (sistema *D'Hondt*) que determina este segundo voto de lista del ciudadano, siendo este segundo voto el que precisa la representación de cada fuerza política en el Parlamento, ya que los cargos de lista se atribuyen a los partidos descontando los cargos obtenidos directamente del voto ciudadano en las circunscripciones binominales, de manera que cada partido tenga una representación fidedigna en el Parlamento, representativa de la voluntad ciudadana. Un partido podría tener mandatos de sobre representación si en los votos de lista no alcanza a obtener el número de diputados obtenidos directamente en los distritos binominales.

Esta perspectiva debería complementarse con una barrera o umbral de representación que imposibilitara la representación parlamentaria de partidos con menos del 3 ó 4% de los sufragios nacionales validamente emitidos de acuerdo con el segundo voto de lista.

## 8. Consideraciones finales sobre tipo de gobierno semipresidencial

El régimen semipresidencial ofrece innegables ventajas funcionales frente al presidencialismo latinoamericano como hemos demostrado, manteniendo una separación flexible de poderes y un ejecutivo dual que mantiene la figura institucional del Presidente de la República enraizada culturalmente en dos siglos de evolución latinoamericana, con poderes reales pero limitados, dentro de un régimen constitucional democrático equilibrado y con controles políticos y jurídicos efectivos, como asimismo con arbitrajes del cuerpo político de la sociedad que permiten solucionar dentro del sistema democrático constitucional todos los posibles bloqueos políticos institucionales, manteniendo un nivel de gobernabilidad satisfactorio.

En este sentido la gobernabilidad sólo es posible, si el desempeño de la función gubernamental posibilita la adopción de decisiones oportunas ante la demandas efectuadas por los diversos sectores de la sociedad; tales decisiones tienen en sistema semipresidencial mayores posibilidades de producir satisfacción social, además de preservar una cierta coherencia en el tiempo<sup>12</sup>. Finalmente esta gobernabilidad democrática dentro de un sistema semipresidencial exige que las instituciones gubernamentales cuenten con suficiente legitimidad y respaldo social y político.

El sistema semi-presidencial a diferencia del presidencialismo opera en base a la cooperación entre los diversos actores políticos e institucionales, en base a consensos mayoritarios y no a la imposición de un Presidente de la República, desgastado y muchas veces en confrontación abierta con el Congreso Nacional. En el semipresidencialismo no hay cabida para mesianismos presidenciales por sus mecanismos de control político y jurídico, que permiten tener conciencia a los jefes de Estado de sus poderes limitados.

El semipresidencialismo contribuye funcionalmente también a disciplinar a los parlamentarios de gobierno, ya que en la votación de cada proyecto, no sólo deben tener en consideración los fundamentos del proyecto en sí mismo, sino también tener presente que se juega el sostenimiento del gobierno en curso.

---

<sup>12</sup> Flisfish, Ángel. "Gobernabilidad y consolidación democrática. Sugerencias para la discusión. Revista Mexicana de Sociología, LI, 3, 1989, pp. 113 y ss.

# VIII

## Los dos grandes dilemas de la democratización en Chile: a propósito de las reformas al sistema político pendientes\*

Kamel Cazor Aliste\*\*

Mi breve exposición tratará de pormenorizar los que, a mi juicio, serían los dos grandes dilemas en nuestro necesario proceso de democratización. Trataré de no abordar en particular ninguno de los contenidos temáticos que, de un modo estructural, constituyen los hitos por resolver en nuestro desarrollo democrático, tales como: la participación ciudadana y democracia semi-directa; la reforma del presidencialismo; el sistema electoral; y las reformas a los gobiernos locales. Sino que, más bien, pretendo centrar mi análisis en dos grandes dilemas o perspectivas, que, a mi juicio, serían esenciales para dar luces al proceso de democratización chileno.

Por una parte, se utilizará una aproximación, más bien intelectual, del problema de la significación democrática que poseen nuestras élites políticas y nuestros ciudadanos, perspectiva que, como veremos, pone en evidencia una clara disfuncionalidad conceptual, lo cual genera en la práctica un desacuerdo general en torno a su significado. Es decir, coexistirían dos ideas de democracia, no necesariamente concordantes, lo que es un problema dentro de nuestro sistema político.

Por otra parte, se utilizará una aproximación, más bien práctica, a fin de comprender los mecanismos representativo-decisionarios (o volitivos) llamados a resolver los problemas democráticos y el grado de legitimidad de tales órganos para llevar a cabo dichos cambios.

\* Ponencia presentada en el Seminario "Reformas al Sistema Político", organizado por el Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor y la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, desarrollado en Santiago los días 25 y 26 de abril de 2012. Trabajo que también se enmarca dentro del Proyecto Fondecyt Regular N° 1110376 (2011-2012) titulado "La reserva de ley como límite del legislador democrático y la necesidad de redefinir su función en el Estado Constitucional chileno", del que su autor es investigador principal.

\*\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte. E-mail. cazor@ucn.cl.

## 1. Comprensión conceptual de la democracia en Chile: la paradoja de la democracia y el problema de su significación entre las élites políticas y los ciudadanos

Un asunto que no está ajeno nuestro país, es la denominada “paradoja de la democracia”, pues, por un lado, existe un apoyo universal a ella, pero, por otro lado, es posible constatar un desacuerdo general en torno a su significado. En este sentido, puede existir un “concepto democrático de la democracia”, o, al contrario, un “concepto no –o menos- democrático de la democracia”<sup>1</sup>; todo dependerá de las condiciones de su uso y de la situación existencial de los actores; lo que podría traer como consecuencia que coexistan en una sociedad defensores de distintas concepciones democráticas y del grado de desarrollo de la misma.

A primera vista, esto no podría verse como un problema esencial, toda vez que sería propio del pluralismo político que asegura, precisamente, el sistema democrático (art. 19 N° 15, inciso 6°, de la Constitución). Sin embargo, esto sí se torna problemático, cuando entre los defensores de distintas concepciones democráticas y del grado de desarrollo de la misma, se enfrenta a una élite política con sus ciudadanos.

Este último asunto, es posible constatarlo en nuestro país, especialmente en el último tiempo, en donde se ha dado una clara disfuncionalidad entre la concepción democrática que se ha venido desarrollando en los último veinte años por la élite política nacional (especialmente a través de sus instituciones representativas), y la concepción democrática que se ha tratado de sustentar y desarrollar por parte de sus ciudadanos, especialmente a través de formas no convencionales o no institucionales de participación ciudadana, como son las diversas manifestaciones de los movimientos sociales que han tenido –y tienen lugar- en Chile.

Expresado en otros términos, la lógica que la élite política ha venido desarrollando desde el inicio de la transición, es una concepción democrático-institucional que ha privilegiado, sobre todo, la gobernabilidad o normal funcionamiento institucional (que es una forma de republicanismo estabilizador que se viene sustentando desde las primeras décadas del siglo XIX en Chile<sup>2</sup>); es decir, se ha justificado la legitimidad democrática de nuestro Estado constitucional, basados exclusivamente en las condiciones de eficacia y estabilidad que él genera, en donde ha primado la lógica

<sup>1</sup> Un claro ejemplo de una “concepción no democrática de la democracia” lo constituía el primitivo art. 8° de la Constitución, que sustentaba un concepto de democracia protegida contraria al pluralismo político. Cuestión que ratificó la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 567/2010.

<sup>2</sup> Es decir, como indica Ana María Stiven (2010), “en ese sentido una doctrina liberal estaba lejos del horizonte político de esta dirigencia [del siglo XIX], porque por sobre la libertad individual concebían el predominio del bien común de la sociedad (...) En consecuencia, desconfiados de la igualdad, imprimieron en la república rasgos tradicionales expresados en el control al cambio social por medio de la restricción a la ciudadanía y a la soberanía popular (...) el concepto de ciudadano como individuo libre e igual no formaba parte de las definiciones republicanas de los actores políticos, proveniendo su legitimidad de la costumbre y de la ley” (*Constitucionalismo, República y ciudadanía en el debate histórico*, en AAVV *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile* (Claudio Fuentes Editor). Santiago: Heinrich Böll Stiftung-ICSO, pp. 157-158).

de una democracia consociativa, esto es, una forma de democracia centrada en una idea, esencialmente, estabilizadora y no participativa. Generándose, como indica Pablo Ruiz-Tagle, una “lógica del falso consenso”<sup>3</sup>, ya que en el último tiempo ha quedado de manifiesto una clara desvinculación entre los comportamientos político-sociales de la ciudadanía y el sistema jurídico-representativo.

En este sentido, por otra parte, tal desvinculación ha quedado en evidencia, como ya algo se ha dicho, cuando se confronta el sistema institucional con las formas no convencionales o no institucionales de participación ciudadana (movimientos sociales). En efecto, como lo ha puesto en evidencia el Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de 2012, en su acápite “Protesta social y derechos humanos”, existe un “entorno de restricciones que enfrenta la protesta social en Chile, en tanto ejercicio de derechos constitucionales (...) y desde 2007 se ha constatado la existencia de patrones de resistencia a la movilización social que son transversales a los poderes del Estado (...) ninguno de los tres poderes tradicionales –dice el informe- aborda el fenómeno de la protesta social como una cuestión que involucra derechos fundamentales”. Dicho de otro modo, el conjunto de órganos del Estado, inspirados sobre todo en un modelo estabilizador, no logra canalizar formas de participación ciudadana que son el ejercicio de derechos constitucionales, en un contexto institucional que precisamente presenta un déficit de tales mecanismos de participación.

En resumidas cuentas, la significación de la concepción democrática de las élites políticas que sustentan el actual sistema institucional, particularmente en el último tiempo, ha comenzado a manifestar claras disfuncionalidades con la significación y comprensión democrática que ha pretendido desarrollar la ciudadanía en nuestro país, más centrada en la participación, especialmente a través de los numerosos movimientos sociales que han tenido lugar. Es decir, el sistema institucional y sus representantes no comprenderían la nueva realidad social chilena, compuesta por una sociedad de masas que se ha modernizado y que, igualmente, se encuentra marcada por el hecho del pluralismo, propio de las sociedades democráticas (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 567: C° 22 “... la democracia únicamente puede existir de la mano del pluralismo...”), y que son, como lo ha dicho en una de sus columnas dominicales Carlos Peña, “cada vez mas indolentes a las élites”.

De acuerdo a todo lo dicho, finalizaremos esta parte de la intervención, con el siguiente interrogante: ¿la democracia que tenemos, es realmente la democracia que aspiramos como sociedad? Para responder esta pregunta, creo que resulta esencial ponernos de acuerdo, como sociedad, en torno concepto y significación de la democracia que queremos y el desarrollo de la misma, superando, en la medida de lo posible, la disfuncionalidad conceptual que existe actualmente entre nuestras élites políticas y los ciudadanos (todo lo cual, además, circunscrito al carácter valorativamente neutral de la teoría o concepción democrática que sustenta nuestro sistema constitucional, que admite como legítimos los diversos intereses, ideas y opiniones, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 567: C°s 19, 20 y 21), haciendo

<sup>3</sup> Pablo Ruiz-Tagle (2010) *Patriotismo constitucional en el Bicentenario*, en AAVV *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile* (Claudio Fuentes Editor). Santiago: Heinrich Böll Stiftung-ICSO, p. 294.

confluir, en una unidad conceptual, la gobernabilidad con la participación, como expresión de un real consenso en torno a una significación democrática compartida.

## **2. Comprensión de los mecanismos representativo-decisionarios llamados a resolver los problemas democráticos y su grado de legitimidad para llevar a cabo dichos cambios: la crisis de representatividad**

Una de las consecuencias del problema conceptual explicado en el punto anterior y la disfuncionalidad que genera, habría que centrarla –ahora- en los mecanismos representativo-decisionarios que reconoce el sistema institucional chileno, particularmente en nuestros representantes en el Congreso Nacional y las coaliciones políticas que los apoyan. Ya que, como se explicará a continuación, existe una alta desaprobación ciudadana de su gestión y una crisis de representatividad de los parlamentarios.

En efecto, según la encuesta Adimark de marzo de 2012, el 67% de los encuestados desaprueba la gestión de la Cámara de Diputados (23% de aprobación); el 63% de los encuestados desaprueba la gestión del Senado (26% de aprobación); 63% de los encuestados desaprueba la gestión de la oficialista Coalición por el Cambio (24% de aprobación); y, finalmente, 67% de los encuestados desaprueba la gestión de la opositora Concertación (21% de aprobación). Cifras que, en mayor o menor medida, han sido constantes en el último tiempo.

Del mismo modo, según un estudio periodístico de Ciper Chile (12 de septiembre de 2011), que cruzó las estadísticas poblacionales del INE y el registro del SERVEL, el análisis arrojó que 5,5 millones de personas prefirieron no votar por un candidato en las últimas elecciones de Diputados (2009), lo que representa el 45,68% de los chilenos mayores de 18 años (es decir, en 2009 había 12.180.403 millones de chilenos mayores de 18 años; en los registros electorales estaban inscritos 8.285.186 personas, es decir, 3,9 millones no estaban en el padrón electoral, que en la actualidad pasan a estar inscritos automáticamente). En los distritos más populosos el porcentaje de ciudadanos que optaron por no elegir Diputados alcanzó la cifra del 70%. Es decir, junto al 45,68% de los chilenos mayores de 18 años que decidió no elegir candidatos, un 54,32% con derecho a voto sí decidió elegir candidatos, y apenas el 32,54% de todos los mayores de 18 años está representado en la Cámara de Diputados por el candidato al que le dio su voto. En este contexto, hay Diputados que sólo representan al 7% u 8% del total de mayores de edad que residen en sus distritos.

Así por ejemplo, según dicha investigación periodística, en el Distrito n° 20 (Comunas de Cerrillos, Estación Central y Maipú), sólo votó por alguna de las listas el 35,18% de todos los mayores de 18 años (es decir, no votaron el 64,8% de los 686.395 de los mayores de edad que residen en el distrito); la candidata UDI ganadora obtuvo el 20,99% de los votos, lo que equivale a una representación efectiva de sólo el 8,19% de los mayores de edad que residen en sus distritos, y, a su vez, el candidato PPD ganador obtuvo una representación efectiva de sólo el 7,28% de los mayores de edad que residen en sus distritos; es decir, sumado los guarismos de ambos candidatos

ganadores hacen un total de un 15,47%, que es el porcentaje de los mayores de 18 años de ese distrito que tienen representación en la Cámara de Diputados. Finalmente, se puede extraer también de la investigación periodística citada, que “entre quienes optan por no elegir a las autoridades, va aumentando paulatinamente el perfil de personas que superan los 30 años de edad, de clase media, con mayor escolaridad. Son jefes de familia, empleados, endeudados y críticos de un sistema electoral que no genera incertidumbre sobre sus resultados, pues dicen que siempre ganan los mismos Concertación-Alianza, sectores con los que no se sienten representados”.

Todas estas cifras, a mi parecer, deben circunscribirse dentro de un contexto general de una crisis de participación y de agotamiento del sistema político en Chile. Asuntos que no pueden obviarse en el diagnóstico del problema democrático, ya que aquí surge una cuestión actual, muy presente en nuestro país, de la traslación de la voluntad popular a la vida estatal. En efecto, se produce el inquietante fenómeno de que la soberanía nacional se ve sustituida por la soberanía parlamentaria, es decir, en última instancia, solamente la representación parlamentaria se convierte en soberana. Lo que unido a los escasos índices de representatividad del Parlamento, produce como resultado, citando a Luis López Guerra, “problemas como la esclerotización de los mecanismos de representación, que conducen a una desconfianza en la clase política y a un creciente abstencionismo ciudadano, la dificultad para la expresión de alternativas políticas a las ofrecidas por las fuerzas ya instaladas en el sistema, y como consecuencia, la falta de opciones renovadoras, frente a situaciones de crisis, se encuentran íntimamente relacionados con las deficiencias en las vías de traslación de la opinión y voluntad ciudadana a las instituciones estatales denunciadas por Carré respecto de la Constitución de la Tercera República”<sup>4</sup>.

Es decir, tal perspectiva –puesta en evidencia por Carré en 1930 y que es perfectamente trasladable a la situación actual del Parlamento chileno- no cumpliría el requisito básico de legitimidad de toda democracia constitucional, cual es que la voluntad de las instituciones sea el resultado de la voluntad general. Así, la voluntad general, canalizada a través de la ley, aparece como la última fuente de poder (como refleja el art. 6° de la Declaración de 1789) y legitimidad de todo el sistema, y, en lo que nos interesa, el Parlamento vendría en la práctica a encarnar el poder legislativo, el ejecutivo y el constituyente; siendo la ley parlamentaria la única expresión de la voluntad general y concibiendo la soberanía nacional como una actuación por medio de representantes, “el resultado es que esta representación se convierte en soberana; la soberanía nacional se ve sustituida por la soberanía parlamentaria”.<sup>5</sup>

Todo ello circunscrito, además, dentro de los déficits del sistema político representativo que se creó -por ejemplo como acontece actualmente en los Estados Unidos- “bajo una diversidad de presupuestos que afectaron la capacidad del mismo para “reaccionar” adecuadamente frente a algunos de los rasgos propios de las sociedades modernas”; de ahí que “no es razonable considerar las normas emanadas del Congreso como un producto fidedigno de la “voluntad del pueblo” (ello, aun

<sup>4</sup> Luis López Guerra (2011) *Carré de Malberg: de la soberanía nacional a la soberanía popular*, Introducción al libro *La ley, expresión de la voluntad general (Estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875)*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 18.

<sup>5</sup> López Guerra (2011) p. 15.

aceptando el carácter siempre metafórico de esta expresión)”<sup>6</sup>

Aún a riesgo de sintetizar demasiado la argumentación y de conformidad a tal deducción, surge, finalmente, el siguiente interrogante: en el contexto de crisis de representatividad narrado y con el objeto de hacer frente a este segundo dilema de democratización, ¿quién debería resolver esta disyuntiva, un mecanismo representativo-decisorio con escasa legitimidad? A mi juicio, la respuesta debiera circunscribirse dentro de la perspectiva de asumir que nuestro Parlamento se sustenta en una concepción decimonónica de la representación, de ahí que existirían razones sólidas para creer que nuestro legislador, en su conjunto, no posea en la actualidad la suficiente justificación de legitimidad para garantizar que el sistema político vaya a asegurar niveles satisfactorios de convivencia, de estabilidad y de bienestar dentro del contexto de pluralidad propio de una sociedad democrática. Razón por la cual, frente a esta disyuntiva habría que retornar al origen de la soberanía de que es titular nuestro cuerpo político y, de alguna forma, devolverles la voz a los ciudadanos, aunque sea la primera vez en nuestra historia político-constitucional.

---

<sup>6</sup> Roberto Gargarella (compilador, 1999) *Derecho y grupos desventajados*. Barcelona: Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos-Gedisa, pp. 13 y 17.

# IX

## Las listas cerradas como mecanismo electoral en política comparada y su posible aplicación en Chile

Roberto Munita\*

### Resumen

En los sistemas electorales proporcionales es común ver que los candidatos se presenten integrando una lista, como parte de la propuesta de un partido o coalición. En estos casos, las alternativas son que se vote por un candidato dentro de dicha lista (mecanismo conocido como el “voto de lista abierta”), o que se vote por la lista completa (“lista cerrada”). La ley electoral chilena contempla sólo la fórmula de la lista abierta -para elección de concejales y de parlamentarios- pero hoy se plantea la posibilidad de considerar el voto por lista cerrada para la elección de consejeros regionales, lo que es más acorde con la naturaleza del cargo y el perfil de los candidatos que se buscan.

### Abstract

*Within the frames of multiple-winner methods, it is common to notice that candidates often run joining a party-list. In these cases, the alternatives are voting for a candidate on the list (“open-list system”), or voting for the full list (“closed-list system”). The Chilean voting system only considers the open-list system -for the election of municipal councilors and members of parliament- but nowadays there is the possibility of thinking about a closed-list system for the election of regional councilors, which is more consistent with the nature of this public position and the profile of sought candidates.*

\* Abogado de la P. Universidad Católica de Chile, y Magíster en Sociología por la misma Universidad. Actualmente se desempeña como Coordinador de la Bancada de Diputados de Renovación Nacional y es profesor de la Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo.

Debido precisamente a que la ciencia política, por un lado, y la contingencia política, por otro, suelen tener agendas paralelas, enfocadas en fenómenos distintos y con intereses y velocidades disímiles, llama la atención la invariable curiosidad con que coinciden cada vez que se habla de sistemas electorales. Prueba de ello es la inquietud legislativa y mediática que se genera cada vez que discusiones como la extensión del mandato del Presidente de la República o una posible modificación al sistema binominal se apropian de la agenda pública. En tales circunstancias es posible ver propuestas y argumentos tanto de la academia como de los diversos actores políticos, demostrando así el compromiso que ha asumido uno y otro sector en una materia tan significativa para el desarrollo ciudadano como es el mecanismo para elegir a nuestras autoridades.

En contraposición a esta evidente afinidad, la preocupación por los sistemas electorales sufre hoy una particular pandemia por parte de la opinión pública, enfermedad que a decir verdad, afecta a todo el espectro de temas políticos. En una época en que la ciudadanía se ha empoderado como nunca antes, y ha logrado establecer una relación prácticamente horizontal con autoridades y figuras políticas -debido, probablemente, al auge de las redes sociales a través de internet- la opinión pública se ha empeñado en encapsular la agenda en materias en las que puede exigir resultados visibles y en el corto plazo, como educación, salud o desempleo.

Al contrario, aquellos temas anclados en el esqueleto mismo de un Estado, pero cuyos efectos sólo son visibles en el largo plazo, son denigrados por una sociedad civil ávida por políticas públicas conspicuas y perceptibles. Así lo demuestra la encuesta del Centro de Estudios Públicos correspondiente a abril de 2012: ante la pregunta “¿Cuáles son los tres problemas a los que debería dedicar el mayor esfuerzo en solucionar el Gobierno?”, asoman con predominio “Educación” (un 46% de los encuestados menciona este tema), “Delincuencia” (con un 45% de menciones) y “Salud” (con un 42%). La preocupación por la “reforma al sistema electoral binominal” aparece en el último lugar con sólo un 2%. Y para qué hablar de otras reformas políticas y electorales... ni siquiera aparecen en la muestra.<sup>1</sup> Por ello es al menos meritorio que, tanto en el plano de las ideas como del poder, se mantenga el interés por discutir sobre temas importantes para el desarrollo de la sociedad, pero denostados por la misma; si sólo nos dedicáramos a las materias impulsadas por esta agenda ciudadana, nos convertiríamos en poco más que esclavos de la agenda pública y podríamos caer en peligrosos populismos que siempre es mejor evitar.

En cualquier caso, este genuino interés que comparten la academia y la clase política no es casual, y encuentra su lógica en el rol que tienen los sistemas electorales: quienes valoramos la política como ciencia y como actividad humana sabemos que todos los esfuerzos realizados en pro del desarrollo institucional del país resultan en vano si no hay reglas claras para elegir a los gobernantes, que aseguren gobernabilidad y participación. Por ello, este “rayado de cancha” -que constituye en definitiva un sistema electoral- es el primer sustento en el que se basa todo nuestro aparato democrático e institucional.

<sup>1</sup> CEP Chile, Estudio Nacional de Opinión Pública N° 66. Datos recolectados entre el 30 de marzo y el 25 de abril de 2012.

## **Hacia un estudio de los sistemas electorales y sus elementos**

Pese a que ya ha quedado implícito en la introducción de este artículo, cabe preguntarse: ¿Son realmente importantes los sistemas electorales? No son pocos los autores que han buscado reducir la importancia de esta área de la politología, aludiendo a que no serían sino variables de otros sistemas, o basándose en que sus efectos son inciertos y, por tanto, no vale la pena gastar mucho tiempo en su estudio; pero ante estas críticas, se han levantado importantes intelectuales para contestarles apresuradamente a los primeros, como es el caso de Giovanni Sartori, quien deja muy en claro que, si bien los sistemas electorales pueden ser efecto de otros fenómenos como el sistema de partidos, son al mismo tiempo causa de otros efectos políticos de importancia, y por tanto, merecen atención.<sup>2</sup>

¿Qué entendemos por un sistema electoral? Continuamente se le confunde con la mera “fórmula electoral”, error que se debe despejar desde ya, pues este trabajo busca estudiar justamente otro de los elementos de los sistemas electorales, distinto de la fórmula. Por eso conviene comenzar diciendo que los sistemas electorales son, a grandes rasgos, mecanismos a través de los cuales podemos convertir los votos obtenidos en escaños. Así los han definido, simplemente, autores como Dieter Nohlen o el mismo Sartori, entre otros.<sup>3</sup>

Sobre el particular, el distinguido constitucionalista chileno Humberto Nogueira nos ha enseñado que los sistemas electorales son “técnicas que buscan encontrar las fórmulas que hagan lo más perfecta posible la representación de los gobernados al interior de los órganos representativos del Estado”<sup>4</sup>, mientras que David Butler explica que se trata de medios para transformar la voluntad popular en una asamblea elegida, aunque aclara que “la ‘voluntad popular’, expresada en un determinado momento mediante una sola marca en una papeleta de sufragio, o cuando más en una breve lista de órdenes de preferencia, tiene que ofrecer una representación nebulosa de todas las complejas y cambiantes opiniones que coexisten en la mente del elector acerca de los hombres y las medidas”<sup>5</sup>.

Debido a que son incontables los tipos de sistemas electorales existentes en la política real, la doctrina ha debido agruparlos en dos grandes familias: los sistemas mayoritarios y los proporcionales. En los primeros, el principio rector es asegurar una mayoría que pueda gobernar; por ello, el candidato o lista mayoritaria (que puede ser mayoría absoluta, o simple, según se haya definido previamente) se lleva el 100% de los escaños a repartir. Este método se aplica, por definición, en las contiendas para determinar un solo cargo, como sucede en las elecciones presidenciales, de gobernadores o de alcaldes; por sentido común, un puesto así no se puede entregar “en proporciones”.<sup>6</sup> Pero también se puede aplicar- aunque no es muy común- en

<sup>2</sup> Sartori, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. Fondo de cultura económica, Ciudad de México, DF, 1994, p. 39.

<sup>3</sup> Sartori, Giovanni. Op. cit., p. 15, y Nohlen, Dieter. Sistemas electorales y partidos políticos. Fondo de cultura económica, Ciudad de México, DF, p. 34.

<sup>4</sup> Nogueira, Humberto. Regímenes políticos contemporáneos. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 93.

<sup>5</sup> Butler, David. Sistemas electorales. En: Estudios Públicos, Nº 13, 1984, pp. 61-62.

<sup>6</sup> Este sistema es utilizado, por ejemplo, en Estados Unidos, para elegir a los representantes de ambas ramas en el Congreso, o en el Reino Unido, para elegir a los miembros de la Cámara de los Comunes. En ambos casos se instituyen distritos uninominales, en los que resulta electo quien obtiene la mayoría relativa de los votos, bajo el principio conocido comúnmente como “first pass the ball”. Francia, por su parte, es el mejor ejemplo de la utilización de un sistema mayoritario, a dos vueltas. También se trata de distritos uninominales, pero para que un candidato logre integrar la Asamblea Nacional (cámara baja francesa), debe haber conseguido la

elecciones con más de un escaño a repartir, manteniéndose el principio de que el ganador se lo lleva todo. Es el caso, por ejemplo, del Senado español<sup>7</sup>, o de la nominación de los representantes de un Estado para el Colegio Electoral que decidirá quién será el próximo Presidente de la República en los Estados Unidos de Norteamérica.

Los sistemas proporcionales son más complejos. Y aunque el objeto de este documento no es realizar un completo análisis de los distintos mecanismos existentes, es necesario gastar algunas líneas en esto. El principio rector de estos sistemas es asignar los escaños a los distintos candidatos, partidos o listas, con arreglo al porcentaje de votos obtenidos en las elecciones. Y para hacer esto hay tantas fórmulas como autores podamos nombrar cada una con sus virtudes y defectos, pues se trata al fin y al cabo de complejas construcciones matemáticas con distintos grados de inequidad, pues -salvo que el número de escaños a elegir sea igual al universo electoral- siempre quedará un sector perjudicado por la fórmula.

Entre los mecanismos más comunes de asignación de escaños a votos, en los sistemas proporcionales, podemos encontrar el del “cuociente electoral” -cuyo modelo más famoso es el de Hare, “método del resto mayor”- o las diversas fórmulas que admite el “método del medio mayor” o de la “cifra repartidora”, el que admite diversas variantes, como la de Saint-League o la de D’Hont, cual es la que se aplica en nuestro país para la elección de concejales y de consejeros regionales, e incluso para elegir a nuestros parlamentarios.<sup>8</sup>

A estas dos grandes familias podemos agregar los sistemas mixtos, como el alemán o el mexicano. En ambos casos, el sistema asigna algunos escaños a través de distritos uninominales, siguiendo el principio “*first pass the ball*”, pero fija otros tantos, de forma proporcional entre los distintos partidos políticos, según su votación a nivel nacional (caso de México) o según un segundo voto, exclusivo para este fin (caso de Alemania).

Sin perjuicio de todo lo anterior, debemos señalar que tan importante como conocer las grandes familias de sistemas electorales, es conocer sus elementos más característicos, que podríamos resumir en cuatro. El primero de ellos, como ya adelantábamos, es la fórmula electoral: si se trata de un sistema mayoritario, se perseguirá la mayoría simple o la absoluta; si es un sistema proporcional, se tratará de la fórmula D’Hont, o la de Saint-League, o el cuociente de Hare, o una de las infinitas modificaciones que se pueden introducir a cada una. Como es posible apreciar, gran parte de las reformas electorales que se han propuesto en Chile apuntan justamente a modificar sólo este elemento, sin considerar los otros elementos de cualquier sistema electoral.

---

mayoría absoluta de los votos; si nadie la consigue, se realiza una segunda votación con todos los que obtuvieron al menos 12,5% de las preferencias. En esta segunda oportunidad, como es lógico, será electo quien obtenga la primera mayoría.

<sup>7</sup> No obstante, se debe aclarar que el sistema electoral para nombrar a los senadores españoles no es un mayoritario puro, por dos razones: primero, porque el Senado lo integran también miembros elegidos por las comunidades autónomas, sin seguir los criterios de una elección mayoritaria; y segundo, porque -por regla general- la segunda lista más vota también se lleva un escaño, lo que es un atentado al principio rector de la regla mayoritaria.

<sup>8</sup> Sin entrar a explicar el detalle del sistema D’Hont, pues se han escrito suficientes artículos que con gracia han logrado explicarlo, criticarlo y defenderlo, basta con señalar que -sorpresivamente- éste es también el método utilizado por nuestra legislación para la elección de diputados o senadores. En efecto, si la fórmula de la cifra repartidora que nuestra legislación propone para la elección de concejales se utiliza con dos cargos a elegir (en vez de seis, ocho o diez) el resultado no será otro que el mismo sistema binominal, sin ningún decimal de diferencia.

El segundo elemento que debemos considerar es el umbral necesario para ingresar al sistema: hay países que -para asegurar gobernabilidad, aunque sacrificando proporcionalidad- establecen ciertas barreras electorales. En España, por ejemplo, no basta con que un partido tenga derecho a llevarse un escaño, según la fórmula aplicada, que es la de Víctor D'Hont. Es necesario, además, que el partido haya obtenido al menos 3% de los votos en dicha circunscripción.<sup>9</sup> En Alemania, a su vez, se elige a cerca de 300 parlamentarios a través de un voto netamente proporcional, pero el sistema exige que los partidos hayan obtenido al menos un 5% a nivel nacional.

El tercer componente de todo sistema electoral se refiere a la construcción y trazado de los territorios electorales. El tema no es tan trivial como parece: al diseñar un distrito o circunscripción hay que considerar factores históricos, socioeconómicos, geográficos y demográficos, sin olvidar la tradición electoral de los territorios involucrados. La historia ha demostrado que, en algunos casos, puede variar considerablemente el color político de una zona si se alteran las fronteras de los distintos territorios electorales; por eso cada vez que se propone una modificación al actual distritaje, se debe mirar la propuesta bajo lupa.<sup>10</sup>

Y, finalmente, el cuarto elemento -el más importante para este estudio- dice relación con la conformación de las candidaturas y pactos. En una elección mayoritaria, los candidatos se presentan directamente, y se vota por ellos, sin intermediarios (sin perjuicio de que, detrás de él, esté el apoyo de uno o más partidos). En cambio, cuando se trata de sistemas proporcionales, es probable que los candidatos se organicen con arreglo a listas, a partir de un partido o de un pacto que incluya a varios partidos. Y una vez más nos encontramos con un sinnúmero de posibilidades, aunque una primera y gran clasificación obliga a dividir entre listas “abiertas” y “cerradas”.

### **La conformación de listas abiertas y cerradas**

En las “listas abiertas” el elector se enfrenta a un voto que le permite optar por uno o más candidatos. En el caso del Senado español, por ejemplo, cada ciudadano puede otorgar tantos votos como cargos haya que elegir (por regla general, las provincias eligen cuatro senadores), aunque no pertenezcan a la misma lista. En nuestro país, a su vez, para las elecciones de concejales, diputados y senadores, tenemos derecho a realizar una sola marca, pero frente al nombre de un candidato. Elegimos, en definitiva, la lista que queremos resulte victoriosa, pero al mismo tiempo, quién queremos que gane, dentro de esa lista. Luego, al momento de realizar el escrutinio de los votos, el Tribunal Calificador de Elecciones deberá verificar primero cuántos escaños le corresponden a dicha lista en el territorio electoral implicado, y después, a quién o quiénes le corresponden dichos escaños, según las votaciones individuales de cada postulante.

<sup>9</sup> Se conoce un caso en que se debió aplicar esta regla: en las elecciones generales de 1993, el partido CDS (Centro Democrático y Social) obtuvo el 2,99% en la circunscripción de Madrid y, de acuerdo con la fórmula de la cifra repartidora, le debería haber correspondido un escaño en el Congreso de los Diputados. No obstante, debido a esta barrera, el CDS quedó fuera del sistema. En este sentido, consta el testimonio del profesor Antonio Luis Martínez-Pujalte, de la Universidad Miguel Hernández de Elche, en un documento publicado en 2009, a través de la Fundación Ciudadanía y Valores, en el marco de las “Jornadas sobre la Reforma del Sistema Electoral Español”.

<sup>10</sup> En teoría política se denomina “Gerrymandering” a la manipulación deliberada de los territorios electorales en favor de quien los diseña. Esta práctica fue bautizada así por Elbridge Gerry, gobernador de Massachusetts, quien se dio cuenta que si unía los sectores más desfavorables para él en un solo distrito, lo daría por perdido, pero podría asegurar la victoria en los restantes.

En las “listas cerradas”, por el contrario, el voto es a la lista completa. Aquí el elector no tiene el poder suficiente para preferir a un determinado candidato por sobre otro, sino que sólo debe elegir un pacto o partido (salvo que se trate de una “lista cerrada no bloqueada”, como ya veremos). En este caso, la autoridad competente contabilizará los votos obtenidos por cada lista, y asignará los escaños que corresponda según la fórmula convenida, de acuerdo con el orden jerárquico pre-establecido por el partido o pacto, al momento de inscribir las candidaturas.<sup>11</sup>

Las listas cerradas se subdividen a la vez en “bloqueadas” y “no bloqueadas”. Las bloqueadas son las puras y simplemente cerradas, tal como las hemos explicado. Las no bloqueadas, en cambio, están más cerca de las listas abiertas, pues junto con elegir un pacto electoral, el elector está facultado para preferir a uno de los postulantes dentro de dicha lista, como sucede en la elección parlamentaria de Brasil. Debido a que este es un mecanismo intermedio, y no se ajusta propiamente al propósito y fundamento de las listas cerradas, en lo sucesivo se tratarán las diferencias únicamente entre listas abiertas y listas cerradas bloqueadas, omitiendo en este último caso el vocablo “cerrada” por un asunto netamente práctico.

### Principales contrastes entre listas abiertas y cerradas

¿Importa esta diferenciación, entre listas abiertas y cerradas? Evidentemente que sí. No son pocas las características y los efectos que se consiguen, según se opte por uno u otro sistema. Comúnmente se argumenta que las listas cerradas le otorgan un mayor poder a los partidos, y deben ser propias de aquellos sistemas políticos que cuenten con una red consolidada de partidos ideológica e institucionalmente fuertes. Las listas abiertas, en cambio, le otorgan mayores prerrogativas tanto a los candidatos como a los electores, pues son ellos los que pueden decidir en definitiva, quién de los postulantes de cierto partido los representará.

Un segundo contraste que podemos observar entre ambos sistemas dice relación con el imperio que tiene el partido después de la elección. En sistemas de listas cerradas hay muy pocos incentivos por parte de las autoridades electas para abandonar la línea editorial del partido que les otorgó refugio, debido a que en la próxima elección no podrán acceder a integrar la papeleta, o la integrarán en un orden jerárquico inferior (en España se suele decir que “el que se mueve no sale en la foto”). En cambio, en las elecciones que se basan en listas abiertas -como las nuestras- no existen tales desincentivos, y prueba de ello es que se cuentan parlamentarios o concejales que, luego de haber sido electos dentro de un pacto, lo abandonan y logran incluso ser reelegidos fuera de toda lista, o integrando un nuevo pacto.

Otra diferencia que se puede advertir dice relación con la campaña: en las listas cerradas, la campaña queda a cargo eminentemente del partido; un candidato que aparece casi al final de la lista tiene muy pocos incentivos para salir a hacer campaña, y al contrario, a los candidatos que encabezan las listas les basta con llamar a votar por el pacto que los incluye. En las listas abiertas, en cambio, existe un incentivo para

<sup>11</sup> La excepción a esta regla general se puede apreciar en Guyana: los partidos presentan sus listas y los electores votan con el sistema de lista cerrada; pero una vez que se sabe cuántos escaños le corresponden a cada lista, recién ahí el partido define a quién elige, dentro de los candidatos que ya se habían presentado. Por supuesto, esto le otorga a cada cúpula partidista un amplio margen para compensar lealtades y comportamientos durante la campaña electoral.

que cada candidato realice campaña por su lado, y no sólo eso: el sistema lleva a que cada candidato realice campaña en desmedro de sus compañeros de lista. Es un sistema, por tanto, que se basa más en la competencia que en la cooperación.

De esta característica surgen, a la vez, dos más: la primera es que, en las elecciones de listas cerradas, las campañas son más baratas; basta sólo con tener publicidad institucional sobre el pacto o partido político. Las campañas de las listas abiertas son grotescamente más caras, pues cada candidato se ve forzado a tener sus mecenas, su propio comando, un presupuesto específico y prioridades publicitarias autónomas, desencadenando así la guerra de *merchandising* que es posible percibir en cada ciudad de Chile, por ejemplo, antes de una elección de concejales o de diputados. La otra característica derivada de la diferencia entre una campaña a cargo del partido y otra a cargo de cada miembro de la lista tiene que ver con el perfil de los candidatos. En una lista cerrada es posible encontrar personajes interesados en recorrer las calles haciendo campaña, solicitando el voto y explicando las diferencias entre esta lista y las restantes (los llamados "animales políticos"), pero también es posible encontrar académicos, prohombres y otros ciudadanos con inquietud por el servicio público, pero que no están dispuestos a caer en la lógica mediática de protagonismo que lleva implícita una campaña. Estos últimos, como es de suponer, no tienen cabida en una lista abierta, por lo que se argumenta que si se quiere conseguir la integración, en un cuerpo colegiado, de personas que representen una visión técnica o intelectual, se debiera privilegiar las listas cerradas.

Finalmente, la última diferencia que podemos notar entre ambos sistemas de listas dice relación con el rol que juegan los candidatos independientes. Para nadie es desconocida la forma de participación de los independientes en una elección de lista abierta; de hecho, es común ver -en Chile- candidatos a concejal o diputado sin vinculación a tienda política alguna. El problema se presenta en los sistemas de listas cerradas. ¿Cómo puede, un independiente, competir contra toda una lista? ¿Cómo podría incluso presentarse como candidato, si en este sistema no se vota por personas sino por pactos o partidos enteros?

El tema ha sido resuelto, en derecho electoral comparado, a través de una fórmula que permite que los independientes puedan integrar una lista patrocinada por uno o más partidos. Estos candidatos pueden negociar con uno de los pactos electorales, con el fin de ocupar un lugar privilegiado en la lista (digamos, un segundo o tercer lugar), a cambio de jugársela por el programa político del pacto, y por supuesto, entregar su explícito apoyo durante la campaña. Es de suponer que para un partido será atractivo aparecer vinculado a dicho independiente, pues puede tener un caudal propio de votos, o puede tratarse de un personaje de renombre que quiera consolidar su capital político en las urnas. Como sea, es importante recalcar que el sistema de las listas cerradas no impide la participación de candidatos independientes, aunque es innegable que le otorga un mayor poder a los partidos políticos en desmedro de los primeros.

## Aplicación de las listas cerradas en política comparada

Las listas cerradas son utilizadas comúnmente por muchos sistemas políticos del mundo occidental, especialmente para ocupar cargos en cuerpos colegiados como parlamentos o consejos territoriales. Es más, aunque a nosotros nos suene una idea un tanto extravagante podríamos decir que es una realidad muy asentada en Iberoamérica, e incluso en otras latitudes del mundo.

### a) España

Para comenzar, podemos decir que España utiliza el sistema de las listas cerradas para la conformación de su Congreso de los Diputados.<sup>12</sup> Este cuerpo colegiado está integrado en la actualidad por 350 miembros, los que son electos en distritos conformados por cada una de las provincias del país, de manera proporcional al número de habitantes de ellas. El sistema es bastante simple: los partidos confeccionan sus listas en papeletas que incluyen la nómina de los candidatos en orden de prelación, las que son enviadas a los electores por correo, incluso a Chile y otros países del mundo. El día de la votación, el ciudadano concurre a las urnas con la papeleta correspondiente al partido que ha decidido apoyar -de todos modos hay tarjetas en los locales de votación- y la inserta en el sobre que depositará en la urna. Luego, se cuentan los votos y se asigna el número de diputados que le corresponde a cada una de las listas.

### b) Argentina

En Argentina, como en muchos otros países de la región, también se recurre a un sistema proporcional de voto en lista cerrada, pero con una variante: la papeleta, aquí, toma la forma del llamado "voto sábana". Tal como su apelativo lo indica, es un voto gigante, en el que aparecen todas las listas en competencia y todos los candidatos que integra cada una de ellas, con el fin de que el elector elija la lista que quiere apoyar y realice la marca sobre la lista entera. Y aunque el elector no puede interferir en el orden preestablecido de la lista, es sabido que en este país suele haber primarias para decidir la conformación de las listas que articulará cada partido.

Argentina es una república federal, y para la Cámara de Diputados nacional -que integra el Congreso de la Nación con 257 miembros- la ley electoral permite que cada una de las 23 provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires decida su propia forma de integrar las listas cerradas. En 11 de ellos, se ha permitido que los partidos presenten listas cerradas, dentro de un pacto que a su vez esté conformado por varias de estas listas (lo que es conocido como del sistema del "doble voto simultáneo"). Luego, al momento de contar los votos, la cifra repartidora decidirá no sólo cuántos parlamentarios le corresponden a cada conglomerado, sino también cuáles serán los partidos beneficiados.

---

<sup>12</sup> España, además, cuenta con un sistema de gobierno parlamentario, por lo que no elige su Jefe de Gobierno -el Presidente del Gobierno Español- de manera directa y por sufragio universal, como nosotros, sino indirectamente, a través del Congreso de los Diputados. Se realiza este alcance, para hacer notar que una votación tan importante como ésta puede ser otorgada a un sistema de listas cerradas, sin poner en riesgo la democracia de un país.

### **c) Uruguay**

La República Oriental del Uruguay sigue el mismo principio electoral de Argentina, pero con la salvedad de que se trata de un Estado Unitario, y por tanto, hay una sola ley electoral con validez en todo el territorio nacional. Aquí también se aplica el “voto sábana” para la conformación de su Cámara de Representantes (similar a nuestra Cámara de Diputados), la que forma parte de la Asamblea General de Uruguay. Esta sede legislativa está conformada por 99 diputados, los que son elegidos por departamentos, en proporción al número de habitantes de cada uno de ellos (Montevideo, por ejemplo, elige a prácticamente la mitad: 48). En todo caso, el sistema de votación es el mismo que se ha expuesto hasta ahora: los ciudadanos votan por una de las listas, que en este caso reciben el nombre de “lema”, pero se permite que los partidos se presenten en “sub-lemas”, como sub-pactos dentro de una misma coalición, aplicándose entonces el mecanismo del “doble voto simultáneo”.

Llama la atención, de cualquier forma, el rol que juegan los últimos miembros de cada lista en estos votos sábana, lo que se aplica tanto para Uruguay como Argentina (y para cualquier otra nación que haya optado por este tipo de papeleta): es evidente que se trata de candidatos cuya probabilidad de ser electos es cercana a cero. No obstante, por su ubicación en el voto, gozan de gran visibilidad para los votantes, por lo que los partidos suelen solicitarle a artistas, deportistas o personajes famosos que aparezcan en su lista, con la finalidad de atraer más electores, sin el riesgo de resultar electos para un cargo que no querrían aceptar. En Uruguay, además, se permite el uso de las “letras negritas” con el fin de promover o resaltar a ciertos candidatos que pueden resultar atractivos para la masa de ciudadanos que concurre a votar.

### **d) Paraguay**

Este país utiliza el mecanismo de las listas cerradas en ambas cámaras de su Congreso. Para la Cámara de Diputados, compuesta por 80 miembros, se han diseñado 17 territorios electorales, correspondientes a cada uno de los 17 departamentos en los que se divide administrativamente el país. Los 45 miembros de la Cámara de Senadores, a su vez, también son electos por listas cerradas pero en un solo distrito nacional.

### **e) Alemania**

Como ya se ha adelantado, la Cámara Baja Alemana (Bundestag) tiene cerca de 600 asientos, número que resulta variable, por una serie de “escaños sobrantes” que no vale la pena explicar aquí. En todo el país hay 299 distritos uninominales, que eligen a los primeros 299 representantes del cuerpo legislativo, en un sistema mayoritario a una sola vuelta, muy parecido al sistema inglés o norteamericano (es decir, se sigue el principio “*first pass the ball*”). Pero junto con ello, cada elector recibe un segundo voto, para elegir el partido de su preferencia. Este segundo voto es una clara aplicación de la fórmula de las listas cerradas.

A partir de este segundo escrutinio, se determina el resto de los representantes de cada partido en el Bundestag. Pero además, en este caso, hay que considerar un umbral planteado por el derecho electoral alemán: para efectos de considerar

los escaños atribuibles a cada partido, se consideran únicamente las listas que hayan obtenido más del 5% de los votos al nivel nacional o que hayan obtenido, al menos, tres escaños en los distritos uninominales. Con esto se busca evitar que en el Bundestag estén representados partidos de ideología extrema, o que no hayan logrado concitar el debido apoyo en diferentes rincones del país.

#### **f) Israel**

Finalmente, se puede comentar el caso de Israel. En esta nación, el Kneset (parlamento israelita) está compuesto por 120 miembros elegidos a nivel nacional, en un único distrito nacional. Cada partido establece una lista única de candidatos, ordenados según el orden jerárquico de prelación. Los ciudadanos con derecho a voto eligen una de las listas, y en definitiva, los escaños son otorgados a prorrata del porcentaje de votos obtenidos por cada alianza, aunque -a diferencia del resto de los sistemas contemplados en esta revisión- aquí no se aplica la fórmula de la cifra repartidora, sino que se hace uso del cociente electoral de Hare; es decir, se sigue el “método del resto mayor”.

En cualquier caso, todos los países que aquí han sido presentados, comparten un principio general, en orden a asignar escaños a partir de los votos: los electores realizan una preferencia en beneficio de un conglomerado político; no se vota por ningún candidato en particular, sino que eso se deja en manos de los partidos. Son ellos los que definen el orden en que aparecerán en la papeleta, el que por regla general es anterior a la elección y conocido por toda la ciudadanía.

En contraposición a la realidad exhibida en todos los países mencionados, la ley electoral chilena sólo conoce de mecanismos mayoritarios y proporcionales en base a listas abiertas, en lo que respecta a cargos de representación popular. No obstante, como se explica en el capítulo siguiente de este trabajo, se abre una apreciable oportunidad para incorporar el mecanismo de las listas cerradas en nuestra legislación, lo que parece razonable por diversas razones técnicas, jurídicas y políticas, que analizaremos en lo sucesivo.

#### **Posible aplicación del sistema proporcional de las listas cerradas en Chile: la elección de los Consejeros Regionales**

En nuestro país, conocemos dos tipos de mecanismos mayoritarios, reservados para los cargos en que se debe elegir a un solo representante: para elegir al Presidente de la República se recurre a este método, en su variante de dos vueltas (i.e., se requiere mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos), mientras que para elegir a los alcaldes, basta con la mayoría relativa de los votos (es decir, es una elección mayoritaria a una sola vuelta). Al contrario, tal como ya he adelantado, para los puestos de elección popular que son parte de un cuerpo colegiado, nuestro ordenamiento jurídico ha optado por el sistema proporcional de la cifra repartidora, en su variante *D'Hont*. Así se eligen, entre otros, los consejeros regionales de todo el país.

En este punto del análisis, más de algún lector atento podría alegar que nunca ha ejercido su voto para elegir a los consejeros de su región. Más aún, es probable que la mayoría de nuestros más responsables ciudadanos ignoren la totalidad de los nombres de sus propios consejeros regionales. Esto se debe a una razón muy simple: de acuerdo con el texto original de la Ley Nº 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, el legislador ha optado por realizar una elección indirecta, ordenando al cuerpo de concejales de una región como colegio electoral (artículo 29, inciso primero). Es decir, son los concejales de la región los que eligen a los consejeros regionales, lo que origina una situación similar -en ciertos aspectos- al Colegio Electoral que elige al Presidente de la República en los Estados Unidos de Norteamérica.

Tal como establece el artículo 22 de la misma Ley Nº 19.175, vigente al momento de escribir este artículo, el consejo regional constituye con el Intendente el Gobierno Regional, órgano máximo de la administración superior de cada región, cuya función principal es “el desarrollo social, cultural y económico de ella”, según reza el artículo 13 de este cuerpo normativo. Dentro de este órgano supremo, el consejo regional tiene diversas facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras -que no viene al caso tratar acá- y su principal finalidad, según indica el artículo 28, es “hacer efectiva la participación de la comunidad regional”.

Con esto queda en evidencia la naturaleza del cargo de consejero regional: más que un cargo político, es un cargo de representación ciudadana, local y vecinal, con el objeto de que las distintas realidades dentro de una región se vean representadas en el Gobierno Regional.<sup>13</sup>

Debido a este fundamento, el legislador ideó inicialmente el sistema de elección indirecta ya mencionado y, para asegurar la representación de todos los rincones (considerando que, en algunas regiones, el grueso de la población se encuentra radicada en la capital regional y no en las provincias alejadas), la Ley Orgánica propuso la elección de dos consejeros por cada provincia, independientemente de su número de habitantes, y 10 ó 14 consejeros (dependiendo de si la región tiene más o menos de un millón de habitantes, según el último censo oficial), distribuidos entre las provincias de la región a prorrata de su población.

Pese a lo anterior, en octubre de 2009 se promulgó una importante Reforma Constitucional<sup>14</sup> que vino a modificar sustancialmente la naturaleza jurídica y electoral de los consejeros regionales. Y dentro de las modificaciones efectuadas en el Capítulo XIV de nuestra carta fundamental -referida al Gobierno y Administración Interior del Estado- se acordó que “El consejo regional estará integrado por consejeros elegidos por sufragio universal en votación directa, de conformidad con la ley orgánica constitucional respectiva” (actual artículo 113 de la Constitución Política de la República). Es decir, el Poder Constituyente ha cambiado en esencia la forma de elección de este órgano de administración regional, pasando de un sistema de elección indirecta a uno de sufragio universal, tal como sucede con los alcaldes o concejales. No obstante, el mismo texto de la normativa constitucional le ha dejado el detalle

<sup>13</sup> Sin perjuicio de ello, se debe decir que los consejeros regionales gozan del mismo carácter que otros cargos de representación popular en el país: son elegidos por cuatro años, y pueden ser reelectos indefinidamente.

<sup>14</sup> A través de la Ley Nº 20.390, publicada en el Diario Oficial el día 28 de octubre de 2010.

de su implementación a una reforma ulterior de la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, la que aún no se ha llevado a cabo, de modo que al momento de escribir estas líneas, la Ley N° 19.75 sigue planteando la tesis de la elección por parte de los concejales de la región.

### **Modificación del sistema electoral de los consejeros regionales: un buen momento para sentar una base en nuestro derecho electoral**

Con los antecedentes ya citados, y el deber de cumplir con un mandato constitucional, el Presidente de la República envió al Congreso en septiembre de 2011, un Mensaje<sup>15</sup> para modificar esta Ley Orgánica Constitucional y establecer la elección directa de los consejeros regionales.

Esta iniciativa de ley, que ingresó en la H. Cámara de Diputados con el Boletín N° 7923-06, y quedó radicada en la comisión de Gobierno Interior de la misma, propuso -entre muchas otras modificaciones- mantener el mismo mecanismo electoral utilizado para los concejales, es decir, un sistema de listas abiertas, con la fórmula de la cifra repartidora, en su variable D'Hont. Así lo señala, en términos concretos, el mismo Mensaje: "La elección será directa por sufragio universal. Cada elector podrá votar por uno solo de los candidatos que se presentan".<sup>16</sup>

Durante las primeras sesiones en las que se trató este proyecto, comenzaron las críticas al sistema planteado por el Ejecutivo. Sin desconocer el mérito de haber presentado una iniciativa necesaria para el fortalecimiento y consolidación de una institución tan necesaria para la descentralización del país, como son los Gobiernos Regionales, se argumentó que emular el sistema de elección de los concejales podría no ser la mejor alternativa, dado el carácter y perfil del cargo de consejero regional.

De hecho, durante la discusión de este proyecto de ley, en su primer trámite constitucional, los diputados Pepe Auth (Partido por la Democracia), Germán Becker (Renovación Nacional), Pedro Browne (Renovación Nacional), Ramón Farías (Partido por la Democracia) y Marcelo Schilling (Partido Socialista) presentaron una indicación con el fin de cambiar el sistema de elección por uno de lista cerrada, propuesta que en definitiva no contó con los votos necesarios en la comisión.<sup>17</sup>

Son bastantes los argumentos que se pueden enumerar en contra de la utilización de las listas abiertas para una elección como la de los consejeros regionales. Para comenzar, se debe recordar que se trata de representantes de la comunidad cumplen una función técnica y no política, por lo que si el sistema los obliga a salir a la calle y promover una campaña personal, esto inhibirá a muchos talentos intelectuales, técnicos o incluso empresariales que querrían aportar a su región, pero no están dispuestos a asumir el protagonismo que requiere una campaña. En la misma línea podemos señalar un segundo argumento: es muy probable que esta clase de candidatos no estén dispuestos a asumir los costos económicos y humanos

<sup>15</sup> Mensaje N° 133-359 del 12 de septiembre de 2011, firmado por S.E. el Presidente de la República don Sebastián Piñera, además de don Rodrigo Hinzpeter Kirberg, Ministro del Interior y Seguridad Pública, don Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, y don Felipe Larrain Bascuñán, Ministro de Hacienda.

<sup>16</sup> Mensaje N° 133-359 del 12 de septiembre de 2011, p. 5.

<sup>17</sup> El texto de la indicación presentada proponía agregar la siguiente frase, en el artículo del proyecto de ley referido al sistema de elección de consejeros regionales: "utilizando la técnica de voto en lista cerrada, en cédula que incluirá los nombres de todos los candidatos en el orden de prelación en que éstos serán eventualmente elegidos".

que implica una campaña en listas abiertas; de hecho, el sistema está pensado para realizar campañas a nivel regional o provincial, por lo que es de suponer que los candidatos a consejeros regionales deban gastar tantos o más recursos que en una campaña de diputado o senador. Y un tercer argumento bifurca del anterior: no tiene sentido pensar en millonarias campañas personales, para un cargo que no es de dedicación exclusiva ni tiene una remuneración equivalente a la de un parlamentario. No debemos olvidar que estos miembros del Gobierno Regional tienen el carácter de consejeros, y por tanto, siguen manteniendo sus restantes ocupaciones, y sólo integran este órgano gubernamental cuando el consejo sesiona.

Una cuarta crítica al sistema de las listas abiertas para la elección de consejeros regionales nos advierte que si éstos son elegidos nominalmente, en un universo amplio, se transforman en potenciales candidatos al Congreso. Esto no tiene nada de malo, pero si consideramos que el Gobierno Regional tiene la facultad de asignar recursos, puede suceder que algún consejero utilice su cargo para preparar una futura candidatura, utilizando su cargo de representación vecinal como mero trampolín político. Sin lugar a dudas, este supuesto puede suceder aunque los consejeros se elijan en listas cerradas, pero es mucho más probable que suceda si se trata de personajes políticos que han hecho campaña personal y han salido con sus propios votos.

En quinto lugar, se puede señalar que la votación por candidatos directos es un desincentivo a la descentralización y desarrollo intrarregional; al establecer listas abiertas, los candidatos se centrarán en las capitales regionales, y es posible que asignen mayores recursos en dichas localidades, para poder ser reelegidos cuando corresponda.

Además, se debe advertir que, de acuerdo con la propuesta del Ejecutivo contenida en el Mensaje ya citado, los consejeros regionales tendrán el derecho de elegir al Presidente de este consejo.<sup>18</sup> Luego, es natural esperar que dicho Presidente, como actor político, sea elegido considerando las fuerzas políticas reinantes en la región, para lo que resulta mejor el voto de lista cerrada.

Finalmente, se puede agregar que la elección por listas abiertas resulta más cara para el Estado, por cuanto cada uno de los candidatos deberá recibir el financiamiento público correspondiente a la proporción de votos que haya recibido, según establece la Ley Nº 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral.

En contraposición, quienes argumentan en contra de las listas cerradas se basan en tres argumentos: primero, recuerdan que el artículo 113 de la Constitución “exige sufragio universal en votación directa”, y razonan que el voto por lista cerrada no sería votación directa; por otro lado, señalan que Chile no tiene cultura electoral en materia de listas cerradas; y finalmente, muestran preocupación por el trato que podrán tener los candidatos independientes en dicho escenario.

Sobre lo primero, se debe aclarar que tanto el sistema de listas abiertas como de listas cerradas son, por igual, fórmulas de sufragio universal en votación directa; la única diferencia es que en un caso se vota por un candidato, y en el otro, por toda la lista o el partido político. Pero ambas alternativas permiten cumplir, de igual manera,

<sup>18</sup> Hasta ahora, ha sido el Intendente Regional quien ha operado como Presidente del consejo.

con el mandato constitucional que exige la reforma constitucional aprobada en 2009.

En cuanto a la segunda crítica, se debe decir que Chile ha acumulado notable experiencia en materia de listas cerradas. No ha sido, por cierto, en elecciones para elegir a representantes autoridades nacionales, pero hay que recordar que aquellas no son las únicas elecciones a las que se enfrenta un ciudadano. Al contrario, las elecciones de gremios, sindicatos, colegios profesionales, juntas de vecinos e incluso federaciones de estudiantes y centros de alumnos en las universidades, suelen ser sistemas electorales de listas cerradas. Por tanto, sostener que un sistema así es impracticable en Chile pues la población no sabría cómo enfrentarse al voto es una crítica que carece de fundamento; año a año vemos a miles miles de hombres y mujeres participando en elecciones con este carácter, y hasta ahora no hay noticias de algún descalabro social por no haber podido entender el funcionamiento de las listas cerradas.

Con respecto a la preocupación por los candidatos independientes y su forma de participación en una lista cerrada, lo mejor es remitirse a la experiencia en política comparada. Y la respuesta parecen tenerla aquellos sistemas que han logrado incorporar candidaturas independientes dentro de las mismas listas, negociando con los pactos o partidos políticos la reserva de un lugar en el escalafón. No podemos impedir que candidatos independientes se postulen para consejeros regionales, pero si queremos fortalecer el sistema de partidos, y queremos que en un Gobierno Regional las fuerzas estén representadas a este nivel, no parece mala idea promover que los independientes pacten con una coalición o partido político para aparecer en un lugar destacado, dentro de la lista ya jerarquizada.

### **Conclusiones**

Estamos en un momento en que lo importante coincide con lo urgente. La tramitación del proyecto de ley que modifica el sistema de elección de los consejeros regionales ha puesto sobre la mesa un antiguo tema, que logra entusiasmar tanto a teóricos de la ciencia política, como representantes de las esferas del poder y de los intereses legislativos. Por tanto, se abre una oportunidad que no podemos despreciar, y así lo han entendido quienes han manifestado su preocupación por el riesgo que puede acarrear -para nuestro sistema político- el hecho de que los consejeros regionales comiencen a ser elegidos de manera directa, pero con votos nominales, en listas abiertas.

Independiente de lo que pueda pasar con la tramitación del Boletín N° 7923-07, nuestro derecho electoral debiera avanzar hacia considerar la validez del sistema electoral proporcional en base a listas cerradas, tal como hoy considera las listas abiertas. No se trata de desmerecer a estas últimas, sino contar con un abanico más amplio de posibilidades. Tal como se ha expresado en estas páginas, el sistema de listas cerradas tiene cualidades y ventajas que el voto directo por un candidato no ofrece, y por tanto, el legislador debiera tener ambos mecanismos a la mano, para decidir cuál es el más adecuado, de acuerdo con el perfil y la naturaleza de cada cargo a elegir por sufragio universal.

En 1991, Arturo Valenzuela y Peter Siavelis, sabiendo que el derecho electoral había cumplido un rol de normalización político en el desarrollo hacia la democracia, se preguntaban “si en el largo plazo una ley como la chilena puede efectivamente cambiar el sistema de partidos políticos, moderar la política y contribuir a la consolidación del proceso de redemocratización en Chile”<sup>19</sup>; y frente a esto, los mismos autores señalaban que -en su opinión- la ley vigente en aquel momento no podría conseguir alcanzar los objetivos que se había propuesto: “debido a la permanencia de determinados rasgos del sistema de partidos en Chile, este estudio mostrará que la ley de elecciones en sí puede convertirse en un impedimento importante para alcanzar el objetivo de mayor estabilidad política y moderación en el debate nacional”.<sup>20</sup>

Han pasado más de 20 años desde este documento preparado por los profesores Valenzuela y Siavelis, y ha corrido mucha agua bajo el puente: en dos décadas hemos modificado nuestras leyes electorales en más de un sentido, hemos acabado con instituciones políticas como los senadores designados, y hemos alterado la naturaleza de otras, como es el caso de los concejos municipales. Sin embargo, aun en la actualidad, el camino del derecho electoral en Chile se sigue trazando paso a paso, y son circunstancias como la posibilidad de contar en el país con un sistema proporcional de listas cerradas las que van dibujando el futuro. Por ello, es deber de la academia y del mundo político recurrir constantemente a las opiniones dejadas por los teóricos, y a la experiencia que nos arroja la política comparada, con el fin de ayudar a consolidar cada día más nuestra democracia, una democracia que aún se encuentra creciendo, pero que se afirma con los años, como sólida base que debe sostener toda nuestra institucionalidad política.

Valparaíso, Julio 2012.

---

<sup>19</sup> Valenzuela, Arturo y Siavelis, Peter. Ley electoral y estabilidad democrática: Un ejercicio de simulación para el caso de Chile. En: Estudios Públicos, Nº 43, 1991, p. 32.

<sup>20</sup> Ibid.





# Seminario sobre Comunicación y Representación Parlamentaria: los desafíos del Informe Parlamentario Mundial UIP – PNUD 2011 (síntesis)\*

Biblioteca del Congreso Nacional\*\*

## 1. Antecedentes generales

La Cámara de Diputados y el Senado, en conjunto con la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) organizaron, con la colaboración de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), el Seminario “Comunicación y Representación Parlamentaria: Desafíos del Informe Parlamentario Mundial 2011”. El evento tuvo lugar en la Sala de Sesiones de la Cámara de Diputados, en el edificio del ex Congreso Nacional en Santiago, el lunes 8 de octubre de 2012, siendo inaugurado por el Presidente del Senado, H. Senador Camilo Escalona, y el Presidente de la Cámara, H. Diputado Nicolás Monckeberg, junto con el Subsecretario de la SEGPRES, Sr. Claudio Alvarado; el Representante Residente del PNUD en Chile, Sr. Antonio Molpeceres, y la H. Diputada del Uruguay, Sra. Ivonne Passada, en nombre de la Unión Interparlamentaria (UIP).

\* El presente artículo sintetiza las principales temáticas abordadas en los cuatro paneles del Seminario Comunicación y Representación Parlamentaria: Desafíos del Informe Parlamentario Mundial 2011, realizado el 8 de octubre de 2012 en Santiago de Chile. La versión completa de cada una de las ponencias aquí reseñadas se publicarán en la serie Cuadernillos de Hemiciclo.

\*\* La redacción del presente informe estuvo a cargo de David Vásquez Vargas, Mariano J. Ferrero, Mauricio Amar Díaz y Felipe Rivera Polo, investigadores del Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional.

El eje central del Seminario estuvo constituido por el Informe Parlamentario Mundial 2011 “La naturaleza cambiante de la representación parlamentaria”<sup>1</sup>, elaborado por la UIP y el PNUD. Este informe, que contó para su elaboración con información entregada por más de un centenar de Parlamentos y más de 600 parlamentarios de todo el mundo, se enfocó en el análisis de la siempre cambiante relación entre los ciudadanos y los Parlamentos. Para ello, atendió a la manera en que se están modificando las expectativas de aquellos y al modo en que los Parlamentos, los políticos y el personal parlamentario están intentando responder a ello.<sup>2</sup> En la elaboración de dicho informe jugó un papel destacado el Comité Consultivo que la UIP constituyó a tal efecto, en el cual participó activamente el H. Senador Andrés Zaldívar, ex presidente del Senado chileno y único parlamentario latinoamericano que integró este órgano.

## **2. Rol del Parlamento en el perfeccionamiento de la Democracia: una pregunta de alcance global**

La primera autoridad en intervenir fue el Presidente del Senado, Sr. Camilo Escalona, quien destacó el actual contexto de desencanto de la política, que se ha hecho extensivo tanto a los partidos políticos como al Congreso, el cual se manifestaría a escala global, no obstante presentar particularidades nacionales. Una de las causas de dicho desengaño de la política se encontraría en el fracaso del siglo XX en la búsqueda de un sistema perfecto y que en muchos casos devino en profundas fracturas y violencia política. Es por ello que el Presidente del Senado llama a asumir el carácter imperfecto de la democracia que, visto desde otra perspectiva, remite a su constante evolución y cambio para integrar las diversas demandas que surjan de la sociedad. En este camino de constante perfectibilidad de la democracia, esta se consolida y legitima. Por ello, el principal compromiso de las fuerzas políticas debe ser la expansión y consolidación de la democracia, pues sin política no hay democracia.

Lo secundó en la testera el Presidente de la Cámara de Diputados, Sr. Nicolás Monckeberg, quien coincidió con el carácter global del desprestigio de la política. A este respecto, señaló que en la actualidad —a diferencia de lo ocurrido en el siglo XX, marcado por la guerra fría— los riesgos de la democracia son eminentemente internos, que se expresan en respuestas populistas, intolerantes, sin diálogo e imposibilitadas para llegar a acuerdos. A esto se suma una ciudadanía empoderada, que busca influir en el trabajo parlamentario. En este escenario, resulta primordial abrir canales para la participación de los ciudadanos, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas del Parlamento, la cual debe ser extensiva a los partidos políticos. No obstante la importancia de estas medidas, al mismo tiempo plantea que es imperativo establecer dos distinciones; por una parte, esta apertura a la

<sup>1</sup> UIP - PNUD, Informe Parlamentario Mundial. La naturaleza cambiante de la representación parlamentaria, Publicación de las Naciones Unidas, Ginebra, Abril de 2012, ISBN 978-92-1-326055-5 (PNUD).

<sup>2</sup> UIP - PNUD, Informe Parlamentario Mundial. La naturaleza cambiante de la representación parlamentaria, p. 10.

participación ciudadana no debe desautorizar al parlamentario como representante de sus electores y sus intereses; en segundo lugar, la canalización de las demandas ciudadanas no debe sustituir el liderazgo parlamentario, donde debe primar una lógica de la responsabilidad por sobre los réditos políticos de corto plazo. En su cierre, el Presidente de la Cámara planteó que el desarrollo en la actualidad ha superado la idea de que este se logra solamente mediante crecimiento económico, sino que debe ir en paralelo al fortalecimiento de las instituciones democráticas, donde el Parlamento está llamado a cumplir una labor insustituible.

Continuó la ceremonia de inauguración con las palabras del Subsecretario de la Secretaría General de la Presidencia, Claudio Alvarado, el cual reflexionó respecto a la nueva ciudadanía que ha emergido en el país, que es más educada, más organizada y más consciente de sus intereses y aspira a una relación más directa que conlleve una mayor presión a las instituciones. Por otro lado, destacó la disociación entre las expectativas de los ciudadanos y las funciones de los parlamentarios, que se basa en un desconocimiento de la labor legislativa. Resulta por ello necesario fortalecer al Parlamento para que este pueda responder a las demandas de la ciudadanía. Al respecto, subrayó las iniciativas que ha llevado a cabo el Gobierno en esta materia, donde destacó: i) inscripción automática y voto voluntario, y ii) sistema de elecciones primarias vinculantes, voluntarias y con financiamiento público. Puntualizó, además, desafíos futuros que enfrenta el Gobierno para mejorar la representatividad democrática, como: i) la elección directa de consejeros regionales, ii) una norma que permita la celebración de plebiscitos y referéndums, iii) aumentar la transparencia, mediante leyes de probidad de la función pública, regulación del Lobby; iv) en la misma línea de mayor transparencia, reformar el sistema de partidos políticos para que sean más transparentes y democráticos, y v) mejorar la formación ciudadana mediante la educación cívica. Todas estas medidas deben tender a un fortalecimiento de la democracia y de las instituciones.

En nombre del PNUD, expuso el Representante en Chile, Antonio Molpeceres, quien destacó las crecientes demandas de participación y transparencia a las que están sometidos los Parlamentos en el mundo. Para encarar esos desafíos, el Informe Parlamentario Mundial representa una oportunidad para apoyarse en el intercambio de experiencias y buenas prácticas, pues al entregar una mirada comparativa, permite aprender de otras experiencias y comprender el carácter global del desprestigio de la política. Además, ofreció la colaboración del PNUD para dar apoyo en la tarea de encarar este problema, pues las Naciones Unidas comprende que el fortalecimiento de los Parlamentos es el fortalecimiento de la democracia.

Cerró esta mesa inaugural Ivonne Passada, ex Presidenta de la Cámara de Diputados del Uruguay e integrante del Comité Ejecutivo de la UIP, quien destacó la importancia de este informe y su carácter innovador, pues representa el primer esfuerzo de envergadura. Dentro de los elementos que relevó está el hecho de que la crisis de legitimidad o desprestigio de la política no son atributos exclusivos de los Parlamentos, sino de los sistemas democráticos en general. Por ello, planteó que

el mejoramiento de los sistemas democráticos debe ser el horizonte que inspire la acción política, la que por extensión fortalecerá a los Parlamentos, es decir, la revaloración de la política como una dimensión insoslayable de la democracia y el desarrollo.

### **3. Un mirada global sobre “La naturaleza cambiante de la representación parlamentaria”**

En la primera mesa se presentaron los resultados más relevantes del Informe Parlamentario Mundial, exposición que estuvo a cargo de Diego Antoni, Director del Programa de Gobernabilidad Democrática del PNUD, de México. Comentaron dicha presentación el diputado Patricio Melero y el senador Andrés Zaldívar, ambos ex presidentes de sus respectivas cámaras. La mesa fue moderada por Gonzalo Vicente, Director de la Academia Parlamentaria.

Diego Antoni destacó la importancia del informe, pues constituye un esfuerzo pionero para abordar el tema de la representación parlamentaria en el actual contexto social. Señaló la falta de información sobre el tema, careciéndose de una visión global del fenómeno, lo que permite constatar fehacientemente la crisis de legitimidad de los intermediarios de la democracia que son los parlamentarios. Esto se expresa en un quiebre entre las funciones representativas y las mayores herramientas de participación con que cuenta la ciudadanía, todo lo cual se ha expresado en una caída de la valoración de los Parlamentos y sus parlamentarios a nivel mundial.

Dentro del acápite técnico, destacó el diseño metodológico del informe, el cual se basó tanto en encuestas (a 633 parlamentarios en el mundo) como entrevistas en profundidad (73 parlamentarios), cifras cruzadas con información remitida por los mismos Parlamentos e información secundaria, antes fragmentaria, puesta en el informe en un contexto global.

Dentro de los hallazgos del informe, destaca en primer lugar la conciencia extendida dentro de los parlamentarios de la crisis de representación que afecta a la política y a su labor específica. Esto plantea la necesidad de adaptar las herramientas y las funciones parlamentarias para encarar y canalizar las nuevas formas de participación de la ciudadanía, la cual demanda mayor información, transparencia, rendición de cuentas, participación y resultados concretos a demandas concretas. Ello conduce a la necesidad de que los Parlamentos tengan una visión estratégica e integral, pues respuestas individuales o no vinculadas no generan el impacto deseado, cual es mejorar la representación y legitimidad de los parlamentarios.

Un segundo grupo de hallazgos dice relación con la naturaleza del trabajo y la vida parlamentaria, que dificulta el responder a las demandas ciudadanas, pues las labores de representación deben combinarse con las responsabilidades de fiscalización y dictación de leyes. Por otra parte, la rendición de cuentas no debe entenderse como iniciativa exclusiva de los parlamentarios, sino que debe ser extensiva a los partidos políticos, pues se busca mejorar el prestigio de la actividad política.

El último hallazgo mencionado por el Director del Programa de Gobernabilidad Democrática del PNUD es la naturaleza de las expectativas de la ciudadanía, que son cambiantes, heterogéneas y al alza. Ello contrasta con las posibilidades reales de los parlamentarios de dar una solución, pues muchas de estas exceden las atribuciones de la labor parlamentaria y competen a otros órganos públicos. Ello ha implicado un progresivo vuelco a lo local por los parlamentarios, aparejado de un mayor desgaste, lo que no reditúa en una mayor valoración sino en un incremento de la presión, lo que genera frustración de ambos lados.

#### **4. Demanda ciudadana y “buenas prácticas” parlamentarias**

Diego Antoni reseña una serie de recomendaciones que se desprenden del informe. En primer lugar, llama a aprovechar la presión por cambios para introducir mejoras al funcionamiento de los Parlamentos, en especial bajo la lógica de desarrollar buenas prácticas, para lo cual resulta crucial tener un buen diagnóstico. En segundo término, insta a buscar soluciones colectivas (institucionales) no particulares, pues lo que se busca no es generar una inflación de expectativas, sino mejorar la labor parlamentaria. En tercer lugar, señala que hay que enfatizar las relaciones con otras instituciones, pues son un aliado para mejorar la labor de representación, como los organismos de monitoreo parlamentario, la ciudadanía organizada, los partidos políticos, entre otros, que permitan estrechar la distancia entre las expectativas ciudadanas y parlamentarias. Todas estas instancias entrañan una oportunidad única para mejorar la labor de representación.

Añade Antoni que esas reformas deben tomar como punto de partida la experiencia del parlamentario que posibilite determinar con precisión las presiones tanto internas como externas a las que está sometida la representación política. Ello debe posibilitar una visión de conjunto, que permita enfrentar respuestas sistémicas, no cada una por separado y de manera individual. Ello debe manifestarse en cambios no sólo institucionales, sino que en la cultura parlamentaria.

Como prospección de los temas de futuro, el representante del PNUD planteó una serie de cuestiones que deberán enfrentar los Parlamentos. Dentro de esas preguntas están: ¿cuáles son las fuentes de legitimidad? ¿Cuáles son los estándares mínimos de representación parlamentaria? ¿Cómo conciliar las labores legislativas, de fiscalización y de representación política? Y finalmente, ¿Cómo aprovechar la experiencia local y las nuevas tecnologías para la labor parlamentaria?

El diputado Patricio Melero destacó la importancia del informe presentado, que permite poner en perspectiva fenómenos particulares de los países en un contexto global de desprestigio de la política. Ello ayuda, según el legislador, a aprender buenas prácticas y revertir el descrédito de la labor parlamentaria. El diputado destacó la serie de iniciativas y experiencias que se han implementado para fortalecer el Congreso chileno, tanto por el Ejecutivo —como las nuevas facultades de interpelación y fiscalización, entre otras—, como por el mismo Parlamento

—transparencia, sistema de asignaciones, las TV Cámara y Senado que permiten seguir el debate parlamentario, el Parlamento Juvenil, la web de la Cámara y el Senado, entre otras iniciativas—. Desde el punto de vista institucional, destaca la particularidad del Congreso chileno que reconoce la función representativa dentro de las labores parlamentarias, siendo uno de los pocos en el mundo que releva esta dimensión. Todas estas iniciativas apuntan a fortalecer y mejorar la relación del Parlamento con la sociedad civil, las que se suman a una serie de esfuerzos gubernamentales para mejorar la política a través de mayor participación y transparencia, como el voto voluntario, la inscripción automática y la ley de primarias.

Pero esos esfuerzos, según señala el ex Presidente de la Cámara de Diputados de Chile, han encontrado una nueva ciudadanía, que exige más participación. Dentro de las características de esta nueva ciudadanía, destaca su mayor horizontalidad, que está interconectada, que tiene plena conciencia de sus derechos y, por ende, prescinde muchas veces del Parlamento y los partidos como intermediarios. A su vez, destaca que la ciudadanía en la actualidad depende menos del Estado, por lo que toma más libremente sus decisiones y se siente más desafecta de la política.

### **5. Mejorar los partidos para mejorar la política**

Ello plantearía la necesidad de democratizar más los partidos políticos para lograr mayor capacidad de representatividad de las demandas ciudadanas, lo que mejoraría la política. Bajo este parámetro, el diputado plantea que lo que la ciudadanía quiere es mejorar el actual modelo, no eliminarlo, para lo cual sería crucial la apertura de los partidos políticos a sus demandas y por ello destaca la ley de primarias como una iniciativa que apunta en el camino correcto de democratización interna de los partidos políticos. Subraya del informe la necesidad de que el Parlamento sea el espacio de interlocución de los intereses diversos de una sociedad, señalando el peligro de que obviar al Congreso es un debilitamiento de la democracia. De esta aseveración concluye que el planteamiento de una asamblea constituyente vendría a debilitar al Parlamento e iría en sentido opuesto a su fortalecimiento.

El Senador Andrés Zaldívar, quien integró el Consejo Consultivo del Informe Parlamentario Mundial, comenzó su comentario destacando la pertinencia del informe de la UIP y el PNUD, pues existiría un creciente malestar de la ciudadanía con los parlamentarios a nivel mundial, que se grafica, según sus palabras, en los recientes casos de protestas frente a sedes parlamentarias de España, Italia y Francia. Pero advierte que este descrédito de los Parlamentos no debe invisibilizarlos ya que sin Parlamento no hay democracia, por lo que la pregunta acerca de cómo fortalecerlos y mejorar su legitimidad, apunta a mejorar la democracia.

Las razones de este descrédito, que arguye el ex Presidente del Senado para el caso de Chile, se explicarían por una serie de factores: i) falencias en la formación cívica de la ciudadanía, la cual muchas veces desconoce sus derechos y deberes, así como las funciones de las instituciones; ii) las carencias en materia de integración de

la representación a escalas territoriales comunales y/o regionales, es decir, que exista una sinergia de representación entre gobiernos comunales y regionales fuertes, que permita no concentrar presiones de escalas locales en los parlamentarios; iii) el debilitamiento de la sociedad civil, que redundaría en que los parlamentarios no tengan siempre un interlocutor con el cual establecer un diálogo y canalizar sus demandas; iv) Por otra parte, el gobierno militar, mediante diversas fórmulas, buscó separar al Parlamento de la ciudadanía, tomando como metáfora el traslado del Congreso a Valparaíso; por último, v) reconoce que la complejidad de los temas legislativos que se tratan, representa un importante esfuerzo de los parlamentarios para actualizar sus conocimientos.

## **6. Medios de comunicación institucionales y presencia parlamentaria local**

Zaldívar destacó, al mismo tiempo, los esfuerzos que se han llevado a cabo en el Parlamento chileno para responder a las demandas de mayor participación y transparencia de la ciudadanía, donde menciona la implementación de canales de televisión, el desarrollo de páginas web con toda la información relevante respecto de los parlamentarios y su labor (patrimonio, sueldo, asistencia, votaciones, etc.). Por otra parte, destaca el esfuerzo que realizan tanto diputados como senadores por tener presencia local (mediante la mantención de sedes y presencia constante en sus circunscripciones) y así mejorar la representatividad y la vinculación con sus electores. No obstante todos esos esfuerzos por marcar presencia y transparencia, el Parlamento está ausente en muchos debates y no ha mejorado en la opinión pública la valoración de los parlamentarios.

Una de las soluciones que explora el Senador es que debieran fortalecerse las Comisiones de Ética de ambas cámaras, pues muchas veces un acto indebido de un parlamentario es extrapolado al conjunto de los parlamentarios; por ello es menester que una Comisión de Ética entregue lineamientos claros y supervise su cumplimiento, en el entendido de que cualquier falta implica un desmedro para la imagen general del Parlamento.

Existió coincidencia entre el presentador y los comentaristas acerca de la importancia del Informe Parlamentario Mundial, como un esfuerzo pionero que entrega un primer panorama mundial de la crisis de la representación parlamentaria a nivel global.

De ello se desprende que entrega elementos para comprender el alcance planetario de este fenómeno, al tiempo que posibilita determinar las particularidades nacionales.

La importancia que se le atribuye a esta mirada comparativa, estriba en que se pueden sacar lecciones y buenas prácticas para revertir este fenómeno de descrédito general de la política.

Por otro lado, hubo consenso en la necesidad de abrir los Parlamentos a la ciudadanía que exige mayor participación y transparencia. La importancia de este

tipo de medidas se explica en que existe un alto desconocimiento de esta ciudadanía de las funciones de los Parlamentos y de las exigencias de la labor parlamentaria, dentro de las cuales está la de representatividad de sus electores.

Se insistió en la importancia del Parlamento para la democracia, por lo que su debilitamiento sería, por extensión, un debilitamiento de la democracia. Pero se advirtió que cerrarse a la demanda de mayor participación ciudadana sería un error, pues socavaría las bases de legitimidad del Parlamento. Por ello se insistió en la necesidad de aprovechar esta crisis como una oportunidad que permita construir Parlamentos más flexibles y acordes a las necesidades contemporáneas.

Se destacaron las iniciativas emprendidas en diversas latitudes para mejorar las exigencias de participación y transparencias, y los comentaristas chilenos hicieron énfasis en aquellas llevadas a cabo en Chile. No obstante, hubo consenso respecto a que estos esfuerzos serían insuficientes, pues no han logrado revertir la mala valoración de la política y de los parlamentarios.

Formaron parte del segundo panel “Participación, Legitimidad y Ciudadanía” la diputada Ivonne Passada, ex Presidenta de la Cámara de Diputados de Uruguay, miembro del Comité Ejecutivo de la Unión Inter-Parlamentaria Mundial; Marcela Ríos, Oficial del Programa Gobernabilidad del PNUD Chile; Camila Maturana, coordinadora del Observatorio Parlamentario; Alfredo Joignant, Cientista Político y académico de la Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad Diego Portales, y Sebastián Soto, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. El panel fue moderado por Alicia Gariazzo, consejera de la Academia Parlamentaria.

## **7. Paridad de género en el Parlamento: ¿una meta para 2072?**

Señaló la diputada Passada que la información aportada por Parlamentos y parlamentarios de todo el mundo para la elaboración del Informe del PNUD/UIP, contiene algunos datos relevantes. En materia de género, el promedio de los Parlamentos del mundo es de 80% hombres y 20% de mujeres. El cambio es muy lento y las proyecciones para alcanzar una paridad de 50% de cada género se extienden aproximadamente para 2072. Ello contrasta con la velocidad de la incorporación de la mujer a otras esferas de la vida social, económica y política.

Consigna Passada una importante brecha también en las expectativas: para los parlamentarios el eje de su labor es hacer leyes, mientras que para el elector es la resolución de sus problemas locales.

El desafío para diputados y senadores es apropiarse de la agenda nacional, preocupándose de la labor legislativa, pero haciéndose cargo también del lugar territorial que representa y las demandas ciudadanas que de allí provienen, junto a exigencias de resultados, transparencia e información. Asimismo, constata Passada, existen en el mundo 190 organizaciones ciudadanas que fiscalizan a más de 80 Parlamentos del mundo demandando información, transparencia y *accountability*.

Los Parlamentos han mitigado estas demandas a través de nuevas formas

de comunicación, como programas de radio y TV, invitaciones a sesiones abiertas a los ciudadanos, comisiones públicas, consultas ciudadanas, etcetera, facilitando el ejercicio de la ciudadanía para sus electores más allá del voto. Es imprescindible que los partidos políticos afinen sus radares para sintonizar con las agendas ciudadanas, comprendiendo las expectativas, asumiendo su rol intermediario entre lo nacional y también lo local, junto con canalizar las agendas de demandas populares.

La democracia se fortalece con un Congreso que tiene una presencia robusta y respetada a través de la participación, así como también con partidos políticos sólidos y legitimados ante la opinión pública. El Informe Parlamentario Mundial pretende ser un aporte y un apoyo para lograr esos objetivos ante una cambiante y vertiginosa ciudadanía en este siglo XXI.

### **8. Auditoría a la Democracia: asimetrías preocupantes en las funciones parlamentarias**

Marcela Ríos presentó un resumen de la investigación del PNUD-Chile y el Consorcio de Centros de Pensamiento, planteada como una auditoría a la situación de la democracia en Chile<sup>3</sup>, particularmente el capítulo referido al Congreso Nacional. Ateniéndose a las labores clásicas del Parlamento, Ríos ordenó sus principales conclusiones.

Respecto a la labor legislativa, señala las dificultades para ejercer en plenitud esta función debido a la debilidad de sus atribuciones comparadas con el Ejecutivo, redundando en una importante asimetría de liderazgo e iniciativa legislativa. Dentro del Congreso, Ríos consigna una mayor eficiencia en el Senado en cuanto a aprobación de proyectos, comparado con la Cámara de Diputados, así como una mayor productividad legislativa general del Congreso en los últimos 5 o 6 años. Así y todo, la investigación concluye que desde 1990 a la actualidad, el 71% de los proyectos aprobados corresponde a mensajes del Ejecutivo, mientras el 29% restante corresponde a mociones parlamentarias.

En cuanto a la labor de representación, el estudio de Marcela Ríos, consigna una importante brecha entre las preferencias electorales y su traducción a escaños parlamentarios debido al sistema electoral binominal, lo que también resiente la representación de minorías indígenas, mujeres y jóvenes. Añade Ríos que el Congreso y los partidos políticos son las dos instituciones peor evaluadas por la opinión pública, lo que coincide con las tendencias relevadas por el Informe del PNUD-UIP a nivel mundial. Incluso, en el caso de Chile, a nivel regional latinoamericano los niveles de aprobación del Congreso Nacional son menores al promedio.

La percepción de los ciudadanos en Chile es que el Congreso responde a intereses diferentes de los suyos. Los parlamentarios consideran que su labor principal es legislar. Los ciudadanos consideran que los congresistas debieran representar a todos los chilenos más que a los de su distrito o circunscripción. ¿A quién deben

<sup>3</sup> Mayor información sobre el Proyecto Auditoría a la Democracia puede ser consultada en [www.auditoriaalademocracia.org](http://www.auditoriaalademocracia.org).

representar los parlamentarios?, se pregunta Ríos.

En consecuencia el Congreso chileno tiene importantes desafíos para acortar la mencionada brecha con sus electores y ciudadanos:

- Aumentar la transparencia y la publicidad de su gestión
- Potenciar los espacios de influencia ciudadana en la deliberación parlamentaria
- Revisar los marcos regulatorios que dicen relación con la limitación de sus facultades y atribuciones
- Asumir el cuestionamiento respecto a la representatividad electoral
- Realizar un diagnóstico estratégico sobre orígenes y causas de las expectativas y demandas, de manera que sustente propuestas coherentes de reformas

### **9. Derechos Humanos: avances legislativos y reconocimientos pendientes**

Por su parte, el Observatorio Parlamentario –según señaló Camila Maturana– realiza desde 2006 el seguimiento a la actividad parlamentaria en lo concerniente al cumplimiento del país con los instrumentos internacionales relacionados con el respeto y la promoción de los derechos humanos y los compromisos internacionales del Estado chileno en materias de ciudadanía, no discriminación, participación ciudadana, etcétera.

Maturana hizo una relación de instrumentos internacionales que aún se encuentran en tramitación parlamentaria y constató avances a nivel legislativo sobre materias de especial relevancia para el Observatorio Parlamentario, como, entre otros, la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos y la legislación sobre no discriminación, consignando, eso sí, que faltan acciones afirmativas en el ejercicio de los derechos a proteger y recursos para su promoción y reparaciones asociadas.

El tema de la constitución de distintos tipos de familia, incluyendo las conformadas por parejas de un mismo sexo, también debe ser enfrentado por el Congreso, señala Maturana, en sintonía con lo expuesto por la Corte Interamericana de DDHH respecto a la no discriminación en esta materia (cita el caso de la jueza Karen Atala). Añade Maturana que se encuentran pendientes la tramitación de iniciativas conducentes a reparaciones en caso de violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Asimismo, critica la existencia del decreto ley de amnistía de 1978, así como una necesaria reforma a la justicia militar y la inequidad existente en el acceso de la mujer a cargos de elección popular.

Por último, subraya Maturana la necesidad de fortalecer el debate acerca de la participación eficaz de la ciudadanía en el debate público y legislativo sobre la universalidad de los derechos. Este cambio en la distribución del poder en la ciudadanía permitiría al Parlamento revertir la mala imagen ante la opinión pública.

¿Es reversible el desprestigio del Parlamento?

El cientista político Alfredo Joignant considera difíciles los tiempos que enfrenta la política respecto a los niveles de legitimidad en la ciudadanía. Al respecto, se hace dos preguntas: ¿Es reversible el desprestigio del Parlamento? ¿Pueden los

ciudadanos sostener un interés permanente en la política y los políticos?

Respecto a la primera pregunta entrega una respuesta afirmativa. Así lo demostraría por lo menos la experiencia de los Parlamentos de la Europa nórdica durante los años noventa. Sin embargo, Joignant advierte que se trató de procesos llevados a cabo en países con sistemas parlamentarios de gobierno y con ciudadanos altamente ilustrados y educados cívicamente.

En cuanto a la pregunta sobre cuánto pueden sostener los ciudadanos el interés por la política, su respuesta es negativa. Ello, debido a importantes cambios culturales y sociales. Hoy en día los políticos son profesionales de la política, viven por y para la política, en medio de un ambiente de fueros, privilegios, dietas, secretismos, lenguajes crípticos y codificados, etc., lo que los aleja del sentido común del ciudadano elector.

En Chile, deben añadirse a esto otros elementos que distancian al ciudadano de la política y sus instituciones:

- El sistema electoral binominal que concentra la competencia dentro de cada pacto y no entre los pactos

- La subrepresentación de mujeres y minorías indígenas

- Una distorsión de representación -sostiene Joignant- es que los parlamentarios no se presentan como representantes de la República, sino de la región o territorio electoral.

- La ciudadanía hoy en día está más y mejor informada, empoderada y exigente, situación que los parlamentarios no siempre avizoran ni ponderan

- Añade Joignant que, a su juicio, el sufragio universal estaría perdiendo energía legitimadora en los estados modernos, dada la multiplicación de organismos autónomos (cita por ejemplo los bancos centrales) que toman decisiones trascendentales para el país, sin legitimidad ciudadana.

Asimismo, se pregunta Joignant sobre la justificación de un sistema bicameral en Chile, dado el tamaño de su población y la elección de diputados y senadores por sufragio universal, sin distinciones. Por último, se refiere a los mecanismos de democracia directa o semidirecta y su aporte a solucionar demandas ciudadanas y fortalecer la gobernabilidad. Al respecto, señala que no hay evidencia empírica que permita responder. Sin embargo, plantea el desafío de la deliberación de la democracia a nivel de diálogos a gran escala nacional; cita como ejemplo los presupuestos participativos en Brasil y las encuestas deliberativas en Estados Unidos.

## **10. Iniciativas legislativas: reduciendo la brecha política-ciudadanos**

Sebastián Soto, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, destacó la sintonía existente entre las conclusiones del Informe del PNUD y la evaluación del Gobierno sobre la materia lo cual se traduce en una agenda de proyectos legislativos que se hacen cargo de algunos de los aspectos detectados por el Informe. Así, respecto de la rendición de cuentas, el Gobierno ha presentado el proyecto de probidad en

la función pública, transparencia y conflictos de interés. Respecto al nuevo rol de los partidos políticos, se refiere a la ley de partidos políticos que considera aumentar la transparencia y la participación al interior de cada colectividad. Respecto al fortalecimiento de la sociedad civil, Soto enumera la Inscripción automática y voto voluntario, la ley de primarias obligatorias, la ley que adelanta la fecha de las elecciones, el proyecto de elección de consejeros regionales (CORES) y el proyecto de plebiscitos comunales. En cuanto a la influencia de la ciudadanía en el debate legislativo, Soto consigna el proyecto que regula el lobby y la puesta en marcha de la ley sobre participación ciudadana.

Tomadas en conjunto, las intervenciones del panel abordaron desde diferentes perspectivas un fenómeno que el Informe PNUD/UIP deja de manifiesto y que dice relación con una profunda brecha entre los Parlamentos y los ciudadanos. Por un lado, hay un cuestionamiento desde la ciudadanía electora respecto del real papel del Congreso, si se debe a la legislación y a los intereses nacionales o debe priorizar las demandas de su electorado local. Por otra parte, se advierte una demanda creciente por transparencia e información, particularmente de organizaciones sociales que exigen *accountability* de sus autoridades electas. El empoderamiento ciudadano respecto al pleno ejercicio de sus derechos y su respaldo legislativo son parte de la nueva agenda ciudadana que los congresos debieran ponderar si desean revertir la mala imagen ante la opinión pública. Esta mala imagen es reversible, pero pasa por implementar educación cívica, diseminación horizontal de la deliberación y detección temprana de los intereses de una agenda ciudadana que hoy en día es activa, atenta, crítica y permanentemente conectada a través de redes sociales. Sin duda la ciudadanía actual es muy distinta de la de hace una década, y pareciera que no basta, solo con páginas web o canales de televisión. Es necesaria una reformulación de las instituciones de la democracia, que se haga cargo de las nuevas demandas no solo de bienestar económico sino de calidad de la democracia, en especial de sus instituciones fundantes, como los partidos políticos y el Congreso.

### **11. Transparencia e información pública en el Congreso Nacional: avances y temas pendientes**

En la mesa sobre Transparencia e Información Pública se evaluaron los avances del Congreso Nacional en esta materia, a la luz del Informe Parlamentario Mundial 2011. Participaron el Senador Hernán Larraín, presidente de la comisión de Ética y Transparencia del Senado y el Diputado Patricio Vallespín, presidente de la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados. Las presentaciones de ambos parlamentarios fueron sucedidas por los comentarios de miembros de organizaciones de la sociedad civil: Juan José Soto, gerente de la Fundación Ciudadano Inteligente; Moisés Sánchez, Director Ejecutivo de Fundación Pro Acceso; Marco Barraza, director del Instituto Alejandro Lipschutz, y José Francisco García, Coordinador de Políticas Públicas del Instituto Libertad y Desarrollo. La mesa fue moderada por Carlos Cámara, Coordinador de la Dirección de Comunicaciones de la Cámara de Diputados.

El Senador Larraín planteó que la democracia exige y necesita de un mayor interés ciudadano en las actividades parlamentarias. Para una democracia no debe bastar el gesto del Parlamento de aproximarse a la sociedad civil, sino que es en esta última donde también debe surgir un interés por conocer el rol parlamentario. En los últimos años ha aumentado efectivamente el involucramiento ciudadano en esta materia, lo que debe ir de la mano con una respuesta parlamentaria informativa sobre cuál es el rol del Parlamento y cuáles son las funciones que esta institución desempeña.

Aún así, el Parlamento no debe limitarse a informar, pues debe también recoger las demandas ciudadanas y legislar teniéndolas siempre en cuenta. Un Parlamento eficiente es también un Parlamento en el que se cumplen las funciones a la luz del día, con plena transparencia en su gestión. Si antiguamente el paradigma imperante era el de un soberano que excepcionalmente entregaba información a los ciudadanos, hoy, en cambio, toda la información debe ser entregada a la ciudadanía, salvo contados casos en los que la reserva de la información puede ser una necesidad. Sin embargo, en tales casos debe plantearse un argumento sólido que justifique tal actitud y un procedimiento claro y objetivo que no deje dudas. Lo que cambia, entonces, es la naturaleza de la acción y la representación política.

La transparencia debe ser activa, es decir, dirigida desde el Parlamento a la ciudadanía de forma continua y proactiva, pero también pasiva, pues existen requerimientos que obedecen a intereses particulares e individuales, que el Congreso Nacional debe entregar de manera oportuna, inteligible, didáctica y descentralizada. En este mismo sentido, las discusiones del Parlamento deben ser abiertas y participativas, de forma que la sociedad civil sepa lo que ocurre en el Congreso Nacional. Esto permitiría una mayor influencia pública en las tareas del Congreso.

Una idea importante en los últimos años ha sido la de la Iniciativa Popular de Ley. Existen algunos proyectos de ley que buscan concretar la existencia de esta institución, sin embargo, se plantea aquí un problema no menor: estas iniciativas corren el riesgo de ser inferiores en calidad que aquellas presentadas por los parlamentarios, que tienen mayor pericia en la elaboración de iniciativas de ley, y puede crearse un sentimiento de frustración en la sociedad civil si la mayor parte de las iniciativas no llegan a buen puerto por problemas en su elaboración.

## **12. Incrementar la “Rendición de Cuentas”: un desafío para el Congreso Nacional**

Otro aspecto relevante es que los Parlamentos deben dar cuenta de su gestión anual, tal como lo hace el Poder Ejecutivo. Si bien la tecnología ha ayudado mucho en esta materia, se deben dar pasos adicionales. No existe hoy una instancia de ese tipo, por lo que se debe legislar para crear esta figura de rendición de cuentas de la Cámara de Diputados y del Senado. También debiera exigirse por ley una rendición de cuentas de diputados y senadores en sus distritos o zonas.

También es necesario establecer un código de conducta parlamentaria al interior del Senado, que asegure un mayor nivel de transparencia de los patrimonios e intereses que puedan tener los parlamentarios. Hoy es absolutamente insuficiente la normativa en tal sentido y quedan muchos aspectos ambiguos que se deben superar. De conocerse con mayor detalle los patrimonios e intereses podrían surgir muchas inhabilidades. De igual manera, se debe crear un código de buenas prácticas que regule el trato y el lenguaje entre los parlamentarios. En esa misma línea, se debe asegurar el funcionamiento de las comisiones de ética y transparencia, que deben ser permanentes.

Un punto importante, también es la necesidad de mayor efectividad territorial. Actualmente, la relación de los parlamentarios con sus distritos o zonas depende exclusivamente de su propia voluntad. Hay que encontrar formas de vincular más a los parlamentarios con sus votantes directos, evitando, al mismo tiempo, que esa relación sea clientelista.

Otro tema es el de la permanencia del mandato parlamentario, complejo de abordar y que se debe analizar con mayor profundidad. Tratando de congeniar la experiencia parlamentaria con la renovación de la política, concluyó Larraín.

### **13. Código de “Buenas Prácticas”: avances en la Cámara de Diputados**

Es necesario abordar el problema de la ética y la transparencia desde una perspectiva práctica, es decir, teniendo en cuenta aquello que existe hoy como realidad, para proyectarla al futuro, resaltó el Diputado Patricio Vallespín. A diferencia del Senado, la Cámara de Diputados sí cuenta con un código de buenas prácticas, fruto de un largo debate que comenzó en 1994, entró en vigor en 1998 y que continúa hasta la fecha con importantes modificaciones. En 2004 se realizaron importantes cambios, que permitieron, entre otras cosas, invitar a otros parlamentarios a participar de la comisión. En 2010 se dio un paso importante al aprobarse la ley 20.447, que otorga facultades legales a la Comisión de Ética de la Cámara de Diputados. Esta ley también ha avanzado hasta sancionar, incluso, a los parlamentarios que incurren en conductas reñidas con la ética.

Existe conciencia de que hay que informar y transparentar, pero es importante ver qué se transparenta y cómo se hace.

Es necesario abordar algunos aspectos en los que se debe avanzar. Estos son:

• Facultad legal que permita la denuncia ciudadana de las faltas cometidas, siempre que existan fundamentos sólidos,

- mayor regulación del lobby,
- mayor uso y atención a las redes sociales y tecnologías de información,
- establecer procedimiento para dar cuenta de la gestión parlamentaria,
- mayor información de las labores de representación en los distritos,
- mejor coordinación con los grupos de monitoreo parlamentario,
- limitar la reelección es fundamental,

- controlar con mayor eficacia la asistencia de los parlamentarios a las comisiones de que son miembros.

Asimismo, existen ciertas metas que el Parlamento debe lograr en materia de ética y transparencia:

- Que la gente conozca la tarea del Parlamento,
- mayor control de los conflictos de intereses,
- mayor confianza de los electores en sus representantes,
- apego de los parlamentarios a una conducta modelo,
- mayor reconocimiento de una política moderna, eficiente y transparente.

#### **14. El Congreso Nacional visto desde la sociedad civil**

En Chile se ha producido una grave crisis de credibilidad, destacó inicialmente Juan José Soto, de Ciudadano Inteligente; crisis que se traduce en desconfianza no solo hacia los políticos y a la política, sino también a las personas. Las encuestas han mostrado sostenidamente una baja en la confianza de las personas respecto de las instituciones. De hecho, las encuestas muestran que la gente cree que ricos y políticos no cumplen con la ley. Estos son llamados de atención a la democracia, pues fundamento de esta es la confianza de las personas en las instituciones. La clase política debe prestar atención a este fenómeno. Esto tendría relación con los conflictos de intereses entre quienes se desempeñan en la política. Destacó que cerca del 49% de los intereses no están siendo declarados actualmente.

Por otra parte, existen avances importantes en transparentar las funciones del Congreso Nacional. La Biblioteca del Congreso Nacional aporta de forma relevante herramientas tecnológicas que conectan a la ciudadanía con el Parlamento. Asimismo, las transmisiones televisivas de Cámara y Senado son también una ayuda en ese sentido.

Sin embargo, surge una pregunta: ¿cómo el Congreso Nacional supera el desafío que le plantean las demandas ciudadanas? Es importante avanzar hacia el resguardo de la sociedad civil empoderada y una forma de hacerlo es a través del fortalecimiento de las ONG's.

No se mencionó, señala Juan José Soto, en las dos intervenciones de parlamentarios, el problema del financiamiento de los políticos. Este es un tema importante para recuperar la confianza en las instituciones. La clase política debe asumir esta problemática en conjunto con el Servicio Electoral, que debe ejercer de ente fiscalizador de financiamiento.

Consigna Moisés Sánchez, de Pro Acceso, la importancia de avanzar en materia de transparencia. Para ello es fundamental que no se mire de forma diferente al Parlamento respecto de otras instituciones del Estado, más allá de que efectivamente existen especificidades propias de cada organismo. Se debe recalcar que los avances en materia de transparencia realizados por una institución tienden a impactar sobre las demás, especialmente cuando es el Poder Ejecutivo el que comanda el proceso.

### **15. Estándares de transparencia: favorecer simetrías Ejecutivo - Legislativo y entre Congreso y ciudadanos**

Hay que abordar el problema de los estándares del proceso deliberativo. En ocasiones ciertos debates parlamentarios parecen estar demasiado cargados de secretismo y ahí aparece la pregunta: ¿Se debe aplicar en el Congreso el mismo estándar que en el Ejecutivo? La respuesta es positiva, pues se deben ir eliminando las barreras a la información sobre la labor que desempeña el Congreso Nacional.

Esta equiparación del Congreso Nacional con el Poder Ejecutivo en materia de transparencia debe realizarse, además, acorde con los estándares internacionales. Se deben estudiar bien cuáles son las características de lo que se ha llamado “gobierno abierto”, tal como se ha venido desarrollando en el mundo.

Por otra parte, es necesario indicar que cualquier cambio que se lleve a cabo en materia de transparencia, debe estar reflejado en cambios a la Constitución, de forma que se asegure desde ahí las distintas responsabilidades en esta materia.

Por cierto que se vive una crisis de legitimidad de los Parlamentos, que debe ser superada, en parte, por el acceso ciudadano al conocimiento de las labores parlamentarias y los intereses de los políticos, destacó inicialmente Marcos Barraza, del Instituto Alejandro Lipschutz. Sin embargo, mucho más importante es plantearnos la pregunta de ¿Qué democracia se está buscando? En Chile la institucionalidad es débil en materia de transparencia, pero además hay un problema político que se refleja en las pocas audiencias que se dan en el Congreso Nacional a los trabajadores y a la sociedad civil en general.

¿Tiene el Parlamento la capacidad de leer los conflictos sociales? Pareciera que no. La crisis de legitimidad parece fundarse en la práctica parlamentaria real y su distancia respecto de los intereses y anhelos de la ciudadanía. Por ello, es importante preguntarse ¿Para qué se discute sobre transparencia? ¿Para informar a la ciudadanía o para establecer una relación de simetría entre el Parlamento y los ciudadanos? Ciertamente, deben existir más canales, pero ¿Unidireccionales o bidireccionales?

Sostiene Barraza que son importantes las oficinas de monitoreo de la actividad parlamentaria y de los intereses que éstos puedan tener. Sin embargo, es importante que esas oficinas estén financiadas públicamente, porque es posible que ellas mismas estén respondiendo a determinados intereses, lo que, evidentemente, condicionaría su análisis.

El mayor desafío –comenta José Francisco García, del Instituto Libertad y Desarrollo– es la coordinación institucional. Hay bastante información disponible, pero no está organizada ni coordinada. Por ejemplo, el trabajo de la comisión de ética puede estar disociado de lo que ocurre en otras comisiones, impidiendo la existencia de una mirada sistémica sobre lo que ocurre realmente en el Congreso Nacional. En la medida en que se va generando una coordinación entre las Cámaras y entre las comisiones, se puede ir generando efectivamente una cultura de la transparencia.

El monitoreo de la sociedad civil es muy relevante, sin embargo se encuentra todavía en una etapa incipiente, y por ello se ha orientado fundamentalmente hacia fenómenos mediáticos. En ese sentido, se debe profundizar la mirada crítica hacia diferentes temas que muchas veces son relevantes pero pasan inadvertidos frente a los medios de comunicación.

Hay consenso en que la declaración de patrimonio es insuficiente. En ese sentido, hay que ampliar el escrutinio para conocer en detalle qué parlamentarios incurren en prácticas reñidas con la ética.

## **16. Avances en regulación del Lobby**

Respecto del lobby, es un tema importante y siempre debemos exigirles más a nuestras autoridades para abordar este problema. Sin embargo, también debemos destacar que Chile es uno de los diez países del mundo que más ha avanzado en la materia. Son muy pocos, los países que cuentan efectivamente con una regulación del lobby, y Chile es uno de ellos.

Por último, es importante avanzar en mayores niveles de transparencia no sólo en el Congreso Nacional, sino también al interior de los partidos políticos. De lo contrario, es poco probable que el Congreso Nacional alcance un estándar aceptable de transparencia.

La mesa “Transparencia e información pública. Avances en el Congreso Nacional a la luz del Informe Parlamentario Mundial” abordó desde dos perspectivas los problemas de la transparencia en las instituciones públicas, especialmente en el Congreso Nacional, y la crisis de legitimidad que afecta a la relación entre las instituciones y la sociedad civil. Estas dos miradas fueron la parlamentaria y la de la propia sociedad civil.

En general, existió consenso en la mesa respecto a que el Congreso Nacional no ha hecho lo suficiente en materia de la transparencia. Asimismo, sobre todo desde la visión parlamentaria, se insistió en la necesidad de aumentar la rigurosidad de la información sobre los patrimonios personales de los parlamentarios y los intereses que pudiesen crear conflictos en el ejercicio de su cargo.

La transparencia, sin embargo, no es un mero asunto de información que se entrega a la sociedad civil, sino que el Parlamento también debe hacerse cargo de los cambios sociales que han ido conformando una ciudadanía con mayores demandas hacia sus autoridades. Demandas por conocer la labor de los parlamentarios, sus patrimonios e intereses, pero también por saber cómo son representados los intereses de la propia sociedad civil en el cargo de representación parlamentaria. En ese sentido, se valora la importante tarea que desempeñan los centros de estudio y monitoreo de la actividad parlamentaria, actividad que, sin embargo, también necesita perfeccionarse para no contribuir, con la tentación de lo mediático, a aumentar la crisis de legitimidad de la política.

Existe consenso también en que se ha avanzado en los últimos años en crear una institucionalidad al interior del Congreso Nacional, especialmente en la Cámara de Diputados. Asimismo, los medios de comunicación parlamentarios, en Televisión e Internet, han sido un paso importante para aumentar los niveles de transparencia. Uno de sus aportes más importantes ha sido la visualización de la actividad parlamentaria, de forma que las discusiones al interior del Congreso en gran medida han dejado de ser secretas. Sin embargo, aún permanece una mirada unidireccional respecto a la relación entre Parlamento y ciudadanía, que hace que estos canales sean informativos pero poco participativos.

### **17. Una mirada histórica a los nuevos desafíos de la representación política**

El último panel del Seminario recogió diversas experiencias de comunicación institucional establecidas por Parlamentos del mundo. El panel fue moderado por el Sr. Juan Veglia, jefe de comunicaciones institucionales de la Cámara de Diputados, y contó con los siguientes ponentes: Sr. Armando Cartes, Decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián; Sra. Adriana Muñoz, H. Diputada y ex presidenta de la Cámara de Diputados de Chile, Presidenta del Consejo Directivo de la Academia Parlamentaria; Sra. Georgina Pattinson, Directora Adjunta BBC Parliament y Editora de BBC Democracy Live (Gran Bretaña), y el Sr. Francisco Sant'Anna, Analista legislativo y conductor TV Senado (Brasil).

El Panel se inició con la intervención del Sr. Armando Cartes, abogado e historiador, quien planteó una mirada histórica al desarrollo de la práctica de la representación, sosteniendo que la representación puede ser vista como una ficción, que requiere para funcionar de un acto de confianza. Ello implica, sostuvo, la existencia de tres prerequisites que permiten el funcionamiento de la representación. En primer lugar, una identidad política que remite a la presencia de una nación, una cultura y un proyecto de país. En segundo lugar, una población educada e instruida que haya desarrollado virtudes republicanas. Por último, la existencia de un acuerdo o consenso sobre un sistema de gobierno; si es monarquía o república o si se organiza en términos federales o unitarios.

En los inicios de la vida nacional independiente, en el siglo XIX, no existía nada de eso; había tres provincias con identidades culturales, políticas y vocaciones productivas distintas. Ese siglo fue el de la construcción de prerequisites: se conforma una nación, se forma a la población para infundir las virtudes republicanas y se consolida un sistema de gobierno.

Esos tres objetivos estuvieron presentes desde un comienzo. Así, se buscó tener una nación a partir de prácticas uniformizantes; se pretendió crear un “pueblo virtuoso” para una república, pero que no fue democrática (inicialmente, regía el voto censitario) sino de manera muy gradual, y se estableció un sistema de gobierno representativo y eficaz. Durante el siglo XX esos prerequisites se consolidan y se va ampliando su alcance, a través, por ejemplo, de la ampliación de la base electoral o

el aumento de los asuntos que se considera deben ser responsabilidad del Estado.

Actualmente existe una crítica a la “historia oficial”, basada en un paradigma de progreso lineal, lo que también impacta la valoración de la política. En ese sentido, la idea de homogeneidad, de construir una nación con criterios uniformizantes es hoy día visto como un desvalor, ya que oculta o anula la diversidad del país. En cuanto al régimen político, este es cuestionado, y el sistema democrático existente no satisface, por lo que se pide una Asamblea Constituyente. En este punto, el ponente plantea una nota de cautela en tanto entiende que este pedido remite a una creencia en el poder de la ley para cambiar la realidad social que es propia del positivismo jurídico chileno, respecto del cual se muestra escéptico. Finalmente, también el pueblo cambió mucho en términos sociológicos ya que es pragmático, consumista y también menos “manso” en cuanto a manifestarse solo cuando se lo convoca. Es más proclive, por tanto, a implementar elementos de “contrademocracia”<sup>4</sup>.

Todo ello lo lleva a reflexionar que se requieren cambios en la política porque estos se dan y se han dado en la sociedad. La política, es solo una parte de esas transformaciones sociales. Lo que necesitamos, concluye, es ciudadanos para el siglo XXI, porque ello es esencial para el futuro de nuestra democracia.

En su intervención, la H. Diputada Adriana Muñoz comienza recordando que desde el año 2002, cuando le correspondió ejercer la Presidencia de la Cámara de Diputados, se inició un proceso orientado a hacerse cargo de entablar una vinculación más intensa y flexible con la ciudadanía. El propósito, por tanto, era responder a una situación de desencuentro entre las instituciones de representación, los Parlamentos y los ciudadanos, lo que por cierto no es un tema exclusivo de Chile sino que tiene carácter mundial.

Existe una mala imagen de los Parlamentos y eso es grave para un país, porque se inicia así un proceso de debilitamiento de las instituciones de la República. Esta situación obedece, por una parte, a errores de los propios parlamentarios, aunque por otra parte responde a que los Parlamentos no cuentan con herramientas para transmitir lo que se hace en ellos. En el inicio del proceso antes señalado, se constató precisamente que no se ha podido comunicar a la ciudadanía la labor del Congreso y de los parlamentarios.

Por tanto, el contexto en que se desarrolló el proceso constaba de una serie de elementos destacados:

- poca valoración ciudadana del aporte del Parlamento
- nuevas y más exigentes demandas de los ciudadanos a las instituciones
- irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y, más recientemente, de las “redes sociales”

---

<sup>4</sup> Nota: Cartes hace referencia a una noción acuñada por el cientista social francés Pierre Rosanvallon para referirse a las prácticas de control, obstrucción y enjuiciamiento efectuadas por la sociedad que ejerce su poder de corrección y de presión sobre los regímenes políticos democráticos. Ver: Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007.

### **18. Aporte de las TIC a la comunicación parlamentaria: reduciendo la brecha con los ciudadanos**

Se decidió recurrir a las TIC para transmitir lo que se hace en el Congreso, en particular en la Cámara de Diputados, en materia de labor legislativa y de desempeño de las restantes funciones parlamentarias, pero también para mostrar el trabajo de los diputados en terreno durante las semanas distritales. De esa manera, la Cámara de Diputados adopta un conjunto de decisiones orientadas a desarrollar iniciativas de transparencia, comunicación institucional y vinculación del Parlamento con la ciudadanía y las distintas organizaciones de la sociedad civil. Entre ellas, destacan:

- incorpora plataformas de medios institucionales (diario digital, TV, radio on line)
- servicios de información y consulta ciudadana, inicialmente vía teléfono y hoy día a través de e-mail
- programas de extensión y acercamiento a la juventud y los estudiantes (el Parlamento juvenil, exposición itinerante, concursos escolares)
- creación de la Academia Parlamentaria (2008) y su revista Hemiciclo, como forma de transmitir a la sociedad que en el Parlamento también se genera conocimiento, se establece contacto estrecho con los expertos y, a través de las audiencias parlamentarias, con la ciudadanía y las organizaciones sociales
- Comité de Ética y Transparencia: sus propósitos son hacer accesible la información pública, prevenir los conflictos de interés y regir la conducta de los parlamentarios con parámetros de probidad.

Reconoce la H. Diputada Muñoz que realizar cambios en las estructuras y organizaciones humanas es una tarea compleja y difícil, que requiere de la disposición y colaboración de las personas involucradas. Además, se torna más dificultoso si no se tiene para ello un plan de desarrollo estratégico de la organización. Para elaborar este plan se contó con una asesoría externa y, posteriormente, se dio un debate al interior de la institución.

Como resultado de ese proceso, se decidió pasar de una Oficina de Relaciones Públicas a una Dirección de Comunicaciones. El objetivo era integrar esta dirección a la gestión estratégica de las relaciones con el entorno, es decir, con la ciudadanía. A largo plazo, se buscaba crear un entorno favorable y mejorar el vínculo con ciudadanos “empoderados”, y no sólo mejorar la imagen de la institución. Hasta 2010, este plan de cambio de las comunicaciones institucionales contó con un Comité Permanente, integrado por funcionarios y parlamentarios, encargado del diseño y conducción estratégica de la dirección.

A juicio de la H. Diputada Muñoz, la desactivación de este cuerpo colegiado encargado de la mirada estratégica constituye un déficit significativo que debiera ser remediado, volviendo a establecer dicho comité permanente o una instancia semejante. Al día de hoy, la conducción del tema comunicacional recae en los funcionarios, ya que los parlamentarios se han restado de participar en aquel cuerpo colegiado.

Concluye señalando, una vez más, que no es fácil que se entienda qué es el trabajo parlamentario, por lo que se requiere explicarlo mejor a la ciudadanía. En ese sentido, apunta a la importancia de transmitir *on line* los trabajos de comisiones, transparentando el “verdadero” debate a fondo que ocurre en esos espacios de trabajo parlamentario.

En su exposición, Georgina Pattinson indica que la señal parlamentaria de la BBC, BBC Parliament, fue creada en 1992 como un canal de cable, The Parliamentary Channel, y adquirió su actual denominación tras ser adquirido por la cadena pública BBC en 1998. Por su parte, a partir de 2009, se creó el portal *BBC Democracy Live*<sup>5</sup>, que transmite información relacionada con la actividad parlamentaria a través de Internet. La señora Pattinson es editora de ese portal, a través del cual se pueden seguir en formato video las sesiones de los diferentes órganos parlamentarios del Reino Unido.

### **19. Cobertura en vivo y sin edición: ¿qué información buscan las audiencias de los medios parlamentarios?**

En su carácter de Directora Adjunta de la señal parlamentaria, plantea que los televidentes esperan que BBC Parliament les entregue una cobertura en vivo y no mediada, y programas sobre temas trascendentes, con el propósito de interpretar por sí mismos los sucesos. Es conciente de que este canal cuenta con un “núcleo duro” de espectadores interesados en los asuntos políticos y parlamentarios, si bien en momentos clave esa audiencia tiende a masificarse. En todo caso, la señal cuenta con una audiencia creciente, de tal forma que en 2009-2010 alcanzó una cobertura semanal de un 1% de la población y en 2010-2011 el canal alcanzó a 1,4% de los adultos. Cada mes, BBC Parliament tiene 1,8 millones de televidentes en Gran Bretaña.

Se trata de una señal parlamentaria pero, editorialmente, es independiente del Parlamento en tanto institución. Los requerimientos centrales que debe cumplir dicen relación con:

- apoyar y dar cabida a la ciudadanía y la sociedad civil,
- reflejar a Gran Bretaña, sus naciones, sus regiones y sus comunidades,
- conectar a Gran Bretaña con el mundo y viceversa,
- promover la educación y el aprendizaje,
- reflejar las comunicaciones emergentes.

Por su parte, desde 2009 existe en Internet el portal *BBC Democracy Live*, que da cobertura al acontecer parlamentario en la Cámara de los Comunes y en la Cámara de los Loes. Además, cubre lo que sucede en los Parlamentos regionales, en Escocia, Irlanda del Norte, Gales, e incluso en la asamblea de Londres, como también en el Parlamento Europeo y, excepcionalmente, en la Comisión Europea.

En este sitio se suben videos que están permanentemente disponibles

<sup>5</sup> <http://news.bbc.co.uk/democracylive/hi/>.

y pueden ser buscados a través de palabras-clave (key words). Siempre que esas palabras hayan sido pronunciadas en debates parlamentarios, en los foros que son cubiertos por los servicios informativos del portal, el programa de búsqueda dará con el video. De esa forma, es posible que los usuarios vean lo que les interesa (*search, find & watch*), ya que van directamente a la parte del video en que se están utilizando los términos de búsqueda ingresados.

Además, el portal cuenta con información relativa a las distintas instituciones que cubre artículos de opinión e información sobre los parlamentarios. En ese sentido, es posible encontrar al parlamentario de la circunscripción buscando su nombre, el nombre del lugar o el código postal completo de la zona.

BBC *Democracy Live* es usado por un promedio de 60 mil usuarios británicos a la semana, y ha tenido *peaks* de cerca de 160 mil usuarios para grandes eventos. Por ejemplo, con ocasión de la discusión del Presupuesto 2012, la cobertura en vivo del sitio recibió 1,4 millones de visitas el día en que fue publicado.

En cuanto al impacto masivo de la señal parlamentaria, señaló que en el caso de las denominadas “*urgent questions*” (preguntas urgentes), en que el gobierno debe comparecer contra su voluntad en la Cámara de los Comunes para dar a conocer su posición sobre un asunto, la cobertura de BBC *Parliament* es posteriormente “levantada” por los medios nacionales. De esa forma, tiene una incidencia en la agenda noticiosa del día a nivel de medios de comunicación de alcance masivo.

Por lo demás, el canal parlamentario está trabajando en la incorporación de las nuevas tecnologías para estar bien posicionado en las redes sociales. Así, tiene su propia cuenta de Twitter, y se está desarrollando la idea de una cobertura que esté disponible para los Tablets y que incorpore “*linked data*”, relacionando información a la que se puede acceder a partir de la presentación que hace la propia señal.

En definitiva, estas herramientas de comunicación parlamentaria se orientan a explicar a la gente qué está ocurriendo en las instituciones que nos gobiernan, sostiene la Sra. Pattinson, y eso fortalece la democracia.

## 20. Medios parlamentarios: de la transparencia a la participación ciudadana

El Sr. Francisco Sant’Anna, de TV Senado de Brasil, planteó su exposición como un recorrido a la comunicación parlamentaria, especialmente su relación con los medios, bajo el título “Medios parlamentarios: de la transparencia a la democracia participativa”<sup>6</sup>. En un primer momento, hizo referencias a experiencias históricas internacionales que muestran el carácter cerrado y poco transparente que, tradicionalmente, ha tenido la labor parlamentaria. Posteriormente, centró su atención en presentar una evolución de los canales parlamentarios, en especial TV Senado en Brasil y compartió algunas ideas respecto a desarrollos futuros que podrían ponerse al servicio de una democracia con mayor participación ciudadana.

En el comienzo de su intervención, recordó que desde fines del siglo XVIII y

<sup>6</sup> El artículo que sirvió de base a esta ponencia se incluye en la presente edición de Hemiciclo (p. 173).

en el siglo XIX los Parlamentos eran “cajas herméticas” y la prensa no podía cubrir el trabajo parlamentario. Para ello, recurrió como ejemplo a dos países considerados como democracias sólidas: Gran Bretaña y Francia, mostrando una evolución histórica de la relación Parlamento-prensa que, hasta fechas recientes, ha hecho poco transparente lo que ocurre al interior de las instituciones de representación política.

En el caso de Gran Bretaña, entre 1738 y 1971 existió una prohibición legal de realizar relatos en la prensa sobre los debates parlamentarios, considerándose que ello era un privilegio de los propios parlamentarios. Asimismo, en ese país se creó la idea de “acreditación” de periodistas y reporteros para trabajar en el Parlamento, los que eran confinados a espacios predeterminados. Entre 1944 y 1957, a la BBC se le prohibió grabar audio o filmar lo que ocurría en el Palacio de Westminster (sede de los Comunes), o incluso comentarlo. Sólo en 1978 se autorizó a las radios a transmitir los trabajos parlamentarios, y en 1989 se hizo lo propio respecto de la televisión.

Por su parte, en Francia hasta hoy día las cámaras de televisión no pueden entrar al pleno de la Asamblea Nacional, y la actuación de los periodistas de TV está limitada a una sala que se conoce como “*quatre colonnes*”. Hasta 1969, los diputados franceses tenían legalmente reconocido el derecho de verificar, previamente, los contenidos de los programas televisivos. Recién en 1999 se presentó un proyecto de ley que propuso crear la señal parlamentaria LCP/AN. De una forma u otra, por tanto, el Parlamento y los parlamentarios mantienen control respecto a su labor, los ángulos que se utilizan, los planos que se privilegian, etc. En 2005, por primera vez se transmitió en vivo el trabajo de una comisión parlamentaria de investigación.

En Brasil, durante la dictadura militar (1964-1984) se respetaba la transmisión del programa A Voz do Brasil, de 30 minutos de duración, que emitía el Parlamento. Sus transmisiones no estaban sujetas a la censura de la dictadura, ya que se entendía como un derecho del Parlamento. Entre 1986 y 1988, cuando se desarrolló la Asamblea Constituyente, se implementó la producción y circulación de boletines en la radio y la TV. Esos boletines sobre lo que estaba ocurriendo en la Constituyente eran emitidos en cadena nacional, con una duración de 10 minutos al día, por todos los canales del país. De esa forma, afirmó el Sr. Sant’Anna, se buscaba romper con el monopolio tradicional de los medios, con los canales privados del país en manos de pocas “grandes familias”, que no daban cobertura al trabajo de elaboración de la nueva Constitución.

A la luz de esa experiencia, en la etapa post-constituyente, distintos grupos de la sociedad civil se organizaron para saber qué hacía el Parlamento. Por tanto, la creación de un canal parlamentario fue, en el caso de Brasil, una iniciativa de la sociedad y no del propio Congreso. De hecho, destacó el Sr. Sant’Anna, los parlamentarios de las “oligarquías tradicionales” —que tenían acceso a los canales privados, o eran propietarios de estos— no querían la creación del canal parlamentario. Por su parte, recordaba el expositor, la prensa tradicional se movió para obstaculizar la creación del canal y la contratación de periodistas, llegando incluso a insinuar que quienes

participaran en el canal parlamentario quedarían excluidos de la posibilidad de desarrollar su profesión en los canales privados.

No obstante lo anterior, continuó el Sr. Sant'Anna, en 1989 se realizó el primer concurso público de selección de periodistas para el Senado. En 1994 se creó la Central de Video que, dos años después, se transformó en TV Senado<sup>7</sup>. Se continuó en la lógica de la Central de Video, es decir, con la idea de crear agencias de noticias que entregan material sobre el quehacer parlamentario a medios de comunicación pequeños en todo el país. La TV Senado cuenta actualmente con tres agencias: prensa escrita, radio y fotoperiodismo; además, está en preparación una agencia de video-reportajes para la TV y para descargar vía Internet. Asimismo, cada una de las tres agencias está presente en las "redes sociales" a través de un Blog, un Facebook, un Twitter y un Orkut (un sitio de "redes sociales" de Google, muy utilizado en Brasil, con características similares a Facebook).

La estructura mediática actual de TV Senado cuenta con un número significativo, distribuido por el territorio nacional, de radios FM que, además, pueden ser captadas por vía satelital y en la web. En materia de televisión, cuenta con señal de TV por cable, satelital analógica y digital, y señal abierta en distintas ciudades del país. Debe destacarse que TV Senado, según señaló el Sr. Sant'Anna, debe estar de manera obligatoria -por ley- en los paquetes de canales de los proveedores de TV cable y satelital.

Se está implementando de manera experimental en ciertas ciudades, la multiprogramación que permite la transmisión simultánea de 4 programas. En ocasiones, esto se hace de manera compartida con las TV parlamentarias que se han creado a nivel estadual (Parlamentos de los Estados miembros de la Federación) y a nivel local (transmiten el trabajo legislativo en los concejos municipales). Finalmente, TV Senado está también disponible en la web, con la posibilidad de acceder, simultáneamente, a 8 opciones de contenido.

El Sr. Sant'Anna señala que existen diversos datos que indican que la existencia de este "medio parlamentario" ha tenido un impacto positivo en el trabajo de los parlamentarios, que ahora son vistos a través de la TV. Resulta además importante para la transparencia y la *accountability*, aunque en ocasiones los canales parlamentarios (por ejemplo, en los niveles estadual y municipal) se han convertido en herramientas usadas para las "relaciones públicas", pensando en mejorar la imagen de la institución parlamentaria. En otros casos, incluso, se le ha dado una finalidad de marketing político o se ha buscado darles una mirada acrítica o neutra sobre lo que ocurre en el Parlamento.

## **21. ¿Mejorar la imagen del Congreso o construir ciudadanía?**

En TV Senado, dice el expositor, el propósito ha sido construir ciudadanía y dar transparencia a la labor parlamentaria para los ciudadanos. La cultura periodística

<sup>7</sup> <http://www.senado.gov.br/noticias/TV/>.

inicial que impera en este canal se ha mantenido firme en la idea de transmitir también cuando ocurren situaciones “difíciles” para los parlamentarios. Como complementó abordando una pregunta de los asistentes, la lógica de TV Senado no es plantear asuntos que ocurren fuera del Parlamento -aunque involucren a parlamentarios- y reportear su impacto parlamentario, sino que abordar todo asunto que ocurra dentro del Parlamento y ponerlo en conocimiento de la sociedad. Por último, señala que esta cultura periodística se ha traspasado a nuevas iniciativas de medios de comunicación de instituciones públicas, en particular la nueva señal de TV que ha creado el Poder Judicial (llamada TV Justicia).

Finalmente, el Sr. Sant’Anna plantea como gran desafío para TV Senado abordar los problemas asociados al paso de la tecnología analógica a la digital, y el impacto social y político que ello puede tener en términos de ciudadanía y participación. Constata que el 94,5% de los aparatos de TV y 40 millones de antenas parabólicas en Brasil son analógicas. En esas condiciones, existe un riesgo de “*apartheid*” tecnológico que puede tener un fuerte impacto negativo en el desarrollo de una democracia participativa. De hecho, se calcula que el “apagón” tecnológico, cuando se concrete, dejaría a cerca de 22 millones de hogares excluidos del acceso a la televisión, y llevaría al fin de la operación de las pequeñas retransmisoras locales.

Sin embargo, también hace referencia a importantes oportunidades que puede generar la TV digital, que utilizará la tecnología denominada nipo-brasileña, para contar con herramientas que fomenten, efectivamente, una democracia participativa. Este sistema, que cuenta con un programa informático denominado ginga, permitirá que el espectador interactúe en tiempo real con la emisora difusora de contenido. Si bien fue pensado esencialmente para fomentar el comercio y el consumo —afirma el Sr. Sant’Anna—, este sistema permitirá grandes avances en la relación entre el ciudadano y el Parlamento. En efecto, entiende que el cambio de analógico a digital permite no sólo mayor transmisión de datos e informaciones, sino el recurso a la multiprogramación que se hace más “personalizada”. También otorga una mayor posibilidad de interactividad, que puede ser usada para la democracia participativa, o permite realizar encuestas de opinión pública en tiempo real.

## **22. TV Digital: caminando hacia la Democracia**

El Sr. Sant’Anna sugiere que sería posible pensar en un voto electrónico simultáneo de los espectadores/ciudadanos, mediante su control remoto, sobre los temas que están siendo votados en el Parlamento por sus representantes políticos. Ello permitiría, hacer una crítica en tiempo real y difundirla, lo que implicaría mecanismos efectivos de control de la labor de los parlamentarios. No desconoce, sostiene que debe ser evitado que este sistema se ponga al servicio de un “*reality show* político”, pero destaca que la interactividad tiene el potencial de hacer posible una mayor interacción, el establecimiento de relaciones más recíprocas o bidireccionales entre el Parlamento y la ciudadanía.

A lo largo de las intervenciones de los distintos ponentes, se pueden encontrar ciertos puntos de interés destacados, esto es, ciertos tópicos que cruzan transversalmente el panel. De manera sintética se puede señalar:

- la existencia de una tradición de trabajo parlamentario hermética y poco centrada en la transparencia, que se ve confrontada por los cambios sociales y tecnológicos
- la consolidación de una ciudadanía más “empoderada” y exigente, que requiere nuevas prácticas de comunicación de los Parlamentos
- la importancia de pensar de manera estratégica una política de comunicación institucional y, en ese marco, de creación de medios parlamentarios de comunicación
  - el aporte de los medios audiovisuales, en particular de las nuevas tecnologías (TIC), para permitir una cobertura más flexible, permanente y atractiva para los potenciales espectadores/ciudadanos
  - la disyuntiva de crear medios parlamentarios orientados con una lógica de relaciones públicas, de mejora de la imagen institucional o guiados por una lógica de respuesta a demandas de transparencia y *accountability* por parte de la ciudadanía
  - el desafío de aprovechar las posibilidades tecnológicas para fortalecer la labor representativa y mejorar también las dimensiones participativas de los sistemas democráticos.

# XI

## Medios de comunicación parlamentarios: de la transparencia a la participación popular interactiva\*

Francisco Sant'Anna\*\*

### 1. Introducción

Prender la radio o la televisión y seguir el noticiero político transmitido directamente del parlamento es hoy un acto banal. En muchos casos, los propios poderes legislativos en todo el mundo crearon estructuras informativas, agencias de noticias, emisoras de radio y de TV. Esta realidad es históricamente reciente. En países tradicionalmente considerados ejemplo de democracia, como Inglaterra y Francia, la mera presencia de un periodista cubriendo las actividades parlamentarias estaba prohibida hasta hace muy poco tiempo.

En el Reino Unido y en Francia, entre fines del siglo XVIII y la primera mitad del XIX, justamente cuando la prensa empieza a consolidarse, los parlamentarios empezaron a preguntarse sobre la posibilidad e inclusión del derecho de la prensa a relatar los debates legislativos (LE TORREC, 2005: 184).

---

\* Este artículo fue redactado para ser presentado en el Seminario Internacional sobre Comunicación y Representación Parlamentaria, realizado en Santiago de Chile, el 8/10/2012. En una iniciativa de la Cámara de Diputados y del Senado de Chile, juntamente con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD.

\*\* Francisco Sant'Anna Periodista y documentalista en la TV Senado del Brasil es PhD en Ciencias de la Información y Comunicación, por la Universidad de Rennes 1, en Francia, con una tesis sobre Comunicación Legislativa. Tiene un Pos Grado en Comunicación, por la Universidad de Brasilia, con tesis sobre la Prensa y la Integración Sudamericana. Es autor de: "Mídia das Fontes: um novo ator no cenário jornalístico brasileiro. Um olhar sobre a ação midiática do Senado Federal". (Brasília, Edições Técnicas Senado Federal, 2009); y de "Mídia das Fontes, O difusor do jornalismo corporativo" (Brasília, Casa das Musas, 2005) y coordinó la publicación: "Mulher e Imprensa na América Latina" (Brasília, UNESCO/SJP-DF, 2002). E-mail: chicosantanna@hotmail.com.

Si en Inglaterra, desde 1720 los políticos ya eran materia de chistes y caricaturas, muchas de ellas vendidas sueltas (BAKER, 2007:20), la misma libertad no existía para los periodistas. Entre sí, los parlamentarios se preguntaban incluso si debieran realizar algún tipo de rendición de cuentas a la sociedad. Prevalecía el punto de vista de que bastaba que sus pares tuvieran conocimiento de sus deliberaciones y de las posiciones adoptadas por ellos (REID, 2000: 123). Los periodistas no tenían acceso a la plenaria, ni siquiera el derecho a un banco para la prensa. Podían acompañar las sesiones desde las galerías destinadas al público en general, pero estaban impedidos de tomar notas sobre lo ocurrido.

En 1738, una legislación prohibió la publicación de materias que relataran los debates parlamentarios ingleses. La justificación era que la cobertura representaba un elemento de *breach of privilege*, una ruptura de los privilegios y de la soberanía de los legisladores. Increíblemente, esa legislación solo se revocó en 1971, más de 200 años después (Judge, 1993).

Para esbozarla, algunos profesionales de la prensa escribían sus textos como si estuvieran hablando de un país imaginario, técnica similar a la utilizada por la prensa durante la dictadura militar cuando prevalecía la censura previa. Si en el Brasil de la dictadura militar, Pindorama era la denominación empleada para criticar a los poderosos sin citar el verdadero nombre del país, en las tierras victorianas los periodistas escribían sobre un supuesto parlamento de Lilliput, la nación descrita en los cuentos de los Viajes de Gulliver (CHALABY, 1998). La creatividad periodística no fue suficiente para librar a los profesionales de los rigores de la ley y se registraron varios casos de prisión. A fines del siglo XVIII, la falta de respeto a esas reglas pasó a ser más tolerada, pero los profesionales de la prensa aún estaban sujetos a procesos judiciales por parte de los parlamentarios. Aún así, durante los procesos de votación, las galerías eran desocupadas para que no hubiera riesgo de que algún reportero relatará cómo este o aquel legislador habían votado.

Además de las restricciones de contenido, profesionales de los dos países citados pasaron a convivir, a contar de la segunda mitad del siglo XIX, con restricciones de acceso a determinados espacios físicos del Parlamento. En la mayoría de los casos, los reporteros previamente identificados y acreditados para la cobertura parlamentaria eran confinados como animales a corrales –pequeños espacios delimitados por cercas o cuerdas- o a corredores por donde pasaban los representantes del pueblo, limitando su capacidad de acercarse a las fuentes.

Esta práctica de previa acreditación y de limitación del espacio físico para el ejercicio profesional generó incluso categorías profesionales en el periodismo. En Inglaterra, los profesionales más importantes eran clasificados de *Lobby correspondents* y tenían acceso libre a los principales espacios, incluso el derecho de frecuentar los corredores y salas reservadas a los miembros de la Cámara de los Comunes. En un segundo plano, los *parliamentary reporters*, que debían restringirse a la cobertura de los trabajos de plenaria. (Le Torrec, 2005: 195-196).

En Francia, la Cámara Baja restringió las grabaciones a los corredores y halls de su edificio, en especial a la sala denominada *Quatre Colonnes*. Aun hoy día, la prensa televisiva no tiene acceso al *demi-cercle*, la plenaria, y debe restringirse a una

antesala decorada por las cuatro columnas; por eso, los profesionales que allí actúan reciben denominaciones alusivas a las columnas.

Además, hasta 1969, los diputados franceses tenían, por ley, el derecho de supervisar previamente el contenido de los programas que serían televisados. Así, la prensa audiovisual permaneció sometida a reglas más restrictivas que las que regían a la prensa escrita. Y es importante tener en consideración que en los dos países estos medios de comunicación nacieron de la mano del Estado, por medio de la BBC y de la Radio y TV Francesa. El hecho de ser estatal no facilitó la relación. La BBC tuvo incluso que luchar por un acuerdo que le concedía la autonomía de seleccionar libremente a los parlamentarios que deseaba entrevistar (Briggs, 1979: 1033). De 1944 a 1957, la BBC tuvo prohibición de grabar el audio y filmar las imágenes de los hechos ocurridos en el Palacio de Westminster e incluso documentarlos. (PAULU, 1981: 207). Aunque en 1959 la presencia de cámaras de televisión cubriendo las sesiones parlamentarias fue reivindicada por diputados británicos como una forma de retirarlas de la obscuridad en la que eran realizadas<sup>1</sup>, las restricciones inglesas, de mayor o menor grado, permanecieron hasta 1978, cuando las emisoras de radio fueron autorizadas a transmitir los trabajos parlamentarios. En 1989, la televisión ganó igual libertad (FRANKLIN, 1992).

Los políticos, contrarios a la presencia de los medios de comunicación audiovisual, justificaban sus decisiones por considerarse la radio y la TV un instrumento de entretención, de diversión. Por ende, la dignidad, la soberanía y el debate racional del legislativo no podrían prestarse a ser contenidos de espectáculos. Además, existía el riesgo de que los medios de comunicación interfirieran en los procedimientos parlamentarios, lo que era considerado altamente nocivo (Le Torrec, 2005: 199).

Solo a mediados de la década de 1990, diversos parlamentos europeos toman la iniciativa de crear canales legislativos, la mayoría valiéndose de las disponibilidades técnicas proporcionadas por las redes de difusión por cable, por los satélites y por Internet. En el caso francés, después de diversas experiencias, en 1999 un proyecto de ley propuso la creación efectiva de un canal parlamentario. Pero, pese a que el informe del proyecto (Mathus, 2007) incluyera una cita de Robespierre, en la que el revolucionario francés afirma que la democracia solo será plenamente realizada el día en que los ciudadanos puedan ver los trabajos de sus representantes en el parlamento, en la tierra del iluminismo, la primera transmisión en vivo de una comisión parlamentaria de investigación solo vino a ocurrir el año 2005; y aún así generó bastante polémica entre ciudadanos y parlamentarios. La transmisión de la llamada Comisión de Investigación sobre el *Affaire d'Outreau*<sup>2</sup> llegó a ser apodada en la prensa francesa como linchaje mediático<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La justificación se atribuye al miembro de la Cámara de los Comunes, Aneurin Bevan, del Partido Laborista, que deseaba evitar que las sesiones parlamentarias ocurran lejos del conocimiento del gran público (LE TORREC, 2005: 196).

<sup>2</sup> Para más detalles, lea SANT'ANNA, Francisco, Visibilidade e espetacularização nos canais parlamentarios: Um olhar sobre as transmissões de CPLs no Brasil e na França. In. E-Comv. 3, n. 2 (2010), Belo Horizonte. Disponible en <http://revistas2.unibh.br/index.php/ecom/article/download/568/323>.

<sup>3</sup> Cf. FRANCO, Hélène, Le lynchage médiatique ne réglera pas les dysfonctionnements, en: *Nouvelobs.com*, édition électronique de 03/02/2006. Disponible en <http://archquo.nouvelobs.com/cgi/articles?ad=societe/20060203.OBS5048.html&host=http://permanent.nouvelobs.com/>.

## 2. El caso del Brasil

En Brasil, los medios de comunicación legislativos nacen en un contexto de redemocratización del país. Debemos recordar que de 1964 a 1989 los brasileños se quedaron sin derecho de elegir a su presidente de la República, y aunque pudieran votar en las elecciones legislativas, el parlamento era visto por muchos como una institución viciada, mantenida en funcionamiento solo para dar la falsa impresión de que las instituciones democráticas funcionaban durante el régimen militar brasileño.

Siendo así, las sociedades experimentaron en los últimos años del siglo XX un proceso de transición, de una situación de censura, de desconocimiento total de los hechos parlamentarios, a la exposición total en los medios de comunicación legislativos. Los medios de comunicación legislativos pasaron a ejercer un papel de transparencia de los hechos públicos (MATOS, 2003), técnicamente llamado de *accountability*<sup>4</sup>, pero también de incentivo a la participación popular y, por ende, de construcción o consolidación de la ciudadanía.

En el caso brasileño, aunque existieran experiencias diversas de difusión de los trabajos legislativos, en especial por la radio a través del programa A Voz do Brasil, fue en el proceso constituyente de 1986 a 1988 que la comunicación legislativa pasó a ser encarada como estratégica. Por decisión legislativa y contra los deseos de los medios de comunicación comercial, pasó a producirse y a difundir un boletín noticioso de radio y televisión sobre el proceso de elaboración de la nueva constitución brasileña. Los informativos, de cinco minutos de duración, eran de responsabilidad de periodistas contratados por las dos ramas del parlamento y emitidos por cadena nacional de emisoras de TV y radio, tanto públicas como privadas. Muchos de los temas tratados por la Constituyente, como la Reforma Agraria, por ejemplo, eran omitidos o deformados por las lentes de los medios de comunicación tradicionales —fuertemente comercial en nuestro país—, de perfil oligárquico y monopólico. En esas emisoras, la pluralidad informativa también era inexistente y sólo una media docena de parlamentarios, confiables a los ojos de los dueños de los medios de comunicación, tenían acceso fácil a sus micrófonos.

En un proceso de apertura política, el parlamento sintió la necesidad de contar con su propia prensa para entregarle al público todos sus hechos. Ayer, como hoy, los criterios de lo noticioso de la prensa comercial no siempre se dirigen al interés público; no siempre son pautados por la función social que la información debe desempeñar en el seno de una sociedad. Ante este dilema, en 1989 el Senado Federal lanzó un concurso público para contratar periodistas. Al cabo de un año, entre miles de profesionales de todo el país, 36 fueron aprobados tras una batería de pruebas y exámenes de conocimiento teórico y práctico. Aunque fuera esa la primera vez que el parlamento brasileño contrataría profesionales basados en sus méritos y conocimientos profesionales, la prensa comercial levantó su artillería contra el Senado Federal y contra los inscritos en el proceso de selección. Este destacado grupo de periodistas contó incluso con la distinción de tener los nombres de sus integrantes publicados en la columna de obituarios de uno de los mayores periódicos del país, como si hubieran muerto para la profesión.

<sup>4</sup> Con respecto a las acciones de *accountability* y de transparencia de hechos públicos, ver, respectivamente, SILVA, Luiz Martins da, 2004, JARDIM, Márcia, 2006, RENAULT, Leticia, 2004.

Estos hechos, más que anecdóticos, sirven para que tengamos noción de lo que estaba y aún está en juego en la disputa del espacio público de una sociedad y de la opinión pública que se construye en esa sociedad. En situaciones como la de la realidad brasileña de entonces, los canales parlamentarios se hicieron públicos también para atender a un derecho constitucional del ciudadano, en este caso, el derecho a ser informado.

Este selecto grupo, que pasó a trabajar para el Senado de la República al inicio de la década de 1990, fue responsable de transformaciones importantes en la comunicación legislativa brasileña. De sus mentes, brotaron agencias de noticias impresas, radiofónicas y de fotoperiodismo; una red de radio en FM y un canal de televisión que hoy opera vía satélite, en los sistemas analógico y digital, por cable, en señal abierta vía UHF y que ya dio inicio a la migración para el sistema de televisión digital.

Pasados casi 20 años, podemos analizar que con la creación de estos medios de comunicación y, principalmente de los canales parlamentarios de TV, la difusión de informaciones sobre los hechos legislativos ganó un nuevo perfil y un nuevo estándar de visibilidad pública. Paradojalmente, el Parlamento gana así voz propia y deja de ser rehén de los criterios de noticiosos de los medios de comunicación comerciales. Hoy, en nuestro país, que es una república federativa, las asambleas legislativas de prácticamente todos los estados y las cámaras municipales de concejales de muchas ciudades de tamaño medio y mayor, adoptaron la misma estrategia de relación con la sociedad. Aunque no haya una planificación que reúna a todas esas emisoras parlamentarias federales, estatales y municipales, podemos hablar de la existencia de una red nacional parlamentaria de televisión.

Existe un fenómeno que atrae la atención de segmentos diversos de la sociedad y que amplía las audiencias cuando ocurren momentos más críticos, tales como la votación de proyectos de ley polémicos o la realización de investigaciones parlamentarias sobre temas complejos. Este crecimiento de la audiencia revela el grado de credibilidad de las informaciones transmitidas por esos medios de comunicación. La existencia de este medio de comunicación, que se inserta en la categoría que clasificamos de medios de comunicación de las fuentes (SANT'ANNA 2005 E 2009) —dado que son administradas por la propia fuente que posee vínculos a los temas divulgados—, llega incluso a interferir en la forma cómo la prensa tradicional acompaña los temas políticos y en la propia reacción de las élites políticas.

Este nuevo paisaje informativo nos posiciona ante un dilema. ¿Estará el mundo político efectivamente buscando formas en las que la sociedad participe y acompañe más de cerca los trabajos legislativos, dentro de, un proceso de rendición de cuenta o de *accountability*, anteriormente citado? ¿estaremos nosotros ante una herramienta de marketing político que busca dar mayor visibilidad a la clase política? ¿Una que tiende a propiciar una mirada diferenciada y a desarrollar la crítica sobre las propias acciones? Al analizar esta realidad debemos tener siempre en mente las palabras de Bobbio (2000: 387), para quien los actores del mundo político presentan una histórica tendencia a impedir la transparencia de los hechos públicos y a esconder los eventos que no le son convenientes.

La ambición de este texto no es la de traer respuestas acabadas, sino que plantear una reflexión sobre los intereses que se hacen presentes al transmitir los trabajos legislativos. Además, vivimos en Brasil y fuera de él su proceso de transformación de las tecnologías de radiodifusión que está pasando del sistema analógico al digital.

Esta nueva tecnología puede, por un lado, excluir por motivos económicos y tecnológicos a millones de personas del acceso a los contenidos de los medios de comunicación parlamentarios. Y por el otro, propicia una mayor variedad de interactividad, transformando al receptor en emisor. ¿Estarán nuestros parlamentos listos, política y técnicamente, para tales cambios?

### 3. El riesgo del *apartheid* tecnológico

De a poco —más lentamente de lo que se esperaba—, la televisión digital va avanzando en Brasil y en los demás países de América Latina. La perspectiva de un nuevo modelo de radiodifusión lanza diversos retos y, principalmente, muchas dudas para todas las emisoras de televisión y, en especial, a las parlamentarias. Uno de los retos más difíciles de resolver por el ciudadano-espectador promedio, es la migración del tipo analógico para el digital. Es este ciudadano el que normalmente tiene más dificultades de acceso a fuentes alternativas de información, ya sea como consecuencia de dificultades económicas y sociales, ya sea por estar alejado de los centros del poder. Los costos operacionales pueden volver una utopía el nuevo sistema de transmisión para las clases sociales menos favorecidas.

El Instituto Brasileño de Geografía y Estadística informa que en Brasil el 94,5% del total de las residencias tiene televisores, todos analógicos. Hacia 2016, de acuerdo a los planes gubernamentales, el sistema de TV digital estará totalmente implementado, permitiendo el término del sistema analógico de transmisiones. Como ya ocurrió en los Estados Unidos de América y en Francia, millones de personas podrían quedar sin acceso alguno a las transmisiones televisivas.

Se sabe que el sistema digital tiene dificultades operacionales para funcionar en determinados ambientes geográficos. En Francia, la transición dejó a cerca de 500 mil familias sin recepción de ningún tipo de televisión. Ese volumen representa de 2% a 5% de los hogares existentes en Francia continental.<sup>5</sup> En los EUA, un fenómeno semejante dejó millones de residencias bajo lo que se conoció como el “apagón” televisivo. En mayo de 2011, de los 114,7 millones de domicilios con TV en aquel país, apenas 80,2 millones contaban con el sistema digital.<sup>6</sup> En ambos países, la opción fue conceder una ayuda financiera gubernamental —en Francia esta llega al máximo de €\$ 250,00— para que los ciudadanos perjudicados pudieran suscribirse a un sistema de TV pagada vía satélite. La solución solo disminuyó el problema, sin resolverlo completamente, pues esas poblaciones quedaron cautivas de las grandes operadoras de televisión por satélite, la mayoría de capital transnacional y que

<sup>5</sup> Cf. TV digital: 500 mil hogares sin televisión, en Francia. In: Chico Sant'Anna e a Info Com, edición de 25 de octubre de 2009. Disponible en <http://chicosantannaainfocom.blogspot.com.br/2009/10/tv-digital-500-mil-lares-sem-televisao.html>. Visitado el 02/10/2012.

<sup>6</sup> Cf. TV por assinatura cai 1,5% nos EUA em 2011. In: TELA VIVA NEWS, edición de 7 de mayo de 2012. Disponible en <http://www.telaviva.com.br/07/05/2012/tv-por-assinatura-cai-1-5-nos-eua-em-2011/tl/276022/news.aspx>. Visitado el 02/10/2012.

raramente difunden noticias sobre sucesos locales y regionales. La suscripción de servicios de TV pagada aseguró la entretención en los moldes hollywoodianos, pero no el acceso a las informaciones de los problemas nacionales y regionales. Se sabe de la crisis entre republicanos y demócratas en Washington, pero se ignora lo que pasa en el parlamento local.

En Brasil, hay una preocupación con relación a grandes áreas geográficas, tales como la Amazonia y el "Sertão [Interior] Nordeste". Son regiones donde el sistema de TV digital podría tener problemas de captación. Además, los aparatos de televisión dotados con los decodificadores necesarios para la recepción de las señales digitales son de costo elevado, alcanzando valores superiores a US\$ 600,00.

Así, si el sistema analógico, incluso vía satélite, fue el responsable de la universalización de la televisión en Brasil, el sistema digital puede representar un aislamiento social para importantes segmentos de la población.

Actualmente, se estima que existen en Brasil entre 30 y 40 millones de antenas parabólicas analógicas instaladas en residencias capaces de captar los canales gratuitos de televisión disponibles en los satélites. Esas antenas están mayormente concentradas en las localidades donde no existen emisoras locales de televisión o en las periferias de los grandes centros urbanos en las que la recepción de señal abierta es de baja calidad.

El ciudadano común, con cerca de US \$ 75,00, puede comprar una parabólica analógica y conectarse, sin mayores dificultades, a todos los canales abiertos de Brasil –UHF y VHF- y algunos incluso del extranjero. Esas antenas parabólicas permitieron igualmente una democratización al acceso de los canales legislativos, antes restringidos a los servicios pagados de TV por cable y vía satélite. En el mundo analógico, los canales legislativos quedaron en igualdad con los canales tradicionales de los medios de comunicación comercial. En un rápido "zapping", el espectador puede recorrer canales como TV Globo, Record, Bandeirantes y SBT, pero también TV Senado, TV Cámara y TV Justicia.

No existen estudios de audiencia en este segmento tecnológico, pero la correspondencia y las consultas al servicio de telefonía gratuita del Senado Federal, "Aló Senado", revelan que la gran mayoría de los que interactúan con TV Senado vive en ciudades medianas y pequeñas, que no cuentan con televisión comercial local y necesitan de las antenas parabólicas analógicas para captar cualquier señal de televisión.

De mantenerse el calendario oficial, en 2016 esas antenas parabólicas analógicas perderán su acceso. Habitantes de ciudades del perfil antes mencionado tendrán que migrar a parabólicas digitales y a aparatos de televisión igualmente digitales, dotados de un decodificador llamado *set-up box*. Una inversión que mucha gente no tendrá cómo pagar. Se estima que por lo menos 22 millones de viviendas no estarán en condiciones económicas o tecnológicas para hacer esta conversión.<sup>7</sup>

Siendo así, además de lanzar a una parte significativa de la población a un *apartheid* tecnológico, la introducción del nuevo sistema de televisión podrá provocar una ruptura social, fragilizando el derecho constitucional de acceso a la información.

<sup>7</sup> Cf. Anatel puede provocar apagón de parabólicas, dicen redes de TV, in: DTV –Sitio oficial de la TV Digital, disponible en <http://www.dtv.org.br/anatel-pode-provocar-apagao-de-parabolicas-dizem-redes-de-tv/> Visitado en 02/10/2012.

Esta perjudicará igualmente a los canales legislativos, que perderán miles de espectadores, miles de ciudadanos que quedarán desprovistos de informaciones sobre lo que hacen sus representantes electos.

#### **4. La oportunidad de la multiprogramación**

El lado positivo de la introducción del nuevo sistema de televisión es que permite la multiprogramación. Cada canal existente hoy podrá ser subdividido en cuatro frecuencias o señales, manteniendo cada una la calidad de sonido y audio semejantes a la de un DVD. Un quinto canal todavía será posible vía telefonía celular. La tecnología resuelve así uno de los grandes dilemas de que genera un canal legislativo, cual es el de definir el contenido a ser transmitido. ¿Qué será más importante transmitir para la sociedad: los trabajos de la Comisión de Economía, o la de Medio Ambiente? ¿La de Derechos Humanos o de Relaciones Exteriores? ¿Los trabajos del Pleno o de una Comisión Parlamentaria de Investigación?

Este ha sido un dilema que ha aparecido en TV Senado de Brasil. No sólo con respecto a la audiencia, a la sociedad, sino también con respecto a los parlamentarios, que se juzgan discriminados cuando no son el foco de las cámaras de las emisoras legislativas. En el caso brasileño, hasta ahora la solución ha sido propiciar la multiprogramación vía internet; la emisora puede transmitir hasta ocho contenidos diferentes simultáneamente por la web. En la malla de programación, las comisiones que no fueron foco de la transmisión en vivo, en tiempo real, son grabadas y llevadas al público en horarios alternativos. Pero esta solución ha sido motivo de varias quejas de representantes populares, en algunos casos acusando a la emisora de estar censurando este o aquel tema.

Brasilia, la Capital Federal, ya cuenta con transmisión de televisión digital. Eso ha permitido que la emisora transmita en multiprogramación en la capital. De lunes a viernes se llevan al aire cuatro alternativas de programación. En casa, el espectador puede optar por ver la que prefiera. La selección del contenido se le atribuye, así, al ciudadano.

Pero esta solución no se adoptará en todo el país. Por razones de economía de recursos, las dos ramas del Parlamento brasileño y las Asambleas Legislativas Estaduales y las Cámaras Municipales han decidido emitir juntos los contenidos legislativos a las demás ciudades del país. De este modo, la multiprogramación se empleará para albergar a cuatro emisores distintos: el Senado Federal, la Cámara de Diputados, la Asamblea Legislativa del Estado de que se trate y la correspondiente Cámara Municipal. Esta fue la fórmula que los legisladores encontraron para conseguir financiar los elevados costos de la migración de la transmisión analógica a la digital.

Esta opción tiene sus ventajas y desventajas. Ganan los legislativos estaduales y municipales, pues, con el apoyo del Congreso Nacional, que paga la mayor parte de los costos, aseguran la presencia de sus canales en el mundo digital. Ganan los ciudadanos de esas localidades con la garantía de acceso a las decisiones locales y regionales, pero pierden en poder de decisión en cuanto a los contenidos nacionales, ya que, al contrario de los habitantes de Brasilia, ellos no tendrán poder de elección;

estarán obligados a ver el contenido predefinido por las emisoras federales, basadas en criterios que no siempre toman en cuenta la importancia periodística y social del contenido —el valor noticia—, ya que los criterios de edición a veces siguen parámetros que privilegian los intereses de los hombres políticos, y no necesariamente los de la población.

## 5. Democracia Participativa

Si al inicio de este texto decíamos que los canales legislativos contribuyeron a una mayor transparencia de los hechos públicos, contribuyendo al fortalecimiento de la ciudadanía, la introducción de las tecnologías digitales permitirá el incremento de la participación social en las deliberaciones parlamentarias, abriendo espacio, inclusive, para una democracia más participativa y menos representativa. Si en los años 1940 y 1950 la mediación de la radio y de la TV afectó las fronteras públicas de las deliberaciones parlamentarias —como afirma Le Torrec (2005: 196)—, la introducción de la TV digital y sus mecanismos de interactividad podrán representar un elemento de competencia por el efectivo ejercicio del poder entre la sociedad que elige y los mandatarios y parlamentarios que son elegidos por ella.

El modelo tecnológico de TV digital que está siendo instalado en Sudamérica —excepto en Colombia— y en diversos países de África y de América Central, denominado nipo-brasileño, contará con un sistema que permitirá al espectador interactuar en tiempo real con la emisora difusora de contenido. Concebido principalmente para fomentar el comercio, este mecanismo, que será administrado por un programa de informática denominado ginga, hará posibles grandes avances en la relación ciudadano-Parlamento.

El mecanismo fue proyectado para fomentar el consumo. Permite, por ejemplo, que durante la transmisión de una película, el espectador pueda adquirir por la televisión, usando el control remoto, el perfume de la actriz, la ropa del galán o el viaje de vacaciones al país donde se desarrolla la trama. Bastará un click y fragmentos de aquella falsa realidad proyectada en la pantalla de la TV podrán materializarse en la casa del espectador-consumidor.

Esta posibilidad tecnológica, que se vale de los efectos subliminales de la técnica publicitaria de *merchandising* para fomentar deseos consumistas, podrá ser usada igualmente para dar más información y mayor poder de decisión a los espectadores ciudadanos de los canales parlamentarios. Tomemos, por ejemplo, la votación de un proyecto de ley o de un debate. También con un click en el control remoto el espectador ciudadano podrá tener acceso a documentos, a mayores detalles sobre el tema tratado allí o al proyecto completo de la nueva ley que está siendo analizada. Mecanismos como el “presupuesto participativo”, por el que el ciudadano elige sus prioridades en los gastos gubernamentales, serán más ágiles y más fáciles de implementar. El ciudadano de una determinada localidad podrá decidir si prefiere una obra de urbanización o la restauración de una escuela pública, con un solo click en su control remoto.

Para los parlamentarios, la expresión interactiva del espectador ciudadano puede servir como termómetro de la opinión pública. Y en tiempo real, los legisladores, antes de adoptar una posición sobre un tema, podrán tomar conocimiento de cómo la sociedad analiza esa materia y así dirigir sus votos de forma más sintonizada con los deseos populares.

Llevado a sus últimas consecuencias, la interactividad propiciada por las transmisiones digitales de los canales parlamentarios podrá ser el punto de partida para plebiscitos y referendos. El ciudadano acompañará desde su casa los debates parlamentarios sobre determinado tema y, al final de los análisis, él mismo votará desde su sala de estar, desde su teléfono celular 4G o desde su Tablet. Al parlamento le cabría tan solo la homologación de la voluntad popular.

En un futuro tal vez no tan lejano, la elección de nuestros mandatarios podrá, asimismo, ocurrir por el control remoto de la televisión. Países de Europa del Este ya se valen de la Internet para recoger los votos de sus electores. Pero eso puede migrar a la televisión y producirse en tiempo real.

Imaginen la escena: un debate nacional entre los candidatos se transmite por televisión y luego el elector pulsa en el control remoto el número del candidato preferido. Tal como ocurre actualmente en diversos *reality-shows*, el espectador ciudadano tendrá en la punta de sus dedos el poder de decidir quién se queda y quién se va.

Claro que todo eso depende de la universalización de la tecnología, de adaptaciones jurídicas y legislativas en cada país, del nivel de educación y cultura de nuestros pueblos y, principalmente, de la voluntad de los legisladores. Todas estas potencialidades de la tecnología digital pueden representar una pérdida de poder de deliberación para los políticos, abriendo espacio para un sistema de democracia ciudadana y participativa. Un sistema en el que cada uno podrá no sólo expresar su opinión, sino, más aún, depositar su voto sobre los temas tratados.

A los periodistas y gestores de canales legislativos les cabe la planificación, la preparación de estas emisoras para los nuevos tiempos que vendrán. Sin audacia y capacidad técnica y operacional, los canales legislativos podrán ser superados por los comerciales, que ciertamente tendrán el gusto de captar esta audiencia y, quién sabe, insertar un anuncio publicitario de jabón o de cerveza, entre un voto electrónico y otro de los espectadores, que en este escenario serán más consumidores que ciudadanos.

## Bibliografia

- BAKER, Kenneth (2007). Great politicians rise aboveridicule. In: British Journalism Review, vol. 18, nº 4, pp 19 – 26.
- BOBBIO, Norberto (Bovero, Michelangelo org.), Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BRIGGS, Asa (1979) The history of Broadcasting in the United Kingdom. Volume 4: Sound and Vision. London Oxford University Press.
- Chalaby, Jean K. (1996). Journalism as an Anglo-American Invention. A Comparison of the Development of French and Anglo-American Journalism, 1830s-1920s. In: European Journal of Communication september 1996 vol. 11 nº. 3 pp. 303-326
- FRANCO, Hélène, Le lynchage médiatique nerèglerapas lês dysfonctionnements, in: Nouvel.Obs.com, éditionél ectronique de 03/02/2006. <http://archquo.nouvelobs.com/cgi/articles?ad=societe/20060203.OBS5048.html&host=http://permanent.nouvelobs.com/>
- Franklin, Bob. (1992). Televising Democracies, Routledge.
- JARDIM, Márcia de A., (2006). O mapa da mídia eletrônica legislativa na América Latina. Comunicação científica realizada durante o 3º Congresso Latino-americano de Ciência Política, Campinas, Brasil, set-2006.
- JUDGE, D. (1993). The parliamentary state. London ; Sage Publications,
- LE TORREC, Virginie (2005). Aux frontières de la publicité parlementaire : les assemblées et leur visibilité médiatisée In : Visibilité et invisibilité, Réseaux nº 129-130 2005/1-2 m pp. 181-208, Paris, Lavoisier
- MATOS, Heloiza. (2003). Comunicação pública, democracia e cidadania: o caso do Legislativo. In: BRANDÃO, Beth; MATOS, Heloísa e SILVA, Luiz Martins (org.). (2001). Algumas abordagens em comunicação pública. In: Coleção Textos em Comunicação. Ano I, Vol I, Nº 3. Brasília: Casa das Musas. Disponível em <http://www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/relacoespublicas/empresasecases/0091.htm>.
- MATHUS, Didier(2007). Rapport sur la proposition de loi de portant création de La Chaîne Parlementaire (Nº 1996). Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r2007.asp>
- Paulu, Burton (1981). Television and radio in the United Kingdom). University of Minnesota Press. pp. 179–180. Disponível em [http://books.google.com/books?id=\\_lv7awDml10C&pg=PA179&dq=Vrillon&lr=#v=onepage&q=Vrillon&f=false](http://books.google.com/books?id=_lv7awDml10C&pg=PA179&dq=Vrillon&lr=#v=onepage&q=Vrillon&f=false).
- REID, Christopher (2000) Whose parliament? Political oratory and print culture in the later 18th century. In: Language and Literature May 2000 vol. 9 no. 2, pp 122-134
- RENAULT, Letícia, (2004). Comunicação e política nos canais de televisão do Poder Legislativo no Brasil, Belo Horizonte, ALMG.
- SANT'ANNA, Francisco (2005). Mídia das Fontes – o difusor do jornalismo corporativo, Brasília, Casa das Musas.
- SANT'ANNA, Francisco (2009) Mídia das Fontes: um novo ator no cenário jornalístico brasileiro. Um olhar sobre a ação midiática do Senado Federal. Brasília, Edições Técnicas Senado Federal.
- SILVA, Luiz Martins da, (2004). Apresentação. In: SILVA, Luiz Martins da (org.), Jornalismo Público, o social como valor-notícia, Brasília, Casa das Musas.



## CONVOCATORIA

Hemiciclo es una revista semestral de la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, que ofrece material para el análisis y la discusión del quehacer parlamentario, en lo que concierne a la legislación, la fiscalización y la representación; además de las experiencias, reflexiones e investigaciones sobre el acontecer nacional e internacional, que constituyan un aporte al debate académico y político.

Las colaboraciones serán examinadas por el Consejo Editorial en cuanto a su interés académico, pero los contenidos serán de responsabilidad de sus respectivos autores. Para el número siguiente se dará prioridad a aquéllas que traten sobre **Derecho de Familia**. Deberán cumplir 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 hasta 1.1.1. La extensión del original debe ser entre 5.000 y 7.500 palabras para los artículos (excluyendo las notas), y de 1.500 a 2.500 palabras para los comentarios de libros.

2. Los artículos deben incluir un resumen en castellano y en inglés, 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. Si el artículo citado forma parte de una revista o de una compilación, debe agregarse a continuación del título: En: Nombre de la publicación, N°.

4. La tipografía debe ser Calibri, tamaño 11, con un interlineado de 1,15 y sin saltos de línea entre párrafos.

5. Las contribuciones deben ser remitidas en formato Word al correo electrónico [academiaparlamentaria@congreso.cl](mailto:academiaparlamentaria@congreso.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 **30 de marzo de 2013**.

Teoría de la argumentación, racionalidad y técnica legislativa  
Jorge A. Tapia Valdés

Técnica legislativa y seguridad jurídica  
Lluís Aguiló i Lúcia

Informe de evaluación de la ley N° 20.413, que determina quiénes pueden ser donantes de órganos y la forma en que pueden manifestar su voluntad (extracto)  
Rafael Parrao Ubilla y Verónica Seguel Ilabaca

Los desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos  
Claudio Grossman Guiloff

“Bases para una codificación administrativa” del autor Manuel Vergara Rojas Edición privada.  
Imprenta Arte y Gráfica, 2010  
Hugo Tórtora Aravena

### **Reformas políticas**

Transparencia en el Estado: una reforma a medio camino  
Jorge Burgos Varela

El semipresidencialismo, una alternativa de gobierno viable y mejor que el presidencialismo para Chile  
Humberto Nogueira Alcalá

Los dos grandes dilemas de la democratización en Chile: a propósito de las reformas al sistema político pendientes  
Kamel Cazor Aliste

Las Listas Cerradas como mecanismo electoral en política comparada, y su posible aplicación en Chile  
Roberto Munita Morgan

### **La Función de Representación en el Congreso Nacional**

Seminario sobre Comunicación y Representación Parlamentaria: los desafíos del Informe Parlamentario Mundial UIP – PNUD 2011 (Síntesis)  
Biblioteca del Congreso Nacional

Medios de comunicación parlamentarios: de la transparencia a la participación popular interactiva  
Francisco Sant’Anna