



9

# HEMICICLO

REVISTA DE ESTUDIOS PARLAMENTARIOS





# HEMICICLO

Revista de Estudios Parlamentarios

POR LA RAZON O LA FUERZA

Año 5. Número 9. Segundo semestre de 2013

CONSEJO DIRECTIVO ACADEMIA PARLAMENTARIA

Diputada Adriana Muñoz-D'Albora, presidenta

Diputado Eduardo Cerda García

Diputado Alejandro Santana Tirachini

Diputado Arturo Squella Ovalle

DIRECTOR DE LA ACADEMIA PARLAMENTARIA

Gonzalo Vicente Molina

DIRECTOR REVISTA HEMICICLO

Juan Veglia Quintana

CONSEJO EDITORIAL

Hernán Almendras Carrasco

Francisca García Parraguez

Víctor Hellwig Tolosa

Rodrigo Obrador Castro

Patricio Olivares Herrera

Cristián Ortiz Moreno

EDITOR

David Duque Schick

DISEÑADOR

Marcelo Torres Vargas

SECRETARIA

Gioconda Vásquez Pérez

Impreso en Unidad de Publicaciones de la Cámara de Diputados

Edición de 750 ejemplares

ISSN 0718-8463

Teléfono: 56 32 2505591

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

## Índice

I	Presentación del libro en homenaje a don Alejandro Silva Bascuñán sobre el Congreso Nacional María Pía Silva Gallinato	7
II	Reseña del libro Derecho Parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional Cristián Ortiz Moreno	13
III	Congreso Nacional, participación y era informática: las necesidades democráticas de nuestro Ágora actual Ramón Mayorga	17
IV	Limitaciones a la reelección de diputados, ¿mejoran la representatividad política en las zonas extremas y favorecen la descentralización? Cristóbal Llanca	35
V	Protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Modificaciones introducidas por ley 20.543 a la Admisibilidad de la Demanda Andrés Celedón Baeza	45
VI	Entre la descentralización y la desconcentración regional. Análisis del proyecto de Fortalecimiento de la Regionalización que modifica la ley orgánica constitucional de Gobierno y Administración Regional Manuel Tobar Leiva	69

VII	Abogados en el actual régimen de enseñanza Jaime Rodríguez	97
VIII	Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: construyendo confianza institucional Jorge Jaraquemada Roblero	115
IX	Reformas para un sistema de financiamiento electoral basado en la confianza y la equidad Manuel Arís Alonso	127
X	Esfuerzos legislativos por regular el <i>lobby</i> en Chile: avanzando en la dirección correcta Diputado Cristián Mönckeberg	139
XI	Regulación del lobby en Chile: historia de un proyecto Sebastián Soto Velasco, María Jaraquemada Hederra	145
XII	Las Comisiones Especiales Investigadoras en el Derecho Parlamentario chileno Hernán Almendras	157



## Presentación del libro en homenaje a don Alejandro Silva Bascuñán sobre el Congreso Nacional\*

María Pía Silva Gallinato\*\*

Me ha sido concedido el privilegio de escribir algunas líneas sobre la obra colectiva con que la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, con el apoyo de la Editorial Jurídica de Chile, rinde homenaje al destacado académico y estudioso del Derecho Político y Constitucional, don Alejandro Silva Bascuñán. Tal honor quizás se explica porque con don Alejandro me une una profunda relación -que ya se extiende por más de 26 años- y que nació en 1986, cuando me invitara a ser su ayudante en la cátedra que entonces impartía en la Universidad Diego Portales y que ha continuado para actuar, como colaboradora, en sus múltiples actividades profesionales y académicas.

“Maestro de todos”, como lo denominaran los profesores argentinos de la Asociación de Ciencias Sociales de Córdoba, al designarlo como su miembro honorario, ha sido reconocido como uno de los más brillantes exponentes del Derecho Político y Constitucional en Chile. Su sustancial contribución al desarrollo y análisis del derecho público se ha manifestado a través de las labores que ha emprendido como docente, asesor, investigador y autor de diversos ensayos, artículos y monografías; formador de grandes académicos obteniendo reconocimiento incluso fuera de nuestras fronteras. Pero, además de destacarse por su aporte al Derecho y a la Ciencia Política, es admirado por sus extraordinarias cualidades humanas, fundadas en su fe en Dios,

---

\* SILVA GALLINATO, M.P. Congreso Nacional: Libro Homenaje al Profesor Alejandro Silva Bascuñán. Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013, 409 pp.

\*\* Abogada, Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Autora junto con don Alejandro Silva Bascuñán del Tratado de Derecho Constitucional [Editorial Jurídica, 13 tomos publicados].

en la justicia y en una profunda vocación de servicio público el que se explica tal vez por el ambiente en que don Alejandro se formó: nacido en Talca en 1910, su padre le inculcó tanto la vocación por el derecho y por el devenir patrio debido a que él era militante activo del Partido Conservador, alcalde de Talca y director del diario La Libertad de esa misma ciudad, además, muchos de sus parientes más cercanos fueron héroes militares u ostentaron cargos de representación popular. En su casa existían dos enormes habitaciones destinadas a guardar miles de libros no sólo de derecho sino también, de historia y política; era tal su admiración por quienes desempeñaban el cargo parlamentario que, cuando niño, junto a sus hermanos y amigos, solía jugar a las sesiones de la Cámara, siendo el escritorio de la biblioteca, la testera de su mesa directiva.

Posteriormente, mientras estudiaba Derecho en la Universidad Católica, vibró con los principios de la Doctrina Social de la Iglesia y buscó concretarlos en la realidad, para lo cual, junto a otros jóvenes de su generación, formó la Falange Nacional y se opuso al primer gobierno del general Ibáñez por considerarlo alejado del ideal democrático, todo lo cual plasmó en su libro “Una experiencia social cristiana”.

Tiempo después, luego de la crisis institucional de 1973, aceptó ser miembro de la llamada Comisión Ortúzar, encargada de preparar un proyecto de nueva Constitución y que diera origen a la de 1980; pero, después de haber participado activamente en la elaboración de los capítulos sobre Bases de la Institucionalidad y Derechos Fundamentales, se alejó de tal organismo en 1977, debido a que la Junta de Gobierno dictó un decreto de ley que disolvió los partidos políticos que se encontraban en receso. La preocupación por el porvenir del país durante el régimen militar lo condujo a integrar después y hasta su disolución, el llamado “Grupo de los 24”, sobre estudios políticos y constitucionales. Por otra parte, como desde 1973 Chile se encontraba regido bajo diferentes estados de excepción constitucional, decidió impartir docencia en la Pontificia Universidad Católica de Chile, únicamente, en la cátedra de Derecho Político, retomando la de Derecho Constitucional en 1990, al restaurarse el régimen democrático.

Siendo un constitucionalista muy completo -puesto que, en sus diversas obras no ha eludido ningún tema vinculado al Derecho Político y Constitucional-, su fe y entusiasmo por las instituciones democráticas lo han llevado la vida entera a preocuparse de enriquecer la doctrina jurídica a través de diversos estudios sobre el aspecto orgánico de la Carta Fundamental. Es que, según él, lo más propio y típico del Estado Constitucional de Derecho dice relación con la regulación de la estructura del poder estatal, base indispensable para que, en el hecho, dentro de una democracia robusta, se respeten y promuevan los derechos fundamentales.

Su constante preocupación por el fortalecimiento de las instituciones encargadas de recoger el sentir colectivo para convertirlo en decisiones vinculantes y responsables lo llevó a que, antes de examinar los derechos y garantías constitucionales, los primeros tomos de la edición actual de su Tratado dedicados al análisis del texto constitucional, fueran destinados al estudio de sus reglas orgánicas. Ello ha permitido a nuestro medio jurídico contar con un material valiosísimo para interpretar las normas constitucionales vinculadas a la estructura y funcionamiento

de los diferentes órganos del Estado y, entre estos, del Parlamento. Respecto a este último, el vivo interés que su estudio siempre ha despertado en don Alejandro se manifiesta en que dos de los tomos de su Tratado los dedica a tal materia, por lo que este libro ha sido dedicado al Congreso Nacional. Tal tema se relaciona con su composición, funcionamiento, organización, atribuciones de las Cámaras y del Congreso, su relación con otros órganos, estatuto de los parlamentarios, función legislativa y materias de ley. Su régimen normativo -conformante del llamado Derecho Parlamentario-, se encuentra especialmente recogido en la Constitución, en la Ley Orgánica del Congreso Nacional, en los reglamentos de ambas corporaciones, en los precedentes derivados de los informes evacuados por sus comisiones y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Como firme defensor de la democracia representativa, don Alejandro, considera al Parlamento como el espacio en donde la sociedad gobernada se expresa del modo más auténtico y organizado. Actualmente, por múltiples factores como son la vigorización del Ejecutivo, la crisis del concepto tradicional de ley, la globalización y la irrupción de movimientos sociales, la sociedad civil pareciera querer prescindir del sistema de partidos políticos y de la institucionalidad democrática expresada en el Congreso. Sin embargo, el “Maestro de todos” ha sido siempre partidario de que las acciones colectivas se afiancen en lo público, aportando con sus reflexiones al correcto funcionamiento del Parlamento, porque está convencido de que es el mejor intérprete del pueblo dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Si el Congreso ocupa un papel relevante tanto en la representatividad popular como en la estabilidad institucional, el brillante aporte que ha hecho don Alejandro Silva a través de su análisis, ha dejado una profunda huella en la doctrina constitucional chilena. Ello ha sido reconocido no sólo por los parlamentarios y por quienes desempeñan actividades políticas, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por los estudiosos de la disciplina, quienes constantemente consultan y citan su opinión como la más fundada y completa que existe sobre el tema. Como consecuencia de ello, la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario le rindió hace pocos meses atrás un homenaje, designándolo como Miembro Honorario.

Pues bien, la obra colectiva que ahora presentamos y que fuera coordinada en forma espléndida por el profesor Emilio Pfeffer Urquiaga, contiene trabajos de 26 connotados profesores y estudiosos del Derecho Constitucional. Todos ellos, en forma seria y profunda, se dedicaron a la tarea de abordar diversos tópicos relacionados con el Congreso Nacional, contribuyendo de tal modo a dar luces acerca de cómo se está desarrollando nuestro Derecho Parlamentario y de los cambios que convendría introducir para perfeccionarlo con miras a desarrollar de mejor forma, nuestra organización democrática.

Se destaca, además, el elevado número de académicos que aceptaron participar en esta obra y la calidad de sus artículos, los cuales provienen de diferentes universidades del país, representando a distintas generaciones de profesoras y profesores constitucionalistas que expresan diversidad de puntos de vista sobre la materia, todo lo cual refleja la admiración transversal que despierta la figura de don Alejandro en nuestro medio jurídico.

Esta reseña se extendería en demasía si tuviese que resumir y comentar cada uno de los excelentes trabajos contenidos en la obra colectiva en homenaje a don Alejandro, pero al menos para hacerse una idea respecto de la consistencia, variedad y trascendencia de esos aportes, podemos anotar que dos de ellos se relacionan con la historia y evolución del Parlamento chileno: “El Congreso Nacional de 1811 y la transición política de su época”, del profesor de la Universidad de Concepción, Sergio Carrasco; y “El Congreso Nacional: Veintidós años después de su restauración”, del discípulo de don Alejandro, profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad de Chile, y ex presidente del Tribunal Constitucional, José Luis Cea. Por su parte, el profesor de la Universidad de Chile y ex ministro del Tribunal Constitucional, Mario Verdugo, aborda las “Proposiciones del Grupo de los 24”, vinculadas a la materia.

En relación a las características generales del Congreso Nacional y a las bases de su organización encontramos los artículos “Representatividad del Congreso Nacional”, del profesor de la Universidad de Chile y ex ministro de Justicia, Francisco Cumplido; “Constitucionalismo, Constitución y Congreso: entre Ulises y Procasto”, del profesor de la Universidad Andrés Bello, José Ignacio Núñez; y “La potestad de autorregulación de las Cámaras y el control de constitucionalidad de sus reglamentos internos”, de mi autoría.

Por otra parte, se vinculan al estatuto de la función parlamentaria tanto el ensayo “Reemplazo de parlamentarios en caso de cesación en sus cargos” de la profesora de la Universidad de Chile y ex ministra del Tribunal Constitucional, Luz Bulnes, como dos trabajos que tratan específicamente sobre el fuero parlamentario; el de la discípula de don Alejandro, profesora de la Universidad Católica y actual ministra del Tribunal Constitucional, Marisol Peña, sobre “Fuero parlamentario y reforma procesal penal: un análisis desde la hermenéutica constitucional”; y el del profesor de la Universidad de la Santísima Concepción, Fernando Saenger, sobre “Desafuero parlamentario”.

En relación a las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, la profesora de la Universidad de Chile y editora de la Editorial Jurídica de Chile, Ana María García, escribe sobre la “Citación a Ministros de Estado por la Cámara de Diputados: interpelaciones”; el ex diputado y rector de la Universidad Miguel de Cervantes, Gutenberg Martínez, aborda “Las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados”; y el profesor de la Universidad de Concepción, José Bidart, analiza los “Antecedentes sobre el establecimiento y reforma de la atribución exclusiva de la Cámara de Diputados en la fiscalización de los actos del Gobierno establecida en el Art. 52, Nº 1, letra a) de la Constitución de 1980”. En cuanto a la facultad que posee tanto la Cámara para acusar políticamente, como el Senado para resolver dicha acusación, el profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Rodrigo Díaz de Valdés, da luces sobre la materia en su trabajo “Acusación constitucional y debido proceso”; y el profesor de la Universidad de Talca y presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Humberto Nogueira, se refiere a “Consideraciones sobre la acusación constitucional en la Carta Fundamental vigente”. El trabajo de la profesora de la

Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Padre Hurtado, Miriam Henríquez, relacionado con una de las atribuciones del Congreso Nacional, se titula “Los tratados internacionales y la aprobación del Congreso Nacional”.

Diez ensayos están dedicados a la función legislativa del Congreso. Así es como, vinculados al proceso de formación de la ley y a la relación existente entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional en materia legislativa, son los artículos del profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad de Los Andes, Miguel Ángel Fernández, sobre “La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Sobre “El respeto por las ideas matrices de los proyectos de ley: estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, de los profesores José Francisco García de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Sergio Verdugo, de la Universidad del Desarrollo; “Iniciativa legislativa de la Corte Suprema en materias que digan relación directa con la organización y atribuciones de los tribunales”, del profesor de la Universidad de Chile y Universidad Diego Portales, y coordinador de esta obra colectiva, Emilio Pffefer; “La participación ciudadana en el proceso de formación de la ley”, de la discípula de don Alejandro y profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Cecilia Rosales; “Requerimiento de parlamentarios y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2006-2012)”, del Profesor de la Universidad de Chile y ex ministro del Tribunal Constitucional, Enrique Navarro; “Congreso Nacional y fuerza vinculante de la sentencia constitucional”, de la profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Alejandra Ovalle.

A algunos tipos de leyes se refieren los trabajos: “Supervivencia o eliminación de las leyes orgánicas constitucionales”, del profesor de la Universidad de Valparaíso don Lautaro Ríos; “La Ley de Presupuestos: Aspectos constitucionales, legales y la práctica legislativa”, del profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Sebastián Soto; “Leyes orgánicas constitucionales, un presente problemático”, del Profesor de la Universidad de Chile y miembro del Directorio de la Sociedad de Derecho Parlamentario, Francisco Zúñiga; el trabajo destinando a “Los derechos de la personalidad y en particular el derecho a la imagen ante la Corte Suprema”, del profesor de la Universidad de Chile, Paulino Varas.

Teniendo en cuenta el interés que siempre ha despertado en don Alejandro el estudio del Derecho Parlamentario y por ser un firme defensor de la democracia y de la soberanía popular, ha empujado al maestro a considerar al Parlamento como el espacio en donde la sociedad gobernada se expresa de modo más auténtico y organizado. En tiempos en que la sociedad civil pareciera querer prescindir del sistema de partidos y de la institucionalidad democrática que se expresa en el Congreso Nacional, don Alejandro ha sido siempre partidario de que las acciones colectivas se afiancen en lo público, aportando con sus reflexiones a la correcta actuación del órgano que mejor representa al pueblo dentro del Estado Constitucional de Derecho.

Por lo demás, su preocupación constante de velar por el fortalecimiento de las instituciones encargadas de recoger el sentir colectivo para convertirlo en decisiones vinculantes y responsables lo llevó a que, antes de examinar los derechos fundamentales, los primeros 10 tomos de la edición actual de su Tratado

fueran destinados al estudio del aspecto orgánico de la Constitución, estructura indispensable para construir una democracia robusta. Ello ha permitido a nuestro medio jurídico contar con un material valiosísimo para interpretar las normas constitucionales vinculadas a la organización y funcionamiento de los órganos del Estado y, entre estos, del Parlamento.

Si el Congreso ocupa un papel relevante en la representación popular y en la estabilidad institucional dentro de un Estado Constitucional de Derecho, el aporte que ha hecho don Alejandro Silva Bascuñán a través de su análisis, ha sido ampliamente reconocido no sólo por los parlamentarios y por quienes desempeñan actividades políticas, sino también por la jurisprudencia constitucional y por los estudiosos del Derecho Constitucional. Son estos últimos quienes, a través de los trabajos contenidos en el libro que presentamos, contribuirán indudablemente a dar luces acerca de cómo se está desarrollando nuestro Derecho Parlamentario y de los cambios que convendría introducirle para perfeccionarlo y para fortalecer nuestra democracia, homenajando así a uno de los juristas que más vivo interés ha manifestado por tales materias.

---

*N. de la R., don Alejandro Silva Bascuñán falleció el 11 de septiembre de 2013, a la edad de 102 años.*

# II

## Reseña del libro: “Derecho Parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional”\*

Cristián Ortiz Moreno\*\*

### 1 UN COMENTARISTA INTERESADO

Comentar este libro ha sido un ejercicio, a lo menos, curioso.

Surgido a propósito de un encargo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el año 2009, a fin de contar con un texto único que sistematizase los aspectos normativos del Congreso Nacional, relata mediante un ejercicio de dogmática jurídica *qué ocurre* al interior de cada rama del Congreso. En cuentas, relata aquello en que la *burocracia* de ambas Cámaras, que integro en la de Diputados, participa en sus labores ordinarias.

Esto es, *me veo cuando leo* sus líneas.

Con todo, los autores son sinceros al reconocer sus propias limitaciones en el cumplimiento de su cometido, atendidas las particulares características que los Parlamentos o Congresos Nacionales tienen, al señalar:

*“La aplicación en la vida parlamentaria de los reglamentos (de cada cámara) está condicionada por su valor como tradición, su ajuste a convenciones vigentes y su pertinencia como vía de solución a un asunto debatido. Dichas normas pueden reformarse con el voto conforme de la mayoría o bien acordarse de manera explícita su no aplicación a un procedimiento concreto, con lo que la fijeza propia de las instituciones jurídicas no está aquí protegida. La aplicación vertical del derecho, dotada de poderes coercitivos, carece en este contexto de sentido como herramienta cotidiana”.*

En tal sentido y vaya como advertencia para el lector de la obra comentada, si bien el texto sirve como ejercicio dogmático de lo que ocurre o cómo operan

\* ALDUNATE, E; CORDERO, E. y BRONFMAN, A. *Derecho Parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*. Santiago de Chile: Legal Publishing, Thomson Reuters 2013, 462 pp.

\*\* Profesor de Historia y Geografía, analista de Sistemas, cientista social. Estudios en la Universidad de Chile y Metropolitana de Santiago de Chile; Universidad de Leipzig, Alemania; Diplomado y Máster, Universidad de la Sorbonne, Francia. Director de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

las reglas constitucionales, legales o reglamentarias al interior de cada rama del Congreso Nacional, la infracción a las mismas no trae necesariamente aparejada una sanción, por lo que no cabe sorpresa si para un mismo caso, lo que ayer fue regla hoy día no lo sea. Así, solo corresponde a quien hizo el encargo de su redacción, valorar si el mismo sirvió o no a los fines perseguidos, cuestión relevante toda vez que fue financiado con cargo al presupuesto público.

## 2 EL TEXTO COMENTADO

Dividido en diez capítulos, el libro relata sistemáticamente las atribuciones de los órganos políticos que componen cada rama del Congreso Nacional, ocupándose únicamente de aquellos órganos que integran los congresistas (pleno, comisiones, bancadas y comités) y las funciones que cabe a cada uno de ellos en los mismos (presidencia, jefe de bancada o comité, integrante o no de cada agrupación). Adicionalmente, se ocupa de dos órganos importantes, pero no integrados por congresistas: el Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias y el Comité de Auditoría Parlamentaria. En tal sentido, no se ocupa mayormente, porque no era su objetivo, del mayor o menor influjo que en la práctica parlamentaria tiene la *burocracia* de cada rama del Congreso Nacional <sup>1</sup>.

En el desarrollo de cada capítulo, y en la medida que resulta necesario, explica las soluciones dogmáticas de cada caso aludiendo a la situación en sistemas comparados o reseñando, en esa mala práctica para la interpretación legal, las discusiones ocurridas durante el proceso de creación de las reglas.

Sin embargo, y como advertencia a sus lectores, esa obra es dogmática y no da cuenta necesariamente de lo que ocurre en cada Cámara, esto es, de las *prácticas parlamentarias*. A vía ejemplar, si bien dogmáticamente resuelve de modo correcto las referencias a segundos informes de proyectos de ley de Comisiones o al tratamiento dado a las sesiones reservadas o secretas, la práctica parlamentaria en la Cámara de Diputados ha mutado dichas reglas mediante la supresión de los segundos informes como regla general, o *constituyéndose en Comité* para aquellas situaciones no legislativas donde los quórum legales no son alcanzados.

## 3 SOBRE LOS POSIBLES LECTORES DE LA OBRA

Esta es una obra por encargo. En tal sentido, el natural destinatario de sus líneas son precisamente los funcionarios de la Secretaría General de la Presidencia, a fin de tener mayor claridad en *cómo* se pueden comportar los congresistas durante el desarrollo de los trámites en el edificio del Congreso Nacional.

Y específico *en el edificio del Congreso Nacional*, porque buena parte de la labor de los congresistas ocurre fuera del mismo. Sobre este tópico, cabe recordar

<sup>1</sup> Sobre el particular, en perspectiva histórica: OBANDO, I. *El desarrollo del personal parlamentario chileno, 1834-1924*. 2011. Sobre el estado actual de situación: SOTO, S. *Un nuevo sistema de asesoría legislativa para el Congreso*. 2009. Más recientemente, fue uno de los temas reseñados por Francisco Zúñiga en las Terceras Jornadas de Derecho Parlamentario, el 18 de julio de 2013, organizado por la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados.

que las funciones de la Cámara de Diputados están en representar a la ciudadanía, fiscalizar la actuación gubernamental (típicamente de aquellos órganos subordinados al Presidente de la República, problemáticamente, en los demás órganos que gozan de autonomía) y participar en el proceso de formación de ley. En cuanto al Senado, a prestar su anuencia a determinadas decisiones del Presidente de la República y participar en el proceso de formación de ley.

En tal sentido, el texto da cuenta de cómo desarrollan al *interior del edificio* del Congreso Nacional sus funciones los diputados y senadores que lo integran, pero nada dice, porque no correspondía en esa oportunidad, a la labor distrital o de circunscripción que los diputados y senadores, respectivamente, realizan *fuera del edificio*. En particular, durante los días en que no hay sesiones.

Así, como nueva advertencia para los lectores del texto comentado, su lectura entregará nociones bastante cercanas sobre *cómo se organizan* los debates y toma de decisiones de los diputados y senadores. Sin embargo, no da cuenta de la labor desarrollada en sus territorios electorales, quizás la labor más desgastante y menos valorada, quizás por desconocimiento ciudadano, que realizan los integrantes políticos del Congreso Nacional.

#### 4 ESTADO DE SITUACIÓN LITERARIA Y UN COMENTARIO FINAL

Revisado el catálogo de la Biblioteca del Congreso Nacional, donde es plausible estimar que se encontrarán todas o la mayoría de las obras que sobre *Derecho Parlamentario* se han publicado, se encuentran 55 resultados con tal parámetro de búsqueda. Sin embargo, solo tres de ellos se abocan a la misma materia que el texto comentado <sup>2</sup>.

Y quizás ese sea el principal valor del texto.

Buena parte de la literatura sobre derecho público chileno surgida durante la vigencia de la actual Constitución Política ha estado concentrada en el Derecho Constitucional y Administrativo, y el Congreso Nacional ha sido un área propia de investigación, más que para la doctrina jurídica, para la ciencia política mediante sus investigaciones de campo. En tal sentido, ha sido un *lugar común* señalar que Chile cuenta con un presidencialismo exacerbado, cuando el conocer no solo *para qué sirve* una asamblea representativa, sino *cómo opera* la misma y sus integrantes en la toma de decisiones, permitiría cuestionar la validez de tal aseveración <sup>3</sup>.

Así, la renuncia del gremio jurídico a la dogmática de los procesos internos del Congreso Nacional, y solo ocuparse de su resultado más típico como es la legislación, no solo es visible en la baja cantidad de literatura en la materia, sino en la casi total ausencia de cursos sobre Derecho Parlamentario dictados en las escuelas de Derecho del país.

Y esto, a lo menos, debería llamar a una reflexión, pues si bien la idea de un Estado de Derecho es otorgar certeza sobre la consecuencia de las conductas humanas mediante la creación de textos de autoridad, órganos y procedimientos

<sup>2</sup> LARRAÍN ZAÑARTU, J. *Derecho Parlamentario chileno*, (1896); NOGUEIRA, H. Congreso Nacional, Introducción al *Derecho Parlamentario chileno y comparado latinoamericano*, 1992 y BROWN, L. *Derecho Parlamentario en Chile*, 2004.

<sup>3</sup> FERRARO, A. *Friends in high places: congressional influence on the bureaucracy in Chile*, 2008.

para su ejecución, creados precisamente por personas que los representan (otra no es la idea de la elección periódica de los integrantes de los Parlamentos o Congresos Nacionales), el no prestar atención cómo tales representantes ejecutan su mandato representativo es una plausible negligencia del mandante. No basta con elegir a alguien para ejecutar una idea, también debe prestarse atención a cómo se ejecuta la misma, pues al entender ello, se puede comprender por qué existe una discordancia entre lo informado por los medios de comunicación social y lo ocurrente en uno de los órganos estatales más expuestos al escrutinio público.

Hasta donde la ausencia de trabajos como el comentado, que intentan, reconociendo sus propias limitaciones, explicar *no qué se hace, sino cómo se hace* aquello que ocurre al interior del Congreso Nacional chileno, expliquen la baja valoración social del mismo, es una cuestión abierta a investigación y polémica.

Con todo y para no generalizar, sino hacer las correspondientes distinciones, no cabe olvidar que precisamente han sido los autores del texto en comento, quienes junto a otros de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, quienes han realizado un trabajo académico de larga data en la materia a través de artículos, diplomados y magísteres, cuyos orígenes podemos encontrarlos en el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa (CEAL), en 1989.

En tal sentido, esta obra es una buena herramienta para que aquellos que trabajamos cotidianamente en el Congreso Nacional, tengamos un texto común sobre el cual comenzar a escribir aquello que por sus propias limitaciones, el texto no contiene: una relación de cómo las *prácticas parlamentarias* efectivamente ejecutan las instrucciones que la Constitución Política, la ley y el reglamento de cada Cámara disponen. Ese suplemento de información permitirá a la ciudadanía y, en particular, a los nuevos integrantes de cada rama del Congreso Nacional, entender de mejor manera cómo cumplir el mandato que la ciudadanía entrega en cada proceso electoral.

# III

## Congreso Nacional, participación y era informática: Las necesidades democráticas de nuestro Ágora actual

Ramón Mayorga McDonald\*

### SUMARIO

1 Del Ágora al Parlamento - 2 Democracia semidirecta: participación ciudadana en el ejercicio del poder – 2.1 Consultas populares: plebiscito y referéndum – 2.2 Iniciativa popular de ley – 2.3 Revocación popular del mandato o *recall* – 3 Democracia participativa en los sistemas comparados – 3.1 Suiza (Confederación helvética) – 3.2 Italia – 3.3 Estados Unidos de Norteamérica – 3.4 América Latina – 4 Legislación y era informática – 5 El Congreso Nacional chileno en este escenario: análisis y conclusiones – Bibliografía.

### RESUMEN

La participación política de la ciudadanía desde la antigua Grecia, con sus asambleas, hasta los Estados modernos, con sus diferentes Parlamentos, ha sufrido diferentes modificaciones, crisis, fortalecimientos, etcétera; buscando e ideándose diversos mecanismos para una mejor y mayor participación en función del número de ciudadanos y de las necesidades y realidades cambiantes. Chile posee un sistema político presidencialista que desarrolla su Poder Legislativo a través de un Congreso Nacional bicameral donde sus representantes son elegidos por elección directa. Pero la participación democrática ciudadana no se limita a una votación puntual, sino que existen otros mecanismos como referéndums, plebiscitos, iniciativas populares de ley, uso de los modernos medios de comunicación social. A pesar del acceso a mayor

---

\* Egresado de Derecho, Universidad Austral de Chile. Ayudante de Derecho Constitucional. Ganador del Concurso de Ensayos de la Academia Parlamentaria, "El Congreso de mi país: presente y futuro", marzo de 2013.

información, del empoderamiento político de los ciudadanos, de la creación de mecanismos que favorecen la transparencia y el control legislativo, la participación sigue siendo deficitaria y limitada por un sistema binominal y una Constitución que la imposibilita; llevando al ciudadano a refugiarse en el ciberespacio para expresar sus anhelos, deseos, críticas y comentarios sobre el actuar político y así ejercer de algún modo su participación en el nuevo Ágora.

**Palabras clave:** ágora, Congreso, sistema binominal

## THE NATIONAL CONGRESS, PARTICIPATION, AND THE AGE OF INFORMATION TECHNOLOGY: THE DEMOCRATIC NEEDS OF OUR CURRENT AGORA.

### ABSTRACT

*From ancient Greece, with its assemblies, to modern States, with their parliaments, the participation of the citizenry in the political process has undergone many crises and changes; new mechanisms have been sought and devised to improve and promote greater participation based on the number of citizens and their changing needs and realities. Chile has a presidential political system that conducts its legislative power by means of a bicameral National Congress, whose representatives are elected by direct election. However, citizens' democratic participation is not limited to merely voting in elections. Other mechanisms may be employed, such as referendums, plebiscites, citizen initiatives, the use of modern social media, etc. In spite of improved access to information, the political empowerment of citizens, greater transparency, and better legislative oversight, the participation of the citizenry remains weak and limited by the binomial system and the current constitution. This has led many citizens to resort to using cyberspace as a means of expressing their hopes, desires, criticisms, and comments with regard to politics and, thus, participate in the new agora.*

**Key words:** agora, Congress, binominal system

### 1 DEL ÁGORA AL PARLAMENTO

Probablemente el principal aporte que la rica cultura griega antigua ha dejado a la organización de los Estados contemporáneos, además de la propia idea de política, es haber sentado las bases de los regímenes democráticos. Bajo el gobierno de Pericles en el siglo V a.C., el modelo más célebre de democracia ateniense alcanzó su apogeo. Funcionaba con el pueblo reunido en la *Ekklesia* (Asamblea), decidiendo las cuestiones de la vida pública y aprobando las leyes. La *Boulé* (Consejo) era un órgano previo de preparación de las asambleas y la *Heliaia* (tribunal popular) exigía rendición de cuenta a todos los magistrados <sup>1</sup>. La vida pública de la *polis* se desarrollaba en el *ágora*: la plaza de la ciudad-estado, espacio idóneo para el desarrollo de la vida social y política. Sin embargo, la romántica idea del gobierno directo de la comunidad política por el pueblo no acabó teniendo buenos resultados. “*Mientras que los griegos*

<sup>1</sup> Cfr. MANGAS, J. *Textos para la Historia antigua de Grecia*. Madrid: Cátedra, 2000, p. 101.

*han dejado a la humanidad verdaderos tesoros en literatura, arte, filosofía, y ciencias naturales o políticas, su sistema de gobierno resultó un fracaso”*<sup>2</sup>, sentenciaba Karl Loewenstein.

Hoy, aunque toda democracia sigue teniendo fundamento en una participación activa e informada de los ciudadanos en las tareas del gobierno y la legislatura, los Estados adoptan su vertiente representativa debido a las múltiples dificultades prácticas que representa la democracia directa y que los propios griegos percibieron a medida que la *polis* crecía territorial y demográficamente. Así, la participación constante del pueblo en los asuntos públicos ha sido más bien una curiosidad propia de comunidades muy reducidas numérica y geográficamente lo que se explica por dos razones fundamentales. Una, las inevitables dificultades prácticas que implica reunir y lograr el consenso de poblaciones dispersas y numerosas; otra, por las escasas oportunidades institucionalizadas que tienen los ciudadanos para formar parte de los procesos políticos (esta última dificultad evitable si se fortalece la democracia por medio de instrumentos participativos).

El ágora en que los ciudadanos se reunían a discutir los asuntos de la polis en búsqueda del bien común dejó de ser tal. Como continuadores de la función de servir como máximo espacio de discusión y decisión pública en las democracias modernas surgieron los Parlamentos y las Asambleas Legislativas. El Parlamento es el órgano formado por una o varias asambleas o cámaras, compuestas cada una de un número elevado de miembros, cuyo conjunto cumple fundamentalmente con la función legislativa. En dicho espacio, los representantes del pueblo discuten y debaten acerca de las políticas del Estado. En el ordenamiento constitucional chileno, el Parlamento recibe el nombre de Congreso Nacional, Corporación con más de doscientos años de vida republicana.

Sin embargo, como toda creación humana, el Congreso Nacional chileno también ha sufrido del desgaste que el paso del tiempo produce en las instituciones y de las malas prácticas que algunos de sus integrantes han ejecutado atentando contra la credibilidad y el honor de un organismo de máxima importancia. Ello ha provocado decepción y apatía del común de los ciudadanos por el sistema y por la clase política. La frustración con la ineficacia de la representación política se produce cada vez que las reformas de fondo a las que una mayoría de ciudadanos aspira, se entrampan en las cúpulas partidistas y la discusión del problema suele pasar al olvido en el archivo parlamentario.

Los votantes se sienten atados de manos una vez electos los representantes. La desconfianza se ha incitado en gran medida por la evidente influencia de los grupos de presión, el *lobby* y la negociación partidista sobre los órganos legislativos, minando la debida correspondencia entre la voluntad general del pueblo y la manifestada por los representantes, que debiera ser esencial para la legitimación democrática de las decisiones políticas.

Hace siglos atrás el padre de la democracia moderna, Jean Jacques Rousseau señalaba que *“el pueblo inglés cree ser libre; pero está muy equivocado: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento; pero tan pronto*

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 96.

*como son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada”<sup>3</sup>.*

Para atenuar o resolver estas crisis de representatividad de las que sufre el sistema político en general y el órgano legislativo en particular, se han utilizado diversos correctivos a través de los cuales el ejercicio de la soberanía radicado normalmente en los órganos del Estado se restituye en ciertas ocasiones, al pueblo para que decida sobre asuntos controvertidos, revoque la elección democrática de alguna autoridad por faltas graves o presente sus propias iniciativas legislativas ante el Parlamento. El largo camino que precede el nacimiento de una política pública puede verse abreviado por un modelo participativo llamado *democracia semidirecta, democracia semirepresentativa o democracia participativa*. Han resultado muy útil para estos efectos, las herramientas que las redes sociales y las nuevas tecnologías han entregado a algunos sistemas democráticos que se han apoderado de ellos para tener un nuevo canal de expresión ciudadana.

Chile ha estado ajeno a la recepción de un modelo de estas características. En lo que dice razón con la recepción de los denominados “mecanismos de participación directa de la ciudadanía”, la Constitución vigente solo recoge dos hipótesis de importancia irrisoria: el referéndum constitucional facultativo para el Presidente de la República ante discrepancias con el Congreso Nacional en el contexto de una reforma constitucional (nunca aplicado en la historia de la Constitución de 1980), y los plebiscitos y consultas populares a nivel de administración comunal (con una pobre aplicación, debido entre otras cosas, a que su costo corre por cuenta del municipio). La razón es que el sistema tiene en su esencia, la idea de democracia protegida que proviene de la desconfianza que quienes elaboraron la carta fundamental tenían por el sufragio universal y la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas.

Participación ciudadana y tecnología al servicio de la democracia son dos tópicos de gran relevancia en la actividad de un órgano legislativo como nuestro Congreso Nacional. De allí que, revisando el presente de dicha Corporación y soñando su futuro, resulte de sumo interés abordar estas temáticas que de incluirse en el actual escenario, lograrán revitalizar nuestra democracia y servir de auxilio y guía a la actividad legislativa. Del mismo modo que un faro guía el camino de una embarcación, estos canales permitirán que la actividad parlamentaria nunca se desvíe de su norte: la voluntad general.

Haremos una revisión acerca de los distintos mecanismos de democracia semidirecta y cómo han sido recogidos en distintas democracias del globo y como punto aparte, revisaremos la importancia creciente que las nuevas tecnologías y el internet están teniendo en los sistemas democráticos. Luego de estas revisiones, nos propondremos analizar qué sucede con estas cuestiones en el sistema político chileno y en el Congreso Nacional. ¿Incorporar estos mecanismos será una necesidad para adecuar la actividad legislativa a las exigencias de una democracia del s. XXI?

---

<sup>3</sup> ROUSSEAU, J.J. *El Contrato social*, Madrid: Austral, 1993, p. 125.

## **2 DEMOCRACIA SEMIDIRECTA: PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL EJERCICIO DEL PODER**

Tradicionalmente los sistemas democráticos se han clasificado entre democracias directas y democracias representativas, sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, han logrado conjugarse ambos modelos. Así, la democracia directa (impracticable hoy en día por sí sola), ha pasado a verse como un complemento a la democracia representativa. Es el caso de la democracia semidirecta, o participativa. Los mecanismos a través de los cuales se ejerce una democracia semidirecta son esencialmente cuatro: el plebiscito, el referéndum, la iniciativa popular de ley y la revocación popular del mandato representativo, también llamada *recall*.

### **2.1 Consultas populares: plebiscito y referéndum**

Aunque formalmente ambas son herramientas idénticas, se diferencian por una cuestión material: el objeto de la consulta. Así, si se somete a aprobación popular, la vigencia de una norma constitucional o legal, estamos frente a la figura de referéndum. Al contrario, si se consultan cuestiones políticas distintas de la aprobación de una norma, nos encontramos ante la figura de plebiscito. Para ilustrar, la consulta que se llevó a cabo en 1988 respecto a la continuidad o no de Augusto Pinochet al mando del país fue un plebiscito; mientras que la consulta realizada en 1989 respecto a la aprobación de las 54 reformas constitucionales propuestas, se trató de un referéndum constitucional.

El plebiscito es un mecanismo jurídico mediante el cual un órgano representativo somete a la decisión del pueblo una materia o asunto de excepcional interés en la vida colectiva, tal como la decisión de un cambio de soberanía territorial, la renovación de un gobernante en su función sin elecciones competitivas o cualquier otra cuestión que no implique la aprobación de una norma. No se trata de someter a la decisión del electorado la aprobación de una norma constitucional o legislativa, pues caeríamos al ámbito competencial de la figura del referéndum. La figura del plebiscito queda reservada a votaciones sobre cuestiones no constitucionales y no legislativas<sup>4</sup>.

### **2.2 Iniciativa popular de ley**

En toda democracia representativa clásica, los únicos órganos facultados para intervenir en el procedimiento legislativo son el Parlamento y el Ejecutivo, como en el caso chileno en que el Presidente de la República es colegislador. La iniciativa popular de ley aparece como atenuante a este representativismo, un derecho constitucionalmente consagrado a los ciudadanos de presentar proyectos de ley ante el órgano competente, ya sea para crear o derogar leyes. Puede ser de dos clases: formulada y no formulada. En la iniciativa formulada, se somete a tramitación legislativa un proyecto de ley a texto completo. Al contrario, la iniciativa no formulada

<sup>4</sup> Cfr. BORJA, R. *Derecho Político y Constitucional*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 187.

sólo implica plantear la “idea de legislar”, pero no se señala el texto preciso de la ley. El número de firmas y el plazo en que ellas deben reunirse es muy variable. Lo que está en juego en la iniciativa popular de ley es si los partidos deben monopolizar toda iniciativa política, o si por el contrario, los ciudadanos de manera autónoma pueden conservar ese derecho radicado originalmente en el principio de soberanía popular <sup>5</sup>. La iniciativa es vinculante para los órganos legislativos, pues conlleva la obligación de dichos órganos de darle tramitación a la ley resolviendo acerca de lo que ella trate.

### 2.3 Revocación popular del mandato o *recall*

La vía más tradicional de destitución de una autoridad pública siempre ha sido la del mal llamado juicio político o *impeachment* en manos del Parlamento previa concurrencia de un quórum determinado y una de las causales expresamente señaladas en la Constitución. Es una herramienta en manos de las cúpulas partidistas, en que la opinión del pueblo sobre el desempeño del funcionario o el juicio que estos hagan de la conveniencia o legitimidad de sus actuaciones, carece de relevancia absolutamente. Lo contrario ocurre al consagrarse este instrumento mucho más expedito que también es llamado *recall*, por medio del cual ciertas autoridades en principio inamovibles durante su periodo constitucional, dejan de serlo al poder ser destituidos mediante una votación popular y cumpliendo una serie de requisitos. Aquí se incluye la función de los parlamentarios que no son sujetos de acusación constitucional.

La revocación popular del mandato representativo es una modalidad del plebiscito que persigue poner término anticipado al mandato de un representante por medio del sufragio de los ciudadanos que ratifican o revocan su permanencia en una función pública. Puede ser individual o colectiva. Es individual cuando busca poner fin al mandato de un representante en particular y colectiva cuando busca poner fin al mandato de todos los miembros de un órgano colegiado. En ciertos casos, cumple la función de resolver una crisis de gobierno al destituir al detentador de la autoridad. Para asegurarse que realmente se busca resolver una crisis de gobierno y no solo desestabilizarlo, los requisitos para su convocatoria suelen ser altos respecto del número de ciudadanos solicitantes del plebiscito revocatorio de mandato.

## 3 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN LOS SISTEMAS COMPARADOS

Los instrumentos paliativos de la democracia representativa que acabamos de individualizar, han sido recogidos de manera diversa en los distintos órdenes constitucionales del mundo. De hecho, para ilustrar esta cuestión, en el largo período de 1900 a 1993 se practicaron en Suiza 414 consultas populares, en el resto de Europa 149 veces; en el Medio Oriente 93 veces, en Asia 30 veces, en países americanos 49 veces, y en Australia/Nueva Zelanda 64 veces <sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. RENDÓN CORONA, A. “La democracia semi-directa, referéndum, plebiscito, iniciativa popular y revocación del mandato”. En: *Revista Iztapalapa*, n° 48, 2000, p. 320.

<sup>6</sup> \_\_\_\_ *Op. cit.*, p. 312.

En Europa Occidental los sistemas donde propiamente existe una democracia plebiscitaria son Suiza, Dinamarca e Irlanda. En un rango medio están Francia, Italia, Noruega e Irlanda. Su uso es menos frecuente en España, Islandia y Luxemburgo e irrelevante en Austria, Bélgica, Finlandia, Gran Bretaña y Grecia. Por ejemplo, tanto en Francia como en España, los gobiernos de Chirac y Rodríguez Zapatero respectivamente llevaron adelante consultas populares para conocer la opinión de la ciudadanía en torno a la ratificación de la Constitución de la Comunidad Europea.

### 3.1 Suiza (Confederación helvética)

La democracia participativa ha tenido amplia tradición y desarrollo en Suiza. Su modelo histórico se funda en la Constitución de la Confederación suiza de 1848, reformada en 1874, que contempla un gobierno directorial o de democracia semidirecta cuyos órganos principales son el órgano legislativo (Asamblea Federal con dos ramas: Consejo Nacional y Consejo de los Estados); el órgano ejecutivo (Consejo Federal, que elige al Presidente y Jefe de Estado); y el gobierno de los cantones, en que tres de ellos (los más pequeños y agrarios) contemplan asambleas generales del pueblo donde votan leyes, entre otras normas.

Respecto de la reforma de la Constitución Federal, toda aquella que se practique debe ser aprobada en referéndum constituyente y la reforma sólo entrará en vigencia una vez aprobada en cada uno de los cantones. En tanto, el referéndum legislativo es facultativo y no procede respecto del presupuesto y leyes financieras. Aprobada una ley por la Asamblea Federal, si lo piden treinta mil ciudadanos activos u ocho cantones debe ser sometida a la aprobación popular. Igualmente, con los tratados internacionales de duración indefinida o por más de quince años. Se contempla, por otro lado, la iniciativa popular que en materia constitucional debe ser suscrita a lo menos por 100.000 electores en un plazo de 18 meses. En siete cantones suizos se contempla la revocatoria colectiva pudiendo pedirse la disolución anticipada del Parlamento cantonal <sup>7</sup>.

### 3.2 Italia

En Italia se ha acogido la iniciativa popular formulada, al permitir la Constitución que 50.000 electores presenten un proyecto de ley redactado en artículos. Respecto a la institución del referéndum facultativo, la Constitución italiana contempla dos clases: uno en materia constitucional y otro en materia legislativa, aunque solo con eficacia derogatoria. También se han consagrado en la Constitución italiana las herramientas del referéndum y la iniciativa popular con aplicación en los ordenamientos regionales que han resultado ser aplicados en variadas ocasiones.

Solo como prueba que en el país de la bota estas herramientas han tenido alta importancia, baste señalar que el aborto y el divorcio nacieron allí por una iniciativa popular que se generó a raíz del rechazo por parte del Parlamento italiano a los proyectos respectivos. Entonces, con la firma de 50.000 ciudadanos, el pueblo inició

<sup>7</sup> Cfr. MOLINA, H. *Instituciones Políticas*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2009, p. 175-176.

los proyectos de ley forzando a un plebiscito mediante el cual fueron aprobados definitivamente.

### 3.3 Estados Unidos de Norteamérica

Tienen una histórica tradición en el campo de la democracia participativa. En sus inicios republicanos tuvo gran importancia la institución de la asamblea popular originándose a fines de la segunda década del siglo XVII en la Bahía de Massachusetts y se extendió a New Hampshire, Connecticut, Rhode Island, Vermont y Maine. Dicho órgano de gobierno fue elogiado en su tiempo por Thomas Jefferson, Alexis de Tocqueville y otros. En el marco de la Declaración de Independencia de 1776, también intervino la opinión de los votantes para aprobar la Constitución. Dicha tradición histórica se ha conservado a nivel estatal, más no a nivel federal.

Efectivamente, en los Estados Unidos muchos problemas locales se plebiscitan junto con las elecciones de representantes, sobre todo en Estados del Medio Oeste. Unos quince Estados contemplan el referéndum constituyente; unos veinte tienen el referéndum legislativo, y el *recall* también lo contemplan algunos Estados Federados.

Sobre esta última herramienta, cabe señalar que cerca de treinta Estados contemplan la revocación de muchos mandatos que tienen ciertas autoridades estatales. En el Estado de Colorado se podía incluso, hasta hace un tiempo, revocar decisiones judiciales, lo que finalmente fue derogado. Solo a modo de ejemplo, cabe recordar que en el mes de agosto del año 2006, el Gobernador del Estado de California, Gray Davis, fue destituido de su cargo mediante una revocatoria promovida por iniciativa popular de más de un millón de electores. En el mismo acto, fue elegido en el cargo el actor norteamericano Arnold Schwarzenegger, reelecto después en 2007.

Hoy fundamentalmente, las formas activas de participación ciudadana en los Estados Unidos son varias. La Asamblea popular, por medio de la cual los votantes de una localidad asisten a tomar decisiones sobre asuntos de relevancia local, aún se observa en muchos poblados de Nueva Inglaterra. Para tomar estas decisiones, los asistentes son orientados por el Comité Financiero y el Directorio de Planificación de la localidad, entre otros funcionarios locales. Otros instrumentos son los referéndums y plebiscitos, la revocatoria e iniciativa popular de ley. Respecto de este último instrumento se permite que los votantes propongan y promulguen leyes sin la acción del cuerpo legislativo. Un ejemplo de la aplicación de una iniciativa popular, fue la presentación y aprobación por parte de los votantes de Anchorage, Juneau y Fairbanks, en Alaska, de un proyecto de ley para el congelamiento de las armas nucleares en sus territorios (1982) <sup>8</sup>.

### 3.4 América Latina

El contexto político reciente de Latinoamérica aún está empapado por el autoritarismo que vino de la mano de las dictaduras de índole militar. Sin embargo, hoy la región goza del mayor número de gobiernos elegidos por votación popular de

<sup>8</sup> Vid. ZIMMERMAN, J. *Democracia participativa: el resurgimiento del populismo*. México D.F.: Grupo Noriega Editores, 1992.

su historia. El retorno a la democracia de muchos países, sirvió de oportunidad para institucionalizar diversas herramientas que aseguren la legitimación democrática de las decisiones estatales durante la década de los noventa. No obstante, la voluntad de fomentar una mayor participación popular ha tenido como gran barrera los bajos niveles de participación en organizaciones de la sociedad civil y política de los ciudadanos de estos países. Argentina, Paraguay, Brasil, Venezuela, Uruguay, Perú, entre otros contemplan mecanismos de participación a nivel constitucional. No es el caso de Chile, que analizaremos con detención en apartados posteriores.

Uruguay es un país con larga tradición en la utilización de mecanismos de democracia semidirecta. Un ejemplo de esto es el plebiscito de 2004 en que se decidió sobre la privatización del agua en el país. Los resultados de la consulta arrojaron que un 60 % se manifestó a favor de introducir a la Constitución una declaración que señale que el agua es un recurso natural esencial a la vida y que el acceso a este y todos los servicios de saneamiento son derechos humanos fundamentales. Ello conllevó a que hoy en día los servicios públicos de abastecimiento de agua son prestados exclusivamente por el Estado uruguayo.

La Constitución uruguaya consagra el ejercicio directo de la soberanía por el cuerpo electoral para los casos de elecciones populares, iniciativa popular y referéndum. En materia constitucional, existe iniciativa popular del 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional; dicha iniciativa debe ser sometida a referéndum; al igual que la iniciativa de reforma constitucional por el órgano legislativo. Lo mismo se reproduce en materia legislativa y también a nivel departamental, donde la iniciativa popular y el referéndum se encuentran consagrados explícitamente.

Por otro lado, en Venezuela se ha vivido un proceso similar. La Constitución de 1999, impulsada por el presidente Hugo Chávez y bautizada “Bolivariana” introduce un capítulo completo referente a participación ciudadana a través de mecanismos de democracia semidirecta. El propio Chávez, fue un asiduo partidario del uso de estas herramientas. Se contempla el referendo consultivo sobre materias de especial trascendencia nacional. Existe también el referéndum legislativo tanto aprobatorio como derogatorio. Sin embargo, una de las novedades de dicha carta fundamental que ha llamado más la atención es el uso de la revocación popular del mandato. La propia norma constitucional en su artículo 72 reza: “*Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables*”. De hecho, en 2004 el mandato del propio Hugo Chávez como Jefe de Estado, fue objeto de un referéndum llamado revocatorio para sus opositores y ratificadorio para sus adherentes. Los resultados acabaron arrojando un amplio apoyo al mandatario.

Por último, Perú también ha vivido un proceso de recepción de estos instrumentos en la Constitución Política de 1993. La mencionada Constitución fue aprobada en referéndum, aunque personalizando el debate por el entonces presidente Alberto Fujimori, que manifestó que lo que se votaba no era la nueva Constitución, sino la aprobación de su gestión presidencial. Debido a ello, el resultado fue apenas superior al 50 % de los votos, muy lejos del 80 % que las encuestas auguraban antes de dichas declaraciones.

Dos son los artículos que se ocupan de dichos mecanismos en la Constitución peruana. Por una parte el artículo 2, inciso 17, que reconoce como derechos de la persona “la remoción y revocación de autoridades, iniciativa legislativa y referéndum”, y el artículo 31, que añade como derechos políticos a los antes mencionados la rendición de cuentas<sup>9</sup>.

#### 4 LEGISLACIÓN Y ERA INFORMÁTICA

Por otra parte, nuestro sistema no puede ignorar el contexto histórico y social en que se desenvuelven las democracias modernas. Para nadie es novedad que las nuevas tecnologías, el uso masificado del internet y de las redes sociales han calado hondo en la cultura de las sociedades y de los Estados. Atrás quedó la época en que no existían canales de opinión ciudadana no elitistas y la masificación de estas herramientas de información a gran escala dio pie a la llamada “revolución digital”.

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) aparecen como instrumentos potenciales de progreso político y como una herramienta útil y necesaria para atenuar las amplias crisis de representatividad que un gran número de Estados respiran hoy. En un ambiente en que pareciera que el mundo de la política se encuentra alejado de la real voluntad popular, las TIC pueden actuar como verdaderas facilitadoras de un acercamiento de voces entre el Estado y los ciudadanos<sup>10</sup>. A través de ellas la participación política es más fácil, flexible. El “ciberciudadano” se involucra en la estructuración del debate y espera ser mejor consultado y escuchado.

A diferencia de sus inicios, las redes sociales han hecho que el internet pase a ser un salón de conversación amplio e inclusivo. El ágora ateniense a la que nos referíamos al comienzo de este trabajo vuelve a manifestarse superando los inconvenientes que conlleva el factor numérico de la población y la dispersión territorial. Así se hizo posible un “ágora cibernética” igualitaria y colaborativa gracias a la expansión del internet. El internauta ya no es solo receptor de información, sino que también es actor de su propia información. Ello ha sido una mutación cultural y social fundamental que manifiesta el empoderamiento o *empowerment* ciudadano<sup>11</sup>.

Los dispositivos que proporciona la emergente democracia digital (Facebook, Twitter, Blogs, entre muchos otros) permiten recordar, como ya hemos dicho, una especie de ágora virtual de intervención directa y sin intermediarios en la que los ciudadanos de la “aldea global” alcen sus voces, voten, debatan y se involucren en los asuntos públicos<sup>12</sup>. Pese a esta gran oportunidad que la revolución digital ha presentado a las democracias, el representativismo conserva una mirada escéptica hacia la labor del ciudadano en esta materia, lo que dista mucho de la figura del ya consolidado “ciberciudadano” que se desenvuelve en plena sociedad del conocimiento y la información.

<sup>9</sup> Cfr. MARAVÍ SUMAR, M. “El funcionamiento de las instituciones de la democracia directa en el Perú a partir de la Constitución Política de 1993”, En: *Ius et Praxis. Derecho en la región*, año 4, 2, 1998.

<sup>10</sup> GIULIANO, D. “¿Rememorando el ágora ateniense? Las TIC y la (re)construcción del espacio público en el siglo XXI. En: Publicaciones Le Monde Diplomatique – Editorial. *Aún creemos en los sueños*, Santiago de Chile (2010), p. 40.

<sup>11</sup> Cfr. CORVAL, X. “Desafíos y logros de la democracia electrónica”. En: Publicaciones Le Monde Diplomatique. *Democracia Electrónica ¿Qué desafíos para América Latina? Aún creemos en los sueños*, Santiago de Chile, 2010, p. 13.

<sup>12</sup> GIULIANO, D. *op. cit.*, p. 41.

Ya de muchas maneras se ha manifestado la irrupción de una naciente “democracia electrónica”. La campaña presidencial de Barack Obama en Estados Unidos fue pionera en este sentido, al hacer uso de masivos canales a través de redes sociales para concitar el apoyo popular. Otras manifestaciones de aquello ha sido el establecimiento de cierta colaboración digital en el ámbito legislativo con la iniciativa *Today I decide* de Estonia (2001) y retomada por la Unión Europea (2007) en su programa TID+; el establecimiento de la petición electrónica experimentada por el Parlamento de Escocia y luego por el *Bundestag* alemán y la Asamblea galesa. También lo sucedido a través de la estrategia numérica territorial global de la ciudad de *Issy-les-Moulineaux*, pionera en materia de e-democracia en Francia, como buen ejemplo con tres ejes principales (transparencia, consulta ciudadana, y nuevas oportunidades; página [www.issy.com](http://www.issy.com))<sup>13</sup>.

Sin embargo, una de las experiencias más adelantadas en esta materia, fue el último proceso constituyente del insular Estado islandés, el que ha llegado a denominarse como “Revolución islandesa” al conjunto de escenarios políticos que comenzaron en 2008, con masivas protestas en plena recesión económica a fin de exigir la renuncia del añoso Gobierno de derecha que gobernaba la isla. Asambleas populares y manifestaciones ciudadanas fueron el punto de partida de un proceso constituyente participativo nunca antes visto en la historia constitucional mundial. Los movimientos ciudadanos que habían alzado la voz convocaron a un fórum nacional masivo que sentaría las bases de la futura Asamblea Constituyente y que sería transmitido a través de internet a todo el país. En 2010 el Parlamento islandés aprobó el Acta Constitucional emanada de dicho foro y convocó a uno nuevo cuyos miembros serían elegidos de una muestra aleatoria del Registro Nacional con especial atención a una razonable distribución de los participantes a lo largo del país, y una división igualitaria entre géneros, en la medida de lo posible. El foro fue realizado y sus conclusiones plasmadas en un documento de setecientas páginas con las principales directrices de los pretendidos cambios constitucionales. A fines de 2010, se convocó a elecciones de los veinticinco miembros de la Asamblea Constitucional. A mediados de 2011 el Consejo presentó al Parlamento el borrador de Constitución que hace pocos meses fue sometida a referéndum no vinculante en que participó un 50 % de la población electoral y se aprobó por amplia mayoría, reformas tales como la nacionalización de los recursos naturales.

Lo que caracterizó este proceso constituyente fueron los amplios canales de participación ciudadana durante su desarrollo. A través de la página *web* oficial de la reforma constitucional, llamada *Stjórnlagaráð*, los ciudadanos podían consultar semana tras semana los nuevos artículos propuestos para su inclusión en la Constitución y comentar directamente su opinión sobre los mismos. De igual manera, los textos propuestos son inmediatamente publicados en Facebook y Twitter; y en Youtube se publican periódicamente, entrevistas a los miembros del Consejo Constitucional islandés sobre materias de discusión. Incluso Flickr ha tenido su función en este proceso, al publicarse diariamente en dicha página fotografías del trabajo de los consejeros, tanto en sus comisiones como en sus plenos.

<sup>13</sup> Cfr. CORVAL, X. *Op. cit.*, pp. 11-12.

En definitiva, la era informática y la posibilidad de las TIC de aportar a las democracias contemporáneas justifican más que nunca la adopción de estos instrumentos a la función legislativa y más ampliamente al sistema constitucional chileno.

## **5 EL CONGRESO NACIONAL CHILENO EN ESTE ESCENARIO: ANÁLISIS Y CONCLUSIONES**

¿Qué relación tiene nuestro órgano legislativo con las herramientas de participación ciudadana directa que hemos revisado y con las herramientas cibernéticas? Con la primera de ellas su vinculación es inexistente debido a que nuestro sistema constitucional no recoge ninguna de estas herramientas. Solo en el caso del referéndum constitucional ante discrepancias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional participa indirecta y pobremente, ya que fue diseñada como una herramienta para el órgano ejecutivo y que es facultativo para el Jefe de Estado y, además, sólo él puede convocar a la consulta nacional. En lo que respecta al segundo aspecto, el Congreso Nacional ha tenido una interesante experiencia que representa un gran avance. A través de las plataformas de la Biblioteca del Congreso Nacional, [www.leychile.cl](http://www.leychile.cl) y [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl) se ha logrado acercar la actividad legislativa al ciudadano común y corriente.

En lo que respecta al primer tema, no es una cuestión inédita en el debate parlamentario la inclusión de mecanismos de democracia participativa en la actividad del Congreso Nacional. Han sido muchas las iniciativas que en sede constituyente se han presentado para introducirlos en el sistema político chileno. Todas ellas, están elaboradas a este respecto, a partir de dos normas claves en la Constitución vigente. La primera es el artículo 5 según el cual la soberanía se ejerce tanto indirectamente a través de los representantes electos en votación popular, como directamente a través de las elecciones y los plebiscitos. Pero no toda elección ni plebiscito propuesto por las autoridades políticas del país podría ser llevado a efecto, puesto que la propia norma fundamental en su artículo 15 establece que solo podrá convocarse a la ciudadanía a las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en dicha Constitución.

Mismo razonamiento se aplica para esta cuestión. No es posible establecer mecanismos de democracia directa de rango legal, pues contraponen lo dispuesto por la disposición antes citada. De hecho, la razón histórica de esa norma era que los comisionados de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución pretendían evitar que tras el retorno a la democracia, el Presidente de la República y el Congreso Nacional convocaren a toda clase de consultas no establecidas expresamente en el articulado constitucional.

Así las cosas, bajo el actual esquema jurídico, solo mediante reforma constitucional sería posible la instauración de figuras como el referéndum o la revocación del mandato. Siguiendo esta exigencia, es que múltiples veces han sido presentados proyectos a las Cámaras del Congreso Nacional (fundamentalmente a través de mociones). Los más antiguos datan de 1994 y aunque muchos de ellos

han sido finalmente rechazados o archivados, aún siguen presentándose. En este apartado nos referiremos a los más recientemente presentados.

Todos los proyectos analizados parten como base (en su preámbulo) de la profunda crisis de representatividad que se desarrolla en el Estado chileno, generada entre otras cosas por el sistema electoral vigente (sistema binominal) y las trabas o cerrojos constitucionales establecidos durante la Dictadura Militar para deformar la verdadera voluntad general, no lo suficientemente modificadas desde el retorno a la democracia. Coinciden en referirse dentro de sus consideraciones previas a los conflictos sociales producidos dentro de los últimos años en nuestro país. En consideración a lo anterior, es que a juicio de los suscriptores del boletín 7853-07 *“Es un imperativo ético y político de la mayor envergadura proponer una reforma constitucional que cree estos caminos institucionales de resolución de conflictos y de expresión democrática de las mayorías para lo cual, el mejor expediente es recurrir a la consulta directa a través del pueblo”*.

Los proyectos han planteado introducir los mecanismos de distinta manera. Así, algunos plantean introducirlos en el artículo 15 o mediante modificaciones al Capítulo XV, en otros casos introduciendo un nuevo capítulo a la Constitución exclusivamente referido a la institución de los plebiscitos e incluso introducir en el artículo 19, nº 14, referido al derecho de petición, la iniciativa popular de ley.

Pese a lo notable que es la búsqueda por avanzar en este sentido, muchos de los proyectos presentan fallas a nivel de técnica legislativa reconocibles sin mucho esfuerzo. Es el caso del proyecto de reforma constitucional que establece el plebiscito como medio de decisión ciudadana (boletín 8352-07) que señala: *“Podrán plebiscitarse todo tipo de asuntos de interés público, ya sean de rango administrativo o legal, incluida la convocatoria a Asamblea Constituyente”*. Resulta peligrosa dicha disposición, en el sentido que una cláusula tan genérica como aquella permitiría someter a plebiscito asuntos de seguridad nacional, relaciones exteriores, creación de nuevos servicios públicos e incluso, un alza o baja de impuestos; asuntos todos, que la doctrina constitucional mayoritaria ha coincidido en excluir del plebiscito por las especiales características de dichas materias. Dedicó el proyecto además un inciso completo a la regulación de los plebiscitos comunales, estableciendo características diversas a las señaladas en el párrafo de la Constitución referido a la Administración Comunal. Esto es problemático y absurdo, puesto que el proyecto no contempla la derogación de las disposiciones constitucionales referidas a plebiscito comunal, por lo que existiría una doble regulación paralela sobre dicho asunto.

Otros proyectos como el de reforma constitucional sobre celebración de plebiscitos (boletín 7905-07), no tienen suficientemente claras las categorías que en teoría política y constitucional se han realizado, pues entre otras cosas, confunden en muchos sentidos las nociones de “plebiscito” y “referéndum”, haciendo referencia a sus orígenes históricos mas no a sus diferencias sustanciales. En el mismo proyecto, se señala *“la ciudadanía podrá solicitar al Presidente de la República que convoque a plebiscito cuando cuente con el respaldo de la voluntad, debidamente acreditada, de una cantidad representativa de los ciudadanos con derecho a sufragio”*. ¿Qué se entiende por una cantidad significativa? Evidentemente que no es para nada claro

y el proyecto no lo explica, lo que genera muchísimas dudas en caso de aplicación. Quién definirá si un cierto número de firmas de ciudadanos es lo suficientemente representativa del universo electoral? Tampoco se señala.

Otro caso que presenta inconvenientes a mi juicio, es el del boletín 7560-07, para permitir la iniciativa popular en materias de ley, dentro de su articulado establece que los proyectos podrán tener su origen en un mínimo de 100 ciudadanos. Estimamos que la exigencia es cuantitativamente muy exigua, de modo tal que se podría producir una sobrecarga de trabajo legislativo que finalmente terminaría perjudicando los intereses de la propia ciudadanía. El patrocinio popular a ciertos proyectos de ley debe ser de un número muy superior para contar con la seriedad requerida y para ser tomados realmente en cuenta por los legisladores. Caso opuesto es el del boletín 5982-07 que amplía el ámbito del plebiscito en materia de reforma constitucional e incorpora el referéndum como forma de democracia directa en materia legislativa. Según propone dicho proyecto que consagra el referéndum consultivo, que será vinculante si sufragan al menos cuatro quintos del cuerpo electoral y el proyecto de ley es aprobado por siete décimos de los sufragios válidamente emitidos. Resulta exageradamente alta la exigencia impuesta por este proyecto para reconocer valor jurídico de ley a lo resuelto en dichos referéndums.

En definitiva, si bien ha existido voluntad política por parte de amplios grupos del espectro político en incluir estas herramientas, la técnica legislativa utilizada en plasmar dichas ideas ha sido muy irrisoria y paupérrima. El no desarrollar proyectos con la suficiente acuciosidad y perfeccionismo por parte de los parlamentarios patrocinantes justifica en parte el que hasta ahora no se hayan aprobado ni hayan tenido difusión masiva. Por otra parte, las propuestas son dispersas y no incluyen más de un mecanismo de democracia semidirecta. Un proyecto más integral debería incluir variadas hipótesis modificando en distintos aspectos, el sistema constitucional de toma de decisiones políticas y normativas.

La cuestión del rol que las TIC han desarrollado en la labor legislativa de nuestro Parlamento también es objeto de nuestro análisis. Debemos distinguir entre la faz pasiva y la faz activa del ciudadano digital. La *faz pasiva* es la que se desarrolla al ser el ciudadano un receptor de información por medio de canales oficiales masificados en internet. En esta cuestión, las plataformas de la Biblioteca del Congreso Nacional han desarrollado una importantísima labor. A través de ellas, no solo es posible acceder a la totalidad de las normas que componen el cuerpo legislativo chileno, sino que también, revisar la historia fidedigna del establecimiento de las leyes y revisar entrevistas a parlamentarios. La función pedagógica es quizás una de las más relevantes de estas plataformas, pues es posible acceder a información resumida y aprehensible para el común de los ciudadanos acerca de gran parte de las normas de común aplicación.

La función informativa que cumplen las plataformas parlamentarias también se manifiesta a través de los canales de televisión del Congreso Nacional: el Canal de Televisión de la Cámara de Diputados (CDTV) y TV Senado. En ambos se transmiten, en directo y en diferido, las diversas actividades parlamentarias de Sala

y Comisiones, además de reportajes y entrevistas. Su gran falencia es que solo son accesibles a la población a través de empresas de televisión por cable y satélite: no son canales de televisión abierta, como sí lo es Televisión Nacional de Chile, el canal estatal. De llegar a la televisión abierta algún día, será un gran desafío elaborar una programación atractiva para los telespectadores en sus distintos grupos etáreos. Así, podríamos concluir que la faz pasiva del ciberciudadano se encuentra medianamente desarrollada.

Ello no sucede con la *faz activa* del ciudadano digital, por medio de la cual debiera ser actor en la toma de decisiones públicas. No existen canales de decisión para ellos en el Congreso Nacional, sobre todo porque no existen en nuestro orden constitucional herramientas institucionales de participación directa de la ciudadanía. Un ejemplo de un intento interesante es la herramienta “Senador virtual” disponible en la página *web* del Senado. Por medio de ella, cualquier usuario previamente registrado puede desarrollar una labor muy similar a la de un parlamentario, revisando y votando proyectos de ley. Es una herramienta que por su semejanza superficial trae a colación un modelo de democracia directa electrónica utópico e ideal, en que cada día los ciudadanos conectados a internet revisarían los distintos proyectos de ley y votarían por ellos aprobándolos o rechazándolos. Es un modelo utópico ya que en la realidad de nuestro país hay amplios sectores sin acceso a internet de forma permanente y además la baja educación cívica de nuestro país no permite desarrollarlo de forma exitosa. Lo contrario sucede con los sistemas de democracia participativa antes revisados, en que el pueblo es llamado a pronunciarse solo sobre determinados asuntos pues por regla general la política legislativa se lleva a cabo en el Parlamento.

La plataforma de “Senador virtual” se aleja del modelo utópico al que nos hemos referido, ya que tiene una función fundamentalmente educativa, y supuestamente influyente en la actividad parlamentaria. En la propia página del sistema ([www.senadorvirtual.cl](http://www.senadorvirtual.cl)) se señala que tiene como finalidad general difundir algunos conceptos básicos relativos a la tramitación de las leyes mediante su aplicación directa y, como finalidad específica, producir una retroalimentación entre los senadores y la población respecto de determinados proyectos de ley. Se señala además que las votaciones e indicaciones emitidas por los usuarios se harán llegar a los senadores por medio de la Comisión a la cual corresponda informar el proyecto, y de los Comités Parlamentarios. Lo que queda por determinar es si realmente esto ocurre y si efectivamente las votaciones, observaciones y sugerencias de los usuarios de esta plataforma virtual llegan a manos de los senadores; por lo demás, lo que es más importante aún: si son atendidas u obviadas por los senadores.

Todo lo analizado en este trabajo nos lleva a concluir que la adopción de las herramientas de la democracia participativa y las de la democracia electrónica son reformas necesarias que tarde o temprano tendrá que adoptar el constituyente para perfeccionar la legitimidad democrática de la actividad del Congreso Nacional chileno. El contexto histórico y social en que actualmente se desenvuelven las democracias del mundo, por una parte con la llamada “era informática” o la “revolución digital” y

por otra, con el empoderamiento ciudadano, no puede ser pasado por alto u obviado por los órganos del Estado. La adopción de estas herramientas permitirá a nuestro órgano legislativo gozar de una mayor legitimidad democrática material, al recurrirse constantemente a la opinión de la ciudadanía para resolver los distintos asuntos que atañen al ejercicio del poder público en general y a la actividad parlamentaria en particular. Sin embargo, ello no resulta factible en el corto plazo mientras la actividad del Estado siga desarrollándose en el contexto de una Constitución que desconfía de la participación ciudadana en las grandes decisiones públicas de Chile.

## BIBLIOGRAFÍA

BORJA, R., *Derecho Político y Constitucional*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1991.

CORVAL, X., “Desafíos y logros de la democracia electrónica” en *Democracia Electrónica ¿Qué desafíos para América Latina?*, Publicaciones Le Monde Diplomatique - Editorial Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2010.

GIULIANO, D., “¿Rememorando el ágora ateniense? Las TICs y la (re)construcción del espacio público en el siglo XXI en *Democracia Electrónica ¿Qué desafíos para América Latina?*, Publicaciones Le Monde Diplomatique - Editorial Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2010.

LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona, 1976

MANGAS, J., *Textos para la Historia antigua de Grecia*, Editorial Cátedra, Madrid, 2000.

MARAVÍ SUMAR, M., “El funcionamiento de las instituciones de la democracia directa en el Perú a partir de la Constitución Política de 1993”, en *Ius et Praxis: Derecho en la región*, Año 4 n° 2, 1998.

MOLINA, H., *Instituciones Políticas*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009.

RENDÓN CORONA, A., “La democracia semi-directa, referéndum, plebiscito, iniciativa popular y revocación del mandato”, en *Revista Iztapalapa*, n° 48, 2000.

ROUSSEAU, J.J., *El Contrato social*, Colección Austral, Madrid, 1993.

ZIMMERMAN, J., *Democracia participativa: el resurgimiento del populismo*, Grupo Noriega Editores, México D.F., 1992.



# IV

## Las limitaciones a la reelección de diputados, ¿mejoran la representatividad política en las zonas extremas y favorecen la descentralización?

Cristóbal Llanca Vivallo\*

### SUMARIO

1 ¿La limitación de la reelección mejora la representatividad? – 2 ¿La limitación de la reelección mejora la descentralización? – Bibliografía.

### RESUMEN

El proyecto de ley de reforma constitucional que pretende limitar la reelección de los diputados a dos periodos consecutivos, en el mismo distrito, ¿podrá contribuir realmente a mejorar dos problemas institucionales como son la representatividad y la descentralización? Por un lado, esta reforma mejorará la representatividad o incentivará la migración política para poder continuar la vocación parlamentaria, quizá en otro distrito del que no tiene tanto conocimiento. Por otro lado, sabiendo que el desarrollo del país pasa por la descentralización, ¿puede esta reforma contribuir a dicha descentralización? Quizá hay que potenciar otras medidas y estrategias que se plantean para ir superando la crisis de representatividad y de exceso de centralización que siente la ciudadanía.

**Palabras clave:** diputado, reelección, representatividad, descentralización

---

\* Ganador del Concurso de Ensayos de la Academia Parlamentaria, "El Congreso de mi país: presente y futuro", marzo de 2013.

## LIMITATIONS ON THE REELECTION OF DEPUTIES. WOULD THEY IMPROVE THE POLITICAL REPRESENTATION OF REMOTE AREAS AND FAVOR DECENTRALIZATION?

### ABSTRACT

*There is a constitutional reform bill which proposes to limit the re-election of deputies to two consecutive terms from the same district. Could it actually improve two institutional problems: representativeness and decentralization? Will this reform really improve representativeness or will it incentivize the migration of politicians to districts of which they have limited knowledge? With regard to decentralization, which is key for the development of the country, will this bill really contribute to decentralization? Perhaps we should employ other measures and strategies that have been suggested as ways of dealing with the crisis of representativeness and excessive centralization of which the public is well aware.*

**Key words:** *deputies, reelection, representation, decentralization*

Se encuentra en plena tramitación, al 17 de julio de 2013, la modificación a la Constitución Política de la República en materia de la Reelección y Vacancia de Parlamentarios<sup>1</sup>. Proyectos similares se habían presentado o revisado en el Congreso casi todos los años desde el 1992.

En lo sustancial para el presente ensayo, el proyecto actual propone incentivar la competencia y la renovación en los cargos electos popularmente, limitando la reelección en el mismo distrito a dos veces en el caso de los diputados y una en el caso de los senadores.

El argumento fundamental para esta modificación constitucional se basa en la idea de que ello facilitaría un recambio generacional, evitando la “oligarquización” de las dirigencias políticas, favoreciendo una mayor “oxigenación” de la política e impidiendo las prácticas de clientelismo político entre una autoridad y sus electores<sup>2</sup>.

Al analizar el proyecto, lo inmediato que surge es que no se evidencia una relación clara de causalidad entre el daño que se desea remediar y la solución planteada: la posibilidad de reelección persistente e indefinida de los diputados. Menos se entiende el fundamento del cálculo matemático que marcaría la diferencia entre la máxima cantidad de años que podrían durar en su cargo un diputado y un senador, al menos en su distrito original.

Al respecto, otros cambios electorales, administrativos y políticos pueden ser considerados iguales y probablemente más importantes y hasta más efectivos para enfrentar los mismos problemas descritos y que sustentan el proyecto. Establecer relaciones, cuando ellas en realidad no existen, nos podría llevar a creer que el proyecto de reforma constitucional es la solución, cuando en verdad aparentemente es una medida que obedece más a un discurso populista y/o de contingencia que a una medida razonablemente validada. Las consecuencias que ello podría ocasionar es aumentar el descrédito del sistema político y la pérdida del valioso tiempo que se

<sup>1</sup> En línea: <[http://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=9438&prmBL=9031-07](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9438&prmBL=9031-07)>.

<sup>2</sup> Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un proyecto de reforma constitucional para modificar diversas normas constitucionales vinculadas a la elección y reemplazo de parlamentarios. Santiago, 15 de julio de 2013.

requiere para potenciar el Estado y hacer los cambios al sistema electoral que tanto demanda la población.

Es preciso señalar que no debieran tomarse medidas correctivas a cualquier norma legal a menos que se evidencie que el cambio entrega algún beneficio o soluciona un problema actual o futuro. En el caso particular de esta reforma, se pretende otorgar al simple hecho de limitar la reelección de los diputados de una fuerza revolucionaria capaz de mejorar la representatividad de la Cámara, trayendo ideas nuevas y evitando oligarquismo y clientelismo, y con ello, mejorar la forma en que esta institución ejecuta sus funciones como el colegislar y el supervigilar el correcto funcionamiento político de los diversos poderes del Estado y sus organismos, mediante las acusaciones constitucionales. No nos parece.

Tal como se puede inferir en la presentación del Mensaje Presidencial referido al proyecto, solo cambios integrales -basados en principios como la participación y la transparencia- pueden permitir que la ciudadanía vuelva a confiar en los partidos políticos y en las instituciones públicas, y ello no se va lograr con la mera limitación forzosa de la representatividad. Por el contrario, para que un Estado sea capaz de representar a la sociedad que pretende organizar, necesita otras condiciones, muchas de ellas tan o más importantes que la mencionada. Y desde las regiones, hay dos condiciones que nos preocupan y que dan título a nuestro ensayo: ¿El sistema se hace más representativo o más descentralizado con la limitación de la reelección de diputados?

## **1 ¿LA LIMITACIÓN DE LA REELECCIÓN MEJORA LA REPRESENTATIVIDAD?**

Los ciudadanos queremos que los parlamentarios busquen el bien común representando los intereses de la sociedad, no los suyos propios, ni los de algún grupo particular a los que pueden estar vinculados o comprometidos. Y como ese bien común se construye con matices, queremos que ellos se comporten de acuerdo al matiz que dicen representar.

De lo anterior, se puede desprender que la representatividad tiene que ver con elementos que van más allá que el recambio generacional, la “antioligarquización”, la “oxigenación” de la política y el fin del clientelismo político. ¿Acaso no sería legítimo que un renacido partido de los jubilados quisiese evitar el recambio generacional o que un partido regionalista deseara asegurar el desarrollo de su territorio por sobre el de los demás, entregando becas territoriales o aspirando a un ingreso mínimo regionalizado?

Por tanto, la representatividad tiene que ver más con la capacidad de la autoridad electa de representar a sus ciudadanos, que con la intervención de la ley para que la gente lo apoye solo cierta cantidad de tiempo. Los afectos y las confianzas se ganan y se pierden, no se otorgan ni se quitan.

En el mismo sentido, un congresista en ejercicio que tenga el interés de ser reelecto, va a procurar actuar y publicitar que actúa (ser y parecer) como un

representante, o el mejor representante, de los intereses de sus posibles electores, preocupándose por mantener sus promesas como una inversión en credibilidad <sup>3</sup>. Si no lo hiciese, los electores podrían votar por otro castigándolo por su impericia o ineptitud.

Al respecto es muy claro el politólogo mexicano, Alonso Lujambio: *“Un legislador que ha sido electo en un distrito uninominal y quiere reelegirse, tendrá que cultivar a su electorado, explicarle su conducta [...]. El legislador lleva a su distrito liderazgo, argumentos, cifras, eventualmente algún beneficio material concreto [...]”* <sup>4</sup>. Y en todo ello, nada malo se ve.

Por otro lado, el proyecto de reforma presentado tiene una contradicción explícita con los supuestos males que desea terminar:

“ii. Agrégase, el siguiente nuevo inciso tercero: *“Los diputados solo podrán ser reelegidos en el mismo distrito por dos períodos consecutivos”* <sup>5</sup>.

La norma expuesta tiene dos vicios según mi punto de vista. Primero, desde el punto de vista técnico, obliga al diputado que desee reelegirse por tercera vez a marcharse a otro distrito en donde no tiene residencia y donde no está autorizado a instalarse porque la Constitución le obliga a mantenerse en el distrito original mientras dure su mandato <sup>6</sup>. Y segundo, como idea de fondo, el proyecto permite que el diputado que desee reelegirse por tercera vez no se sienta merecedor de la representatividad del distrito al cual ha servido por dos períodos (8 años), pero sí como idóneo representante de otro distrito, en donde probablemente va a ser propuesto debido a sus capacidades y popularidad, pero que no conoce y que sus posibles votantes sólo han visto por televisión o escuchado por la radio durante los años anteriores.

Lo anterior cobra más relevancia en un sistema político como el chileno, en donde el voto por atributos personales del candidato es tan o más importante que la orientación política del elector <sup>7</sup>.

En las regiones extremas, generosas de recursos y escasas en población, el surgimiento de líderes sociales que tengan respaldo electoral y que sean valorados como representativos no es abundante. Las posibilidades de que ellos compitan con diputados que han realizado la trayectoria de dos períodos en otros distritos del centro de Chile con más recursos y con más acceso a medios de comunicación, no es efectiva.

De aprobarse este proyecto, podría generarse una migración en busca de respaldo electoral. Esto es, que un diputado, luego de representar a un distrito por 8 años, busque otra zona del país y se instale amparado en los pergaminos que

<sup>3</sup> PRZEWORSKI, A. “Democracia y Participación”. En: Revista del CLAD. *Reforma y Democracia*. Caracas, N°10, 1998.

<sup>4</sup> LUJAMBIO, A. “La reelección de legisladores: las ventajas y los dilemas” En: Libertad y Desarrollo. Límites a la Reelección: Elementos para la Discusión. México: Temas Públicos N° 1.081, p.23.

<sup>5</sup> Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un proyecto de reforma constitucional para modificar diversas normas constitucionales vinculadas a la elección y reemplazo de parlamentarios. Santiago, 15 de julio de 2013.

<sup>6</sup> Artículo N° 48 de la Constitución Política de Chile: *“Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, tener cumplidos veintiún años de edad, haber cursado la enseñanza media o equivalente, y tener residencia en la región a que pertenezca el distrito electoral correspondiente durante un plazo no inferior a dos años, contado hacia atrás desde el día de la elección.”* Artículo N° 51 de la Constitución Política de Chile: *“Se entenderá que los diputados tienen, por el solo ministerio de la ley, su residencia en la región correspondiente, mientras se encuentren en ejercicio de su cargo”.*

<sup>7</sup> APABLAZA, C.; DÍAZ, C.; PINTO, C.; SIFAQUI, J. “¿Cómo votan los chilenos? Análisis de la prevalencia de los clivajes en las municipales de 2004 y de 2008”. En: *Revista Hemiciclo* N°1. 2009.

lo posicionaron como un buen legislador, pero no necesariamente como un buen representante de la historia local y las necesidades de las nuevas comunidades de las que ahora reclamarán su voto. Por otra parte, si un diputado de zona extrema que cumple dos períodos y desea la reelección, estaría obligado a trasladarse a otra región del país, en donde además de competir en una comunidad en la que puede no haber capitalizado su antiguo respaldo, se enfrentará al desarraigo, el mismo que podría sufrir su región originaria al perder a uno de sus líderes políticos.

Esta migración electoral, podría ser una consecuencia nefasta del proyecto, pues el diputado con deseos de reelección estaría en la tentación de ser representante por 6 años de la región originaria y en los 2 siguientes buscaría hacer *lobby* en las regiones que lo pueden cobijar en su nuevo desafío electoral. Ello, además de ser una pérdida enorme para las aspiraciones de los distritos originarios, más aún en las zonas extremas que son tan distintas al resto del país, es contrario al principio referido a que los diputados deben ser representantes de los habitantes de su distrito, principio, que por otro lado, justifica la existencia de oficinas parlamentarias distritales, la semana distrital y los pasajes aéreos con cargo a la Cámara.

Por otra parte, lejos de mejorar la representatividad, las limitaciones a la reelección podrían agravar la crisis de representación al interrumpir la carrera legislativa y debilitar más a los líderes encomendados para formular las leyes de la nación<sup>8</sup> y realizar las acusaciones constitucionales.

En realidad si el Estado quisiera mejorar la representatividad de las regiones extremas mediante cambios constitucionales, más que hacer cambios en la forma en que se eligen los diputados, debería, por ejemplo:

- incentivar la competencia electoral mediante el establecimiento de un sistema electoral proporcional o al menos distinto al binominal y ello en todas las regiones, no sólo en las más pobladas.

- convocar, motivar y orientar a las instituciones, dirigencias y en general a la ciudadanía de regiones, en particular a los jóvenes, para que se sumen con sus ideas, demandas y aportes a dar sentido, representatividad y fuerza a este tipo de organizaciones<sup>9</sup>.

- fortalecer el desarrollo de todo tipo de líderes a nivel regional: culturales, profesionales y políticos. De hecho, este es uno de los más recurrentes argumentos a favor de la reelección de los parlamentarios: *“Sin ella es difícil configurar carreras parlamentarias que permitan que los legisladores se especialicen en los complejos temas de las sociedades contemporáneas y que aprendan la difícil tarea de lograr la gobernabilidad democrática”*<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> VALENZUELA, A. “Crisis de Representación y Reforma Política en Chile”. En: Díaz, F.J; Lucas Sierra, L. Editores. *Democracia con partidos: informe para la reforma de los partidos políticos en Chile*. Centro de Estudios Públicos – Corporación de Estudios para Latinoamérica, 2012.

<sup>9</sup> VON BAER, H. y TORRALBA, F. “Chile será descentralizado, o no será desarrollado. Fundamentos y propuestas para construir una política de Estado en descentralización y desarrollo territorial en Chile”. Heinrich von Baer y Felipe Torralbo. Programa de Institucionalidad y Políticas Públicas Regionales, Instituto de Desarrollo Local y Regional, IDER, Universidad de La Frontera. 2012.

<sup>10</sup> VALENZUELA, A. *Op.cit.*

## 2 ¿LA LIMITACIÓN DE LA REELECCIÓN MEJORA LA DESCENTRALIZACIÓN?

“Chile será descentralizado, o no será desarrollado”. Con esta máxima el cientista político español Joan Prats Catala, prologó el libro “Pensando Chile desde sus Regiones” en donde 100 ensayistas manifestaron –desde los más diversos ámbitos y visiones, y con particular celo y rigurosidad- un clamor a “dejar de centralizar” y a valorar a la descentralización como una herramienta –quizá la predilecta- en los esfuerzos para dar más desarrollo, igualdad y oportunidades a los habitantes de nuestro país.

En el libro de Heinrich von Baer y Felipe Torralbo, los autores hacen ver que la clase política, los partidos que han llegado al poder y los Presidentes de la República de la última década, han manifestado expresamente su interés y su compromiso por descentralizar y desconcentrar el Estado, en atención al llamado mismo de la Constitución <sup>11</sup> y en urgencia a los diversos conflictos sociales que se han producido en las zonas extremas <sup>12</sup>. Al descentralizar poderes y atribuciones, se produce un círculo virtuoso en donde el gobierno introduce mejores vías de participación y permite que los mecanismos de representación alcancen a los gobiernos locales <sup>13</sup>.

¿Es realmente la reforma que limita la reelección de diputados una contribución al respecto?

Mario Waissbluth y Cesia Arredondo <sup>14</sup>, enumerando las reformas políticas de carácter fundamental que le darían a Chile descentralización y una nueva dinámica al funcionamiento del Estado, mencionan de manera explícita la necesidad de limitar a dos períodos la reelección de parlamentarios y alcaldes. Sin embargo, en el mismo párrafo agregan el comentario “evitando el juego de las sillas giratorias”. Es precisamente en este punto donde, de acuerdo a su visión, el proyecto de reforma actual tiene su piedra de tope: se crearía una “silla giratoria interdistrital” asociada a la migración en busca de apoyo electoral que ya se ha descrito.

En realidad la descentralización debe buscarse en otros caminos. Patricio Navia y Kenneth Bunker <sup>15</sup>, describiendo la forma en que la descentralización se transforma en un principio democrático, recogieron e identifican tres teorías de como ella se puede alcanzar:

a) la descentralización como un resultado de la democratización, en donde legítimamente los partidos políticos buscan nuevas oportunidades de alcanzar el poder

b) la descentralización como efecto de procesos políticos, en donde los partidos promueven la creación de espacios para que sus militantes tengan acceso a más fuentes de poder

c) la descentralización como un proceso demandado desde las bases

<sup>11</sup> Artículo Nº 3, inciso 2 de la Constitución Política de Chile.

<sup>12</sup> Aunque son fenómenos multicausales, se reconoce que el conflicto de Punta Arenas por el gas, de Aysén “tu problema es mi problema”, de Calama por recibir parte de las utilidades del cobre y de Arica por la sensación de aislamiento, obedecen, al menos en parte, a la falta de descentralización en las medidas políticas y administrativas tomadas por la autoridad. En el mismo ámbito, aunque más como una molestia para la metrópoli que para la comunidad local, podría incluirse el problema del “Mall de Castro”.

<sup>13</sup> NAVIA, P. y BUNKER, K. “Elecciones municipales y reelección de alcaldes en Chile: 1992-2004”. En: Foco, Nº 125.

<sup>14</sup> WAISSBLUTH, M Y ARREDONDO, C. “Descentralización En Chile: Una Trayectoria Posible”. En: *Centro de Sistemas Públicos*, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. Nota Técnica Nº 4, 2011.

<sup>15</sup> \_\_\_\_ *Op.cit.*

descentralizadas o dirigido desde las cúpulas de la metrópoli que evalúan a este proceso como algo necesario.

En esta trilogía no se evidencia que la limitación a la reelección pueda ser provechosa por sí misma, a menos que se encuentre acompañada y/o supeditada a otras medidas como son el fortalecimiento de las comunidades locales, la educación cívica de las futuras generaciones, el incentivo a la participación política local y la formación y desarrollo de futuros líderes.

Por el contrario, se evidencia que la descentralización progresa cuando se permite la normal competencia por cuotas de poder desde los partidos políticos u otras organizaciones, y desde arriba (las cúpulas) o desde abajo (las bases). De lo anterior se infiere que la formación de oligarquías que no sean excluyentes de intereses económicos ni clases sociales nacionales, sino de territorios o regiones, puede contribuir a la descentralización al permitir el surgimiento y la consolidación de líderes locales. Este proceso requiere que estos líderes se mantengan con sus comunidades y desarrollen su carrera política de acuerdo al apoyo que ellas les entreguen.

Es cierto que Chile tiene mal recuerdo de la formación de oligarquías regionales, como fue la experiencia de los caudillismos regionales, especialmente en los albores de nuestra República y no es menos cierto que por esa época no existía el voto universal y, por lo tanto, era bastante más fácil que este singular personaje actuara sin control. En consecuencia, el fortalecimiento de líderes políticos de origen local y el ascenso de ellos a cargos de representación popular no debieran ser considerados como una amenaza a la democracia, por el contrario, al incentivar la descentralización, esta se fortalece.

Coincidente con estas ideas, Heinrich von Baer plantea que Chile necesita impulsar en la búsqueda de la descentralización tres procesos claves que son interdependientes: la descentralización política, administrativa y fiscal; el fortalecimiento de las capacidades locales y regionales; y la participación ciudadana y control social <sup>16</sup>.

En estos procesos, al igual que en las teorías ya expuestas, no se evidencia que la limitación a la reelección sea un pilar de cambios o de mejoras. Por el contrario, en un sistema democrático representativo, deben ser las comunidades las que “elijan el Gobierno –en ese caso al diputado- que merezcan”, pues ello le permite dar confianza y fortalecer sus capacidades, incentivar su participación y valorar los mecanismos de control social. Estos últimos, muy relevantes al momento de comprometer a las personas con las políticas del Estado y el funcionamiento de sus instituciones.

Cierto es y coincidimos totalmente con lo que plantea el abogado Agustín Squella, cuando señala que las mayorías que gobiernan deben tener el compromiso de respetar los derechos de la minoría, entre ellos el de transformarse en mayoría y conquistar para sí el poder <sup>17</sup>. Sin embargo, consideramos en base a las ideas expuestas, que este respeto no se logra limitando la reelección de autoridades,

<sup>16</sup> VON BAER, H. “Descentralización y desarrollo territorial: ¿barco a la deriva o proyecto país? Fundamentos y propuestas para una Política de Estado” En: *Revista Hemiciclo* Nº5, 2011.

<sup>17</sup> SQUELLA, A. “¿Qué espera la sociedad de sus legisladores?” En: *Revista Hemiciclo* Nº1, 2009.

sino instituyendo sistemas electorales más representativos de la voluntad ciudadana. Misma voluntad que puede poner fin las aspiraciones de reelección de cualquier autoridad, en especial de quienes hayan tenido un comportamiento poco democrático, o cuando este interés de permanecer en el poder obedece solo a mentalidades narcisistas o creencias mesiánicas.

Al respecto, en sistemas electorales mayoritarios la reelección puede ser un incentivo para el buen desempeño de la autoridad, pues en ésta se genera un vínculo con los electores. Refuerza esta idea, el sociólogo Gonzalo de la Maza quien afirma que solo en la espera a que el sistema binominal se reemplace, debe limitarse el acceso a la reelección <sup>18</sup>.

La reforma a la Constitución Política de la República en materia de reelección y vacancia de parlamentarios y que en lo fundamental para el presente ensayo, limita la reelección de los diputados, parece estar dirigida por la contingencia y no por el resultado de un análisis integrador de los cambios que necesita Chile para ser “descentralizado y desarrollado” y con instituciones representativas.

De esta manera, observamos se le ha otorgado a esta reforma accesorio, discutible como se ha expuesto, el valor de mejorar algunos puntos fundamentales de la institucionalidad, cuando en realidad son otras las medidas que se necesitan para mejorar los problemas de representatividad y descentralización.

En consecuencia, no nos parece que debiera igualarse el impacto de este cambio constitucional con el que poseen las demás medidas que le acompañan en las sugerencias para el “Código de Buenas Prácticas para la Cámara de Diputados” expuesto en el “Seminario sobre Comunicación y Representación Parlamentaria: los desafíos del Informe Parlamentario Mundial UIP – PNUD 2011” <sup>19</sup>. Muchas de ellas, parecen ser más eficaces al momento de contribuir al desarrollo representativo en las zonas extremas y la descentralización de Chile.

Esto cobra más relevancia cuando además de los impactos no deseados que podría provocar este proyecto, en especial en las zonas extremas, diversos estudios han demostrado que el imponer límites a la reelección no modifica significativamente los resultados electorales <sup>20</sup>.

<sup>18</sup> VON BAER, H. (Ed.) “Del elitismo democrático a la ciudadanía: desafío de la participación en Chile” En: *Pensando Chile desde sus regiones*, 2009.

<sup>19</sup> PNUD. “Seminario sobre Comunicación y Representación Parlamentaria: los desafíos del Informe Parlamentario Mundial UIP – PNUD 2011 (síntesis).” En: *Revista Hemiciclo* N°7. 2012.

<sup>20</sup> LIBERTAD Y DESARROLLO. “Límites a la Reelección: Elementos para la Discusión”. *Temas Públicos* N° 1.081, 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

APABLAZA, C; DÍAZ, C; PINTO, C; SIFQUI, J. “¿Cómo votan los chilenos? Análisis de la prevalencia de los clivajes en las municipales de 2004 y de 2008”. En: *Revista Hemiciclo* Nº1, 2009.

LIBERTAD Y DESARROLLO. 2012. “Límites a la Reelección: Elementos para la Discusión”. En: *Libertad y Desarrollo. Temas Públicos* Nº 1.081, 2012.

NAVIA, P. y BUNKER, K. “Elecciones municipales y reelección de alcaldes en Chile: 1992-2004”. En: *Foco*, Nº 125, 2007.

PRZEWORSKI, A. “Democracia y Participación”. En: *Revista del CLAD. Reforma y Democracia*. Caracas, Nº10, 1998.

REPÚBLICA DE CHILE. Constitución Política de 1980. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

SQUELLA, A. “¿Qué espera la sociedad de sus legisladores?”. En: *Revista Hemiciclo* Nº1, 2009.

VALENZUELA, A. “Crisis de Representación y Reforma Política en Chile”, En: Francisco Díaz, F. y Lucas Sierra, L. (Editores) *Democracia con partidos: informe para la reforma de los partidos políticos en Chile*. Centro de Estudios Públicos – Corporación de Estudios para Latinoamérica, 2012.

VON BAER, H. (editor) 2009. “Pensando Chile desde sus regiones”. Ediciones Universidad de la Frontera.

\_\_\_\_ “Descentralización y desarrollo territorial: ¿barco a la deriva o proyecto país? Fundamentos y propuestas para una Política de Estado”. En: *Revista Hemiciclo* Nº5. 2011.

\_\_\_\_ *Toralbo, F.* “Chile será descentralizado, o no será desarrollado, Fundamentos y propuestas para construir una política de Estado en descentralización y desarrollo territorial en Chile”. Programa de Institucionalidad y Políticas Públicas Regionales, Instituto de Desarrollo Local y Regional, IDER, Universidad de La Frontera 2012.

WASSBLUTH, M; ARREDONDO, C. “Descentralización En Chile: Una Trayectoria Posible”. En: *Centro de Sistemas Públicos*, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2011.





# Protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Modificaciones introducidas por ley 20.543 a la Admisibilidad de la Demanda

Andrés Eduardo Celedón Baeza\*

## SUMARIO

1 Introducción – 2 Intereses Colectivos, Difusos o Class Actions. Origen - 3 Incorporación del interés colectivo y/o difuso en la protección de relaciones de consumo - 4 Regulación con posterioridad a la ley 20.543 - 5 Conclusiones – Bibliografía.

## RESUMEN

Las acciones de clase tienen su origen en los tribunales de equidad ingleses y luego pasan a Estados Unidos, logrando su desarrollo en las *Federal Rules of Civil Procedure*, siendo recepcionadas por el derecho brasileño. En nuestro derecho tienen su incorporación en la ley de Protección a los Derechos del Consumidor, mediante la dictación de la ley 19.955, que transformó el control de admisibilidad en una discusión de fondo, lo que derivó en una modificación legislativa que simplificó el trámite y control de admisibilidad de la demanda, con la finalidad de lograr una solución efectiva y eficiente en la solución del conflicto.

**Palabras claves:** Acciones de Clase, intereses colectivos y difusos, admisibilidad demanda colectiva o difusa.

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Docente de Derecho Procesal Civil y Derecho de Policía Local, Universidad Autónoma de Chile. Profesor Escuela de Formación Policial de Carabineros de Chile - Temuco. Magíster en Derecho de la Universidad Católica de Temuco (Chile) y la Universidad Degli Studi di Genova (Italia), Mención en Derecho Procesal Civil. Máster en Economía y Derecho del Consumo Universidad Castilla La Mancha (España). Juez de Policía Local Gorbea. andres.celedon@docentes.uaautonoma.cl., +56 (45) 233532, Avenida Alemania 01090, Temuco. Chile.

**PROTECTION OF THE COLLECTIVE AND DIVERSE INTERESTS OF CONSUMERS. AMENDMENTS INTRODUCED BY LAW 20.543 WITH REGARD TO THE ADMISSIBILITY OF CLASS ACTION LAWSUITS.**

**ABSTRACT**

*Class actions are rooted in the English courts of equity and then move to the United States, achieving its development in the Federal Rules of Civil Procedure, being received by Brazilian law. In our law must be incorporated into the law for the Protection of Consumer Rights, through the enactment of Law 19,955, which transformed admissible control in a substantive discussion, resulting in a change in legislation that simplified the process and control of admissibility of the application, in order to achieve an effective and efficient in solving the conflict.*

**Key words:** *Class actions, Collective and diffuse interests, Admissibility demand collective or diffuse.*

**1 INTRODUCCIÓN**

Las acciones que tienden a proteger el interés colectivo o difuso en nuestro país se han presentado con mayor vigor en la ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, en adelante LPDC, mediante la modificación introducida a la ley 19.496, por la ley 19.955, publicada en el Diario Oficial, el día 14 de julio de 2005. Sin embargo, dicha ley estableció requisitos demasiado rigurosos para la admisibilidad de la demanda, lo que transformó este primer trámite en una verdadera discusión de fondo <sup>1</sup>, razón por la cual el legislador para efectos de enfrentar, desde el punto de vista práctico, esta institución, simplificó dicho trámite agilizando el procedimiento al modificar la etapa previa de admisibilidad de la demanda.

Las acciones de clase se presentan como una forma de otorgar solución al llamado derecho de procesal de tercera generación, que es aquel que incumbe a un grupo de personas, o colectivo, el cual tuvo su origen en el derecho inglés, pasando al derecho norteamericano con un gran desarrollo jurisprudencial y doctrinario, para finalmente recaer en el derecho brasileño como cuna del sistema de acciones colectivas en los países del *Civil Law*, posibilitando el ejercicio de un número considerable de titulares bajo una misma pretensión, con un procedimiento único para cada uno de ellos que ejercen una misma acción.

---

<sup>1</sup> Cuestión que es refrendada con los antecedentes presentados por la moción parlamentaria de los senadores Andrés Allamand, Alberto Espina, José García, Evelyn Matthei y Lily Pérez. Fecha 06 de octubre, 2010. Cuenta en Sesión 58, Legislatura 358, boletín 7.256-03, que expresa que “este procedimiento especial se inicia con la interposición de la demanda, cuyas actuales causales de admisibilidad y procedimientos para resolver las controversias sobre ellas se han transformado, en los hechos, en una de las principales piedras de tope para una eficaz y correcta tramitación de estos juicios. Los retrasos en los juicios colectivos que se han seguido en nuestro país se advierten principalmente en relación a esta etapa de admisibilidad de la demanda colectiva, ya que en la práctica esta fase se ha convertido en una oportunidad de litigación y controversia prolongada v sobre el fondo entre las partes, lo que ha llevado a etapas probatorias y la procedencia de recursos ordinarios y extraordinarios que en definitiva han retrasado en forma significativa la tramitación misma de la demanda colectiva”.

En nuestro país, el procedimiento colectivo se ha dado, especialmente, en materias de la ley de Protección al Consumidor, aun cuando legislaciones sustantivas contemplan dicha acción, algunas veces como acción popular, sin embargo, el mayor desarrollo ha sido en el ámbito del consumo.

El presente trabajo tiene por objeto exponer en qué se basa la institución de los intereses colectivos y difusos, dando a conocer la doctrina en la materia de forma sintetizada con el objeto de realizar una aproximación al tema y, a la vez, exponer las modificaciones introducidas por la ley 20.543 y su incidencia en este procedimiento especial.

## 2 INTERESES COLECTIVOS, DIFUSOS O CLASS ACTIONS. ORIGEN

En el contexto de la sociedad jurídica actual de los temas más recurrentes y necesarios de tratar es el de acceso a la justicia y que esta actúe de manera eficiente y eficaz <sup>2</sup> en la solución de los problemas de los justiciables, por lo que las acciones de clase o de protección de intereses colectivos o difusos <sup>3</sup> nacen como necesidad de satisfacer dichos presupuestos de acceso eficiente y eficaz a la justicia. López Sánchez sostiene que *“históricamente, en el derecho inglés, una concreción de este principio se traducía en una regla enunciada como la regla de las partes necesarias (necessary party rule). Sin embargo, cuando el número de partes era demasiado elevado o su identificación muy difícil, aquella exigencia venía a convertirse en un obstáculo para un ágil desarrollo del proceso. En tales casos, se consideraba suficiente, para garantizar la defensa de todos los afectados, la actuación de uno o varios sujetos en nombre de todos los que deberían haber sido traídos al proceso, aunque no hubiese un expreso apoderamiento”*. *“El procedimiento para la concesión de esta forma de tutela recibió el nombre de bill of peace y ha sido considerado como el precedente de las modernas class actions norteamericanas”* <sup>4</sup>.

Así las cosas, en virtud de la regla de equity un sujeto podía actuar en nombre de un grupo o clase, siempre que existiese una comunidad de intereses.

<sup>2</sup> PEYRANO, J. W. *Nuevas técnicas Procesales*. Rosario, Santa Fe, Argentina: ditorial Nova Tesis Editorial Jurídica SRL, 2000, p.12: *“El reconocimiento de derechos se da cuando se logra que los derechos prometidos por las leyes de fondo se hagan realidad a través y con motivo de un debate. En pocas palabras se concede la razón a quién la tiene. La eficacia del proceso, se verifica cuando los mecanismos procesales existentes de origen legal, funcionan en la práctica aproximadamente igual a la manera que fueron concebidos. La eficiencia, procesal es algo distinto y más amplio. Para una cabal comprensión de dicho paradigma, es preciso tener en cuenta la significación asignada a la palabra efectivo por el Diccionario de la Real Academia Española. Este le reconoce valor opuesto a lo que es “quimérico” o “dudoso”. Ahora bien: ¿Cuándo estaremos ante un proceso elogiado? Pues cuando no sólo se le otorga la razón a quien la tiene (reconocimiento de derechos) y más o menos dentro del lapso programado por el legislador (proceso eficaz), sino cuando por añadidura el pronunciamiento de mérito viene a satisfacer realmente el requerimiento del justiciable consistente en que se le restituya o compense sus derechos violados o desconocidos (la sentencia no es lírica porque se traduce en una efectiva ejecución; o, llegado el caso, le brinden tutelas diferenciadas (tutela anticipada, por ejemplo) que de no concederse se provocaría la infructuosidad, en términos reales, del proceso respectivo”*.

<sup>3</sup> Sobre el concepto, naturaleza jurídica y caracterización jurídica, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M. *“Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (Colectivos y difusos”*. En: *Revista Chilena de Derecho*, vol., 33 Nro 1 , 2006. pp. 69-91.

<sup>4</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Granada, España: Editorial Comares, 2011. pp. 11 y 12: *“Los tribunales de las colonias norteamericanas recibieron el anterior criterio de actuación, en los casos de procesos con una pluralidad de sujetos en una de las posiciones procesales de las partes, como una regla de equity. Con la adopción del denominado Field Code, en el estado de Nueva York, la regla encontró acogida en un texto normativo. La regla permitía, a uno o más sujetos, actuar en nombre de todos los que tuviesen interés en un mismo asunto, cuando su número fuere tan elevado que resultaré impracticable su personación”*, citando a Friedenthal, Kane & Miller, Civil Procedure.

Siguiendo a López <sup>5</sup>, “*la aprobación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, en 1938, en especial de la regla 23, permitió establecer tres categorías de class actions, en función de que el derecho cuya tutela se reclamase fuese:*

1) **Vinculado**, común o secundario (*Joint, or common, or secondary*), en el sentido de que el titular del derecho primario rehusase su actuación de modo que el miembro de la clase adquiriese – ante la inactividad del titular – en ese momento título para actuar en aquel derecho.

2) **Diverso**, cuando el objeto de la acción fuese la decisión sobre pretensiones que afectasen o pudieran llegar a afectar una concreta titularidad de un derecho implicado en la acción.

3) **Diverso**, cuando presentándose cuestiones comunes de derecho o de hecho que afectasen a esos diversos derechos, se pretendiese una tutela común”.

La regla dio lugar a una clasificación de las *class actions* en verdaderas o auténticas (*true*) – para las contenidas en el primer apartado- híbridas (*hybrid*) y espurias (*spurious*) – para las del segundo y tercer apartado.

Posteriormente las Reglas Federales fueron revisadas en el año 1966 y 2003, manteniéndose prácticamente inalterables hasta el día de hoy.

En consecuencia, las *class actions* o acciones del clase del derecho norteamericano son el antecedente comparado de las acciones colectivas o difusas de los numerosos sistemas procesales que han adoptado esta forma de protección jurisdiccional, siendo la norma fundamental en el derecho norteamericano el artículo 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* <sup>6</sup> el cual expresa qué procede si:

a) La clase es tan numerosa que la personación de todos los miembros es impracticable

b) Hay cuestiones de hecho o derecho comunes a la clase

c) Las pretensiones o defensas de las partes representativas son las pretensiones o defensas típicas de la clase

d) Las partes representativas protegerán los intereses de la clase de modo equitativo y adecuado.

En consecuencia, se ha indicado <sup>7</sup> que los requisitos se pueden agrupar de la siguiente forma:

<sup>5</sup> \_\_\_\_ p. 15.

<sup>6</sup> \_\_\_\_ p. 15, traducción Rules 23, “*nos indica los tipos de acciones de clase:*

a) Si el ejercicio de acciones separadas por los miembros de la clase o contra ellos crearía un riesgo de:

- Decisiones incoherentes o contradictorias respecto de miembros de la clase que estableciesen, para la parte contraria a la clase, patrones incompatibles de conducta

- Decisiones respecto miembros de la clase que, en la práctica, llegasen a disponer de los intereses de otros miembros de la clase que no hubiesen sido parte en los procesos en que aquellas hubiesen recaído y que vendrían a dificultarles o impedirles de un modo substancial la posibilidad de tutelar tales intereses

b) La parte que se opone a la clase actuado o se ha negado a actuar en razón de un fundamento que pudiera ser aplicado, con carácter general, a toda la clase, de tal modo que una tutela coercitiva o la correspondiente tutela declarativa se presente como apropiada para la clase como un todo; o

c) El tribunal considera que hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los miembros de la clase que resultan predominantes sobre cualquier otra cuestión que sólo afecte a los miembros de la clase individualmente, y siempre y cuando la acción de clase se presente como un método superior a otros posibles para lograr una decisión equitativa y eficiente de la controversia”.

<sup>7</sup> FERRERES COMELIA, A. “Las acciones de clase (class actions) en la ley de enjuiciamiento”. En: *Actualidad Jurídica Uriá y Méndez*, 11-2005, p. 39.

**Numerosity:** es preciso que la multitud de eventuales reclamantes sea tal que no permita la reclamación en juicio de manera conjunta y estando personado individualmente el reclamante.

**Commonality o identidad fáctica:** deben existir cuestiones fácticas o jurídicas o comunes a los distintos miembros del grupo que sean claramente más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de ellos.

**Typicality:** la reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa (típica) de la reclamación que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase.

**Adequacy of representation:** se trata de asegurar que quien inicia una acción irrogándose la representación de los miembros de la clase les representará adecuadamente

Las acciones de clase fueron recepcionadas posteriormente por el derecho brasileño que “*fue la primera*”<sup>8</sup> en los sistemas del *Civil Law* “*en introducir este tipo de tutela mediante la reforma de la ley de acción popular. Luego se introdujo en la ley de 1985 sobre acción civil pública, y en 1990 la perfeccionó en el Código de Defensa del Consumidor*”. Dicho código es ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990, que dispone sobre la protección del consumidor y dicta otras providencias<sup>9</sup>.

Ley que fue más allá “*de la dicotomía de los intereses difusos y colectivos, creando la categoría de los intereses individuales homogéneos, que abrieron camino a la reparación de los intereses individualmente considerados (correspondiendo, en el sistema norteamericano, a las class actions for damages)*”<sup>10</sup>.

En la legislación española “*las acciones colectivas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico se limitaban a aquellas que tenían por objeto la defensa de los intereses colectivos o generales de los consumidores o usuarios, así como a las que se ejercitaban por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses patrimoniales de varios de sus asociados, respecto de los que la asociación acreditará documentalmente título de representación procesal*”<sup>11</sup>, y a partir de la modificación introducida al Código de Enjuiciamiento Civil español se introduce en dicho país las llamadas “**acciones de clase**”<sup>12</sup> por aplicación de los artículos 6.1.7<sup>13</sup>, 7.7, 11, 13.1, 15, 78.4, 221, 222.3, 256.1.6 y 519 de dicho Código, sosteniéndose por Ferreres que es “*una de las novedades de mayor calado que*

<sup>8</sup> AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M. “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”. En *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, número 1, 1996. pp 69-91.

<sup>9</sup> Dicha ley regula en su artículo 81 “*la protección de los intereses individuales y a título colectivo. La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:*

I Intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, que sean titulares personas indeterminadas y coligadas por circunstancias de hecho

II Intereses o derechos colectivos, así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible que sea titular un grupo, categoría o clase de personas coligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base

III Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los resultantes de origen común

<sup>10</sup> Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004) exposición de motivos, punto 3.

<sup>11</sup> FERRERES COMELLA, A. *Op. cit.* p. 38.

<sup>12</sup> España. Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>13</sup> Para ser parte en un juicio ante los tribunales civiles, podrán ser los *grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que la compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.*

contiene la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”<sup>14</sup>, antes de dicha modificación ; a) el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>15</sup> concedía “legitimación a los grupos que resulten afectados para la defensa de intereses de carácter colectivo, pero tras conceder dicha legitimación dejaba sin resolver cuestiones procesales relativas a su capacidad y posibilidad de intervención en el proceso”<sup>16</sup> y b) el artículo 20 de la Ley General de Consumidores y Usuarios<sup>17</sup> reconocía legitimación a las corporaciones de asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de intereses colectivos; en consecuencia, se reconoce en su conjunto las acciones de clase, no como acciones colectivas de intereses colectivos, difusos o supraindividuales, sino que como “acciones colectivas indemnizatorias”<sup>18</sup>, dado que estaban destinadas a reparar civilmente a los consumidores o usuarios que hayan sufrido daños y perjuicios.

En el derecho Argentino, surge a partir de la creación jurisprudencial, hasta que en la Constitución de 1994 se contempló en los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional de Argentina ;específicamente el artículo 43 que reconoce los derechos de incidencia colectiva en temas tales como medio ambiente, preservación del patrimonio natural y cultural, los derechos de los usuarios y consumidores, la competencia, la información, la libertad, etc. Sin embargo, hay que indicar que gracias a la jurisprudencia del país trasandino las acciones de clase han tenido gran desarrollo<sup>19</sup>.

En consecuencia, tal como lo indica Sbdar<sup>20</sup> citando a Lorenzetti, las acciones colectivas tienen una pluralidad de fuentes:

<sup>14</sup> Sostiene FERRERES, que “hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento, las acciones reconocidas en nuestro ordenamiento”, el español, “se limitaban a aquellas que tenían por objeto la defensa de los intereses colectivos generales de los consumidores y usuarios, así como las que se ejercitaban por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los derechos e intereses patrimoniales de varios de sus asociados, respecto de los que la asociación acreditará documentalente título de representación procesal”, Op. cit. P. 1.

<sup>15</sup> CHILE. Boletín Oficial del Estado, núm. 157 de 2 de julio de 1985, pp. 20.632 a 20.678. Dicha norma establece que “3 Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

<sup>16</sup> LARROSA AMANTE, M. “Capacidad Procesal y capacidad para ser parte, Las partes. Problemática Procesal”. En: Centro de Documentación Judicial Cuadernos de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial. Madrid: 2006, p. 27; quién además expresa que “lógicamente el siguiente y necesario paso viene dado por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que por primera vez de una manera completa regula tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal y la legitimación de los grupos de consumidores y usuarios y de ahí los artículos 6.1.7, 7.2 11” de la ley de enjuiciamiento civil española vigente.

<sup>17</sup> CHILE. Ley 26 de 19 de Julio de 1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>18</sup> MARÍN LÓPEZ, J. *Las acciones de clase en el derecho español*. Barcelona: julio 2001, www.indret.com, p. 3.

<sup>19</sup> Cabe destacar tal como lo indica Jorge Mario Galdós, en su escrito *La causa Halabi de la Corte Suprema*, tres son a lo menos los fallos que destacan: 1) El caso “Edesur I en que un corte de electricidad produjo, en 1999, daños múltiples a 150.000 usuarios del servicio público de la ciudad de Buenos Aires. La Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, además de reconocer legitimación al Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para reclamar derechos individuales, conforme resulta de su Constitución local, en ese *leading case*, recepcionó pretoriamente el proceso colectivo y determinó en un único pronunciamiento la responsabilidad de la empresa demandada, difiriendo para las ejecuciones individuales de la sentencia la eventual acreditación de eximentes particulares de responsabilidad y la prueba de los daños singulares” ; 2) En el caso “Copetro”, una planta industrial contaminaba el medio ambiente, decidiéndose –en lo sustancial- que concurrían dos pretensiones : el cese de la contaminación ambiental, que tutela el medio ambiente (patrimonio de todos, dice el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires) y por ende un derecho de incidencia colectiva (patrimonio colectivo o de pertenencia difusa, agrega) y pretensiones individuales resarcitorias por daños materiales y morales de algunos vecinos”; y el caso más destacado de todos “El caso Halabi” que “marca un hito de honda gravitación en la jurisprudencia de la Corte Nacional al consagrar pretoriamente la acción colectiva, interpretando en el artículo 43 de la Carta Magna, el que es directamente operativo, interpretando que los derechos de incidencia colectiva a los que se refiere la norma incluyen a los derechos colectivos (que tiene por objeto sobre bienes colectivos) y a los individualmente homogéneos (derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos)”.

<sup>20</sup> SBDAR, C. “Las acciones colectivas en el derecho argentino”. En: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Procesos Colectivos – Class Actions*. Buenos Aires, Argentina: 6-9 de junio 2012, p. 351 y ss.

- 1) Acciones colectivas a bienes colectivos
- 2) Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos no patrimoniales
- 3) Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo (artículo 54 de la ley 26.361 ley de defensa del consumidor)
- 4) Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales

En el sistema colombiano a partir del artículo 88 de la Constitución Colombiana se encomienda al legislador la regulación de las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, por lo cual la ley 472 del año 1998, permite el acceso a la justicia de los consumidores, distinguiendo entre las acciones populares y de grupo <sup>21</sup>.

Suecia contiene una regulación en la que las acciones pueden ser iniciadas tanto por particulares como por personas jurídicas, así la *“ley de procedimiento de Grupo Sueco prevé tres tipos de acciones colectivas. Una acción pública de grupo, la cual es presentada por un representante del Estado o una municipalidad. Una acción de grupo privada, la cual es presentada por un miembro del grupo y una acción de grupo que puede ser iniciada por una asociación sin ánimo de lucro”* <sup>22</sup>.

En nuestro sistema, solo con la dictación de la ley 19.955 se modifica en forma completa el Título IV de la ley 19.496, que establece normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, incorporando dichos intereses colectivos o difusos (recordando que dicho capítulo fue modificado por la ley 20.543), sin perjuicio de que algunos autores estiman que las acciones colectivas tendrían consagración legal en otras disposiciones<sup>23</sup>. En el mensaje que el Presidente del República, envía junto dicho proyecto, expresa que el objetivo *“era incorporar la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, para simplificar significativamente la solución de problemas que afectan intereses supraindividuales”* <sup>24</sup>, así, será legislador quien se encarga de conceptualizar qué debe entenderse por interés colectivo y difuso en el artículo 50 de la ley de Protección a los Derechos de los Consumidores <sup>25</sup>,

<sup>21</sup> Entiende por acción popular los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos y se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible. En cambio, las acciones de grupo serían las interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, todo ello en conformidad a la ley 472 de 1998.

<sup>22</sup> VERGARA, N. *Legitimación en las acciones colectivas*. En línea: <[http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk\\_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110160](http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento&registro=DOCTRINA&docid=CF110160)> última revisión 31 de agosto de 2012.

<sup>23</sup> AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M. y SILVA PRADO, J. “La tutela de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos) en el ordenamiento chileno. En *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Procesos Colectivos – Class Action*” Buenos Aires, Argentina, 6-9 de junio 2012, p. 449.

<sup>24</sup> CHILE. Mensaje 178-344, septiembre de 2001. Fuente, historia de la ley modifica ley 19.496 sobre Protección de los Derechos del Consumidor, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 4. Se establecía que *“tal protección viene a dar respuesta a la necesidad de articular herramientas procesales adecuadas que permitan poner en práctica instituciones sustantivas, como la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, y el ejercicio de acciones colectivas resueltas por medio de una sentencia única. De esta manera, se evita recargar a las partes y a los tribunales de manera innecesaria con centenares y, a veces, miles de casos iguales. La defensa de los intereses generales de los consumidores es una institución que ya forma parte de la legislación comparada y tiene efectos económicos importantes en la demanda (consumidores) y en la oferta (proveedores)”*.

<sup>25</sup> Indica dicha normativa qué se entiende por Interés Colectivo *“las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”, y por interés difuso “las acciones que se promueven en defensa de un conjunto determinado de consumidores afectados en sus derechos”*.

sin embargo, se debe dejar sentado que el concepto de interés difuso empleado por el legislador dista del concepto terminológico, pues limita el ejercicio de ambos a grupos determinados de afectados.

## 2.1 Intereses Colectivos, difusos. Denominación o concepto

### 2.1.1 Interés, acción y justificación de la institución

La acción en la teoría general del proceso nace como consecuencia del conflicto en búsqueda de su solución, y es con la teoría científica del Derecho Procesal que nace el concepto de pretensión, hasta el punto de indicarse que el interés es la medida de la acción, sosteniéndose que sin interés no hay acción, sin embargo, es menester dejar establecido que si bien una requiere de la otra, son cuestiones procesalmente diferentes, por ahora solo revisaremos el interés en la materia tratada.

El interés definido por el diccionario de la Real Academia Española en su acepción de legítimo es la *“situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho”*<sup>26</sup>, conforme a ello, el interés se encuentra estrechamente vinculado a la pretensión que en las acepciones dadas por el diccionario de la Real Academia Española es *“derecho bien o mal fundado que alguien juzga tener sobre algo”* o el *“objeto de una acción procesal, consistente en pedir al juez un determinado pronunciamiento”*<sup>27</sup>, por ello el interés debe ser jurídico, legítimo y personal del demandante, consecuencia de ello, es que el actual procedimiento civil, que ha seguido la teoría monista del proceso con un tratamiento claramente individualista, con algunos matices posteriores a su entrada en vigencia, influenciado por las corrientes procesalistas, de ninguna manera regula en el interés no individual o también llamado transindividual, colectivo y/o plurindividual, pues este tipo de intereses y/o pretensiones estaba muy alejado de la creación del legislador del 1900.

Frente a la concepción individualista de protección jurisdiccional surge en el sistema procesal del *Common Law* la protección del interés colectivo, difuso, plurindividual o individuales homogéneos, ya que su finalidad era *“facilitar el acceso a la justicia mediante la acumulación en un solo procedimiento, iniciado por una o varias personas representantes de un grupo, de la suma de reclamaciones que, individualmente ( es decir, en el ámbito de la reclamación individual), cada uno de los miembros del grupo podría iniciar en relación con un derecho o interés propio”*<sup>28</sup>.

Por lo que resulta conveniente efectuar la distinción entre las distintas categorías de intereses colectivos, ya que tal como lo menciona Mario Galdós<sup>29</sup> los *“derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y derechos*

<sup>26</sup> En línea: <<http://lema.rae.es/drae/?val=interes>>.

<sup>27</sup> En línea: <<http://lema.rae.es/drae/?val=pretensi%C3%B3n>>.

<sup>28</sup> FERRERES. *Op.cit.* p. 02.

<sup>29</sup> MARIO GALDOS, J. “La causa Halabi de la Corte Suprema”. En: *Revista Jurídica del Centro*, p. En línea: <<http://hdl.handle.net/123456789/731>>.

de incidencia colectiva que recaen sobre derechos individuales homogéneos”<sup>30</sup> son distintas cuestiones.

En sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de Queja se indicó que *“la doctrina asigna un tinte grupal, común a una categoría o clase de personas ligadas por una relación base con igual contraparte; pero este núcleo subjetivo en modo alguno significa que el interés no pertenezca a ninguna y que pierde su calidad original de individualidad, porque el sistema jurídico les reconoce una posición preeminente a estos intereses globalmente considerados, es decir, unificados en la figura del interés colectivo, lo que no significa que carezca de relevancia aisladamente considerada. Se trata de intereses personales homogéneos perfectamente diferenciados con un origen fáctico común, cuya pluralidad justifica la tutela especial del proceso colectivo que le brinda el ordenamiento legal”*<sup>31</sup>.

En consecuencia, el interés manifestado en la pretensión es la medida de la acción procesal colectiva, lo que importa su ejercicio por un afectado, al menos a favor del resto de los afectados o por varios de ellos, lo que permite efectuar la distinción entre interés colectivo y difuso.

### 2.1.2 Interés colectivo

La mayoría de la doctrina habla de interés colectivo, sin embargo, Jorge Mario Galdós, en base a la causa *Halabi* de la Corte Suprema de Argentina, efectúa una interesante distinción de categorías de derechos en individuales y derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos que se subdividen en: difusos (derechos referidos a un grupo indeterminado o difícil de determinar), colectivos ( a un grupo determinado) o públicos ( a los ciudadanos)<sup>32</sup>, y nos indica que *“un bien es un bien colectivo cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos”*, citando a Alexis Rober en *El concepto y validez del derecho*.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, colectivo significa *“perteneciente o relativo a una agrupación de individuos”*<sup>33</sup>, conceptualizándose al interés colectivo *“como aquellos intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o*

<sup>30</sup> El autor establece que la primera categoría, de los derechos individuales, son derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales que se debaten en un proceso bilateral, aun cuando concurren pluralidad de sujetos (actores y demandados) y de *litis consorcio* activo o pasivo, en el que la obligación disputada es única, dictándose una sentencia con efectos entre las partes y la segunda categoría se refiere a los derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos denominados derechos transindividuales o supraindividuales, que se subdividen en difusos, colectivos o públicos.

<sup>31</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 4941-11, conociendo de un Recurso de Queja, considerando décimo, de 25 de agosto de 2011. Así también se ha dicho que *“el artículo 50 (ley 19.496) define lo que debe entenderse por acciones de interés colectivo o supraindividual como aquellas que se promueve en defensa de los derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligadas a un proveedor por un estímulo contractual. Por lo anterior, la doctrina les asigna una característica de grupo o de clase de personas ligadas por una relación de base con igual contraparte, pero esto no significa que el interés no pertenezca a ninguna persona y que pierda su calidad original de individualidad, porque el sistema jurídico les reconoce una posición preeminente a estos intereses globalmente considerados, unificados en la figura de un interés colectivo, lo que significa que carece de relevancia, aisladamente considerado. Son intereses personales homogéneos, perfectamente diferenciados con un origen fáctico común, cuya pluralidad justifica la tutela especial del proceso colectivo que le brinda el ordenamiento legal”*, Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol número 399-2012, 14 de marzo de 2013, conociendo de un Recurso de Apelación, considerando 5.

<sup>32</sup> MARIO GALDOS, J. op. cit., p. 2.

<sup>33</sup> En línea: <<http://lema.rae.es/drae/?val=colectivo>>.

*con la parte contraria por una relación jurídica base”*<sup>34</sup>.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>35</sup> no nos otorga un concepto de interés colectivo, sino solo de intereses o derechos difusos transindividuales, *“según las categorías de difusos (a los cuales fueran subsumidos los colectivos, por la terminología brasileña) e individuales homogéneos”*, de la misma forma el Capítulo IV trata sobre las acciones colectivas en defensa de intereses o derechos individualmente sufridos (la *class action for damages* norteamericana) promovida por los legitimados sin necesidad de indicación de la identidad de los afectados.

Por lo anterior, podríamos sostener que interés colectivo es aquella situación jurídica que experimenta un colectivo determinado de individuos que detenta una pretensión indivisible, de la cual será titular el colectivo, una parte de ella o uno en representación de dicho colectivo, con lo cual nace la acción colectiva que permite el ejercicio jurisdiccional de la pretensión colectiva.

Sin embargo, surge el problema de la determinación del colectivo o grupo determinado de individuos, para lo cual algunas legislaciones como la española establecen trámite previo a la interposición de la demanda como diligencia preliminar, contemplada en el artículo 256.1.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por el cual se autoriza la averiguación de los afectados para la defensa de dichos intereses, *“por esta vía, si se lleva a la práctica con carácter previo a la interposición de la demanda se pueden obtener los datos necesarios para poder configurar el grupo y apreciar el cumplimiento de la exigencia legal señalada”*<sup>36</sup>.

### 2.1.3 Interés difuso

Difuso de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española es *“ancho, dilatado”*<sup>37</sup>, por lo que desde ya su acepción nos lleva por un camino difícil de determinar, sin embargo, se ha sostenido que lo sería *“un interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad determinada de sujetos provista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga la capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a iniciativas meramente individuales”*<sup>38</sup>, pero la más utilizada es la empleada por el Código de Defensa del Consumidor brasileño.

Para Ada Pellegrini se tratan de *“derechos metaindividuales e indivisibles y son los que no reconocen vínculo jurídico entre las personas pertenecientes al grupo*

<sup>34</sup> RODRIGUEZ GÓMEZ, C. “Los intereses difusos y colectivos; elementos para su comprensión” En: Fundación Institucionalidad y Justicia Serie *Acceso a la Justicia*. República Dominicana: Número 3, (Finjus)marzo 2006, en línea <[http://www.finjus.net/documentos/Archivos/Documentos/Articulos/Acceso%20a%20la%20Justicia/PU\\_acceso3.pdf](http://www.finjus.net/documentos/Archivos/Documentos/Articulos/Acceso%20a%20la%20Justicia/PU_acceso3.pdf)>.

<sup>35</sup> Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004. Dicho Código Modelo en su artículo 1, al indicar el ámbito de aplicación de la acción colectiva, expresa que “la acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de: 1 Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; 2 Interés o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

<sup>36</sup> LARROSA AMANTE, M. “Capacidad Procesal y capacidad para ser parte”. En: Centro de Documentación Judicial. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Las partes. Problemática Procesal, Consejo General del Poder Judicial. Madrid: 2006, p. 30; quién además expresa: *“Lo que la ley pretende es que tales acciones se ejerciten por un número considerable de afectados (mayoría simple en todo caso) y se evite el empleo de esta vía para defensa de intereses individuales o de un grupo pequeño de consumidores afectados, los cuales siempre tendrán capacidad para ser parte como personas físicas”*.

<sup>37</sup> En línea: <<http://lema.rae.es/drae/?val=difuso>>.

<sup>38</sup> COSTA ESTÉVEZ, J. Citado por LÓPEZ CALERA, N. en su libro *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000.

*que defienden esos mentados intereses que se identifican entre sí por circunstancias de hecho contingentes y variables, como las de pertenecer a la misma región o al mismo barrio, participar de ciertos emprendimientos y/o consumir determinados productos”* <sup>39</sup>.

En consecuencia, el interés difuso sería aquel en que las personas se encuentran ligadas por relaciones de hecho, que les hace tener un interés de naturaleza indivisible y cuyo ejercicio puede impetrarse por cualquiera de los afectados. En conclusión, terminaría siendo una acción popular regulada legislativamente <sup>40</sup>.

Para finalizar esta parte indicaremos que ambos intereses, colectivos y difusos, participan de la misma idea: protección de derecho de un colectivo. En el difuso no existe titularidad de derechos, lo que no ocurre en el caso de los colectivos, pues la titularidad está dada por el grupo de afectados entre los cuales existe un vínculo, como es el caso de las asociaciones de consumidores, pero en el caso de los difusos dicho vínculo no se generaría, salvo por la idea de ser tácita y comúnmente afectadas.

Lo anterior, nos lleva a otra conclusión, que en el caso de los intereses difusos los titulares del interés son de difícil determinación o identificación, pues el daño generado con el actuar del legitimado pasivo se ha extendido a un grupo indeterminado de personas, en cambio, en el interés colectivo, los sujetos portadores del interés jurídicamente relevante son perfectamente determinables.

### **3 INCORPORACIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO Y/O DIFUSO EN LA PROTECCIÓN DE RELACIONES DE CONSUMO**

#### **3.1 Regulación antes de la ley 20.543**

Siendo el segundo objetivo de este trabajo exponer las principales modificaciones introducidas por la ley 20.543, procederemos a ello con algunas explicaciones, de tal forma que el resto del procedimiento no será revisado por ahora.

Tal como hemos indicado, con la dictación de la ley 19.955 se incorpora a la ley de Protección a los Derechos del Consumidor todo el articulado referido a la protección de los intereses colectivos y difusos en el nuevo Título IV, párrafo 2, denominado *“del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o*

<sup>39</sup> SBDAR, *ob.*, cit. p. 254, citando a PELLEGRINI GRINOVER, A. “Acción de amparo colectiva”. En: *Revista de Derecho Procesal* número 4, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 205.

<sup>40</sup> Tal como lo señala Cortez Matcovich “lo característico de los intereses colectivos es que los mismos corresponde a una serie de personas, más o menos numerosas, que están o pueden estar determinadas, las cuales están ligadas entre sí por una determinada relación, como cuando varios individuos contratan individualmente un transporte. La expresión difusos se reserva para aquellas situaciones que se caracterizan porque corresponde a un número indeterminado y no ocasional de personas, vinculados por razones de hecho contingentes, como ser consumidores de un mismo producto o destinatarios de una misma campaña publicitaria. El interés difuso supone que no es posible identificar a las personas físicas implicadas y que no existe un ente que pueda afirmar que agrupa a todas aquellas personas físicas”, en la Protección de los Derechos de los Consumidores, Comentarios a la ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013, p. 965.

*difuso de los consumidores*”<sup>41</sup>, por lo cual el procedimiento se articula en base a dos fases:

La primera fase, de carácter declarativa, persigue; a.1) determinar la forma como los hechos han afectado el interés colectivo o difuso; a.2) determinar la responsabilidad del infractor y la correspondiente sanción; a.3) la procedencia de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones, restituciones de sumas de dinero; y a.4) la publicación de la sentencia.

La segunda fase, de cumplimiento, apunta a la determinación de las responsabilidades civiles, de manera de fijar las indemnizaciones y/o reparaciones y su monto que puedan reclamarse a partir de la declaración de responsabilidad infraccional.

Lo anterior, se encuadra en la lógica del procedimiento infraccional chileno, sin embargo, ante los Juzgados de Policía Local en un mismo procedimiento se desarrollan ambas fases: la infraccional y la indemnizatoria en forma conjunta y paralela.

La modificación permitió en la práctica la interposición de una serie de demandas colectivas, pero que tuvieron en los tribunales civiles un serio problema relacionado con su admisibilidad, puesto que esa primera etapa, conforme a lo que establecía el artículo 52, permitía y daba lugar a una verdadera discusión sobre el fondo, tal como lo reconoce la moción del proyecto de ley presentado al Congreso Nacional, el día 06 de octubre de 2010<sup>42</sup>, el cual dentro de sus motivaciones expresaba que *“este procedimiento especial se inicia con la interposición de la demanda, cuyas actuales causales de admisibilidad y procedimientos para resolver las controversias sobre ellas se han transformado, en los hechos, en una de las principales piedras de tope para un eficaz y correcta tramitación de estos juicios”*<sup>43</sup>, en razón de ello el legislador acometió la tarea de regular el procedimiento de admisibilidad de la demanda con el objetivo de simplificar dicha etapa procesal.

Debemos dejar establecido que los tribunales llamados a conocer estos conflictos son los tribunales civiles, tanto si se trata de cuestiones reguladas en la

<sup>41</sup> CHILE. Historia de la ley, mensaje del Ejecutivo, p. 6, contenido del proyecto. Nos parece interesante citar el mensaje del Ejecutivo en aquella parte que incorpora la protección de estos intereses por cuanto en definitiva permite comprender de mejor forma la institución comentada, así indica que *“el proyecto incorpora la defensa de los intereses colectivos y difusos, institución que simplificará significativamente la solución de problemas que afectan intereses supraindividuales. Tal protección viene a dar respuesta a la necesidad de articular herramientas procesales adecuadas que permitan poner en práctica instituciones sustantivas, como la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, y el ejercicio de acciones colectivas resueltas por medio de una sentencia única. De esta manera se evita recargar a las partes y a los tribunales de manera innecesaria con centenares y, a veces, miles de casos iguales. La defensa de los intereses generales de los consumidores es una institución que ya forma parte de la legislación comparada y tiene efectos económicos importantes en la demanda (consumidores) y en la oferta (proveedores). En efecto, por el lado de los consumidores permitirá dar solución a problemas de consumo masivos en los que, por distintas razones, actualmente no se otorga la debida protección (costo de reclamar mayor al beneficio del reclamo, dificultades en dicho proceso, dificultad para tomar conocimiento de la ocurrencia de una infracción entre otros)”*.

<sup>42</sup> CHILE. Historia de la ley. Moción de los senadores Allamand, Espina, García, Matthei, Pérez. Boletín 7256-03. Primer Trámite Constitucional Senado, p. 4. Indica también el mensaje del proyecto que *“los retrasos de los juicios colectivos que se han seguido en nuestro país se advierten principalmente en relación a esta etapa de admisibilidad de la demanda colectiva, ya que en la práctica esta fase se ha convertido en una oportunidad de litigación y controversia prolongada y sobre el fondo entre las partes, lo que ha llevado a etapas probatorias y la procedencia de recursos ordinarios y extraordinarios que en definitiva han retrasado en forma significativa la tramitación misma de la demanda colectiva”*.

<sup>43</sup> *“El honorable Senador señor Novoa recordó que el año 2004, al modificarse la ley incorporando este procedimiento colectivo, existió el temor de que se generara una “industria de demandas colectivas” por lo que se adoptaron medidas tendientes a precaver ese efecto, como el examen de su admisibilidad. Ahora bien, si los hechos más bien han demostrado que más bien con ello se entraba el procedimiento, corresponde modificarlo”*. Informe Comisión de Economía. Fuente historia de la ley 20.543, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 23.

ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, como cuestiones relativas al consumo, regulados en leyes especiales <sup>44</sup>, aplicándose las reglas generales que al respecto consagra el Código Orgánico de Tribunales en materia de competencia absoluta o relativa, en su integridad.

Sin embargo, no estamos plenamente de acuerdo con nuestro legislador, pues estimamos que los problemas derivados del consumo, tanto individuales como colectivos, deben ser conocidos y resueltos por una sola clase de tribunales, de manera tal, que permita unidad y certeza en las resoluciones que se adopten, tal como lo contemplaba el proyecto original de Protección a los Intereses Colectivos o Difusos <sup>45</sup>.

### 3.2 Regulación con posterioridad a la ley 20.543

#### 3.2.3 Proyecto de ley. Motivaciones del mismo <sup>46</sup>

Con fecha 21 de octubre de 2011, se publicó en el Diario Oficial la ley 20.543, relativa al Procedimiento aplicable a la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, la cual tuvo su origen en una moción parlamentaria <sup>47</sup> fundamentada principalmente en la dilación de los procedimientos y la forma cómo habían finalizado <sup>48</sup>. Así, por ejemplo, el promedio de duración de los juicios vigentes, hasta antes de la reforma, era de 46 meses contados desde la presentación de la demanda, siendo un problema fundamental el trámite previo de “admisibilidad”, la cual en algunos casos demoraba de 7 a 26 meses, lo que evidentemente no otorgaba soluciones eficientes y rápidas a la solución del conflicto.

## 4 PROCEDIMIENTO APLICABLE, MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LEY 20.543, EN ESPECIAL EL TRÁMITE DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

### 4.1 Normas aplicables al procedimiento colectivo o difuso

Conforme al actual artículo 50 de la LPDC “*este procedimiento especial se*

<sup>44</sup> “En consecuencia, se trata de un derecho normado en esta ley para un servicio que tiene regulación en leyes especiales, pero que en el caso de afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores y su derecho a solicitar indemnización, debe recibir aplicación el mismo procedimiento que contempla la ley 19.496, según lo ordena el artículo 2 bis antes citado, pero que no son de competencia del juez de Policía Local de acuerdo a lo que ordena el artículo 50 A, sino que del juez Civil”, considerando 4, sentencia Corte Suprema, causa número 12.025, de 6 de junio de 2011.

<sup>45</sup> Tal como lo indicaba el proyecto de ley original presentado al Congreso Nacional mediante mensaje presidencial presentado con fecha 08 de septiembre de 2004, Sesión 35, legislatura 344. Fuente Historia de la ley, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 4, 15 y 18.

<sup>46</sup> El articulado de la moción constaba esencialmente de dos artículos, el primero que reemplazaba al artículo 52, estableciendo que el juez debía declarar la admisibilidad por el cumplimiento de dos requisitos; a) Que, la acción deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51; b) Que la acción deducida precisa las cuestiones de hecho que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores y de los derechos de los afectados. No admitiéndose recurso alguno contra la resolución que declara la admisibilidad, solo contra la inadmisible. Y además, una vez que la demanda ha sido admitida a tramitación debe citarse a audiencia de conciliación, regulándose ella en el artículo 52.

<sup>47</sup> CHILE. Historia de la ley. Primer Trámite Constitucional; Senado. Moción Parlamentaria presentada por Andrés Allamand, Alberto Espina, José García, Evelyn Matthei, Lily Pérez. Fecha 06 de octubre de 2010. Cuenta en Sesión 58, Legislatura 358, p. 4.

<sup>48</sup> CHILE Historia de la ley. Se expresa en la moción parlamentaria que “podemos señalar que de los 22 juicios iniciados por Sernac desde el año 2005 ha la fecha, solamente 8 han terminado. Cabe precisar que de estos 8 juicios colectivos, 7 finalizaron por avenimiento, mientras que otro terminó en archivo del tribunal por no haberse encontrado al proveedor. Los otros 14 juicios restantes se encuentran en tramitación”.

*sujetará a las siguientes normas de procedimiento”*<sup>49</sup>. Este nuevo articulado nos permite sostener dos interpretaciones en torno a qué normas resultan aplicables al procedimiento:

1 La primera basada en la historia fidedigna de su establecimiento, por cuanto al discutirse esta norma se sostuvo que es perfectamente coincidente con las normas del Código de Procedimiento Civil, en especial, con el libro I, pues serían de aplicación supletoria sus normas a falta de norma expresa<sup>50</sup>.

2 La segunda interpretación, más restringida y drástica, nos permite concluir que el Código de Procedimiento Civil no sería aplicable supletoriamente, en virtud de las siguientes razones:

a) Por la naturaleza de las normas procesales, es decir, que al ser de orden público requieren una interpretación restringida por lo que no admiten aplicación supletoria; salvo norma en contrario que lo autorice

b) Cada vez que el legislador ha querido que el Código de Procedimiento Civil se aplique en forma supletoria lo ha indicado expresamente, y en ninguna norma del párrafo 2, del Título IV de la LPDC existe remisión a dichas normas, cuestión que no ocurre en el párrafo 1 denominado “Normas Generales”, en que expresamente el artículo 50 B, establece que en lo no previsto en el presente párrafo, se estará a lo dispuesto en la ley 18.287 y, en subsidio, a las normas del Código de Procedimiento Civil

c) Por la inspiración del Código de Procedimiento Civil, esencialmente monista, y con una estructura rígida y formalista derivada del sistema dispositivo y de prueba legal, además, se debe tener presente que a la época de dictación del Código no existían estos procedimientos especiales, por lo que conforme a ello no se tuvo en vista la aplicación de dicho código a procedimientos dictados en forma posterior

d) El legislador ha eliminado expresamente la referencia al procedimiento sumario, indicando que *“este procedimiento especial se sujetará a las siguientes normas [...]”*.

<sup>49</sup> Debemos recordar que la norma derogada indicaba *“este procedimiento se sujetará a las normas del procedimiento sumario, con excepción de los artículos 681, 684 y 685 del Código de Procedimiento Civil y con las particularidades que se contemplan en la presente ley”*.

<sup>50</sup> Historia de la ley, p. 31, boletín 7256-03, Indicaciones, 07 de marzo de 2011, Indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley, por parte del Presidente de la República para modificar el artículo 51 la frase *“este procedimiento se sujetará a las normas del procedimiento sumario, con excepción de los artículos 681, 684 y 685 del Código de Procedimiento Civil y con las particularidades que se contemplan en la presente ley”*, En la discusión particular de la ley, p. 73, las diputadas Girardi y Zalaquett y los diputados Ceroni, Chahín, Díaz, Marinovic, Tuma, Van Rysselberge y Velásquez eliminan la frase *“y, en lo no previsto en ellos a las normas del juicio ordinario”*, por estimar que dicha palabra ya está considerada en la legislación civil. Explicando la eliminación de la mención, página 88 de la Historia de la ley, el diputado Chahín expresa que *“además, para evitar interpretaciones, se ha suprimido una norma redundante que señalaba que el juicio ordinario era supletorio. El artículo 3 del Código de Procedimiento Civil dice que el juicio ordinario es siempre supletorio y, por lo tanto, al colocarlo expresamente estábamos dando pie para que los demandados se afirmaran de esa norma a fin de presentar algún tipo de recurso más propio de ese procedimiento”*.

De la misma forma debemos indicar la opinión, en la discusión de sala, p. 81, del diputado Rincón al expresar *“por eso, el proyecto de ley va en la senda correcta cuando reivindica el carácter especial del procedimiento sumario, que se supone más corto, más ágil y más breve, para avanzar en forma más rápida en la contienda trabada ante el tribunal”*.

Por su parte la Corte Suprema informando, con fecha 27 de julio de 2011, al respecto indica que *“en efecto, el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil establece el carácter general del procedimiento ordinario, por lo que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, en concepto de este Tribunal la modificación propuesta por la Cámara de diputados evita la redundancia normativa”, sin embargo expresa que “sin perjuicio de lo anterior, es opinión de esta Corte Suprema que resulta preferible el texto del Senado, en orden a utilizar el procedimiento sumario como base del juicio, con las modificaciones pertinentes, y no crear uno nuevo, en atención a la gran variedad de procedimientos especiales que se han establecido en la legislación chilena, lo que provoca un defecto serio en la sistematización de los juicios”*.

## 4.2 Inicio del procedimiento

Para una mejor comprensión de la institución, pese a no ser objeto de este trabajo, nos avocaremos al inicio del procedimiento en forma estructurada, haciendo hincapié en las modificaciones introducidas por la ley 20.543.

### 4.2.1 Legitimados activos<sup>51</sup>

El procedimiento, tal como lo indica el artículo 51, se iniciará por demanda, siendo **legitimados activos**<sup>52</sup>, es decir, quienes pueden pretender ante el ente jurisdiccional la tutela de los intereses supraindividuales serían los mencionados en la letra a) de dicha disposición, en resumen; a) El Servicio Nacional del Consumidor<sup>53</sup>; b) Una asociación de consumidores constituida, a lo menos con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de la asamblea para hacerlo; o, c) Un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en un número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados. En el caso de los legitimados indicados en las letras a) y b), no requerirán acreditar la representación de consumidores determinados del colectivo en cuyo interés actúen<sup>54</sup>.

### 4.2.2 Legitimados pasivos

De conformidad al artículo 1, numeral dos, lo será el proveedor en los términos que dicha disposición establece, sin perjuicio, de tener presente que conforme lo establecido en el artículo 50 letra D, si se trata de una persona jurídica, la demanda se notificará al representante legal de ésta o bien al jefe del local donde se compró

<sup>51</sup> Al respecto se ha indicado que “una primera precisión que debe hacerse es a mi juicio, no se trata de presupuestos de legitimación sino de capacidad procesal, lo que implica que los requisitos exigidos son para acceder al juicio y no para ganarlo. En este sentido sabido es que la capacidad procesal constituye un presupuesto procesal y que la legitimación constituye una condición de la acción controlable en la mayoría de los casos, en la sentencia definitiva”, AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, M. En párrafo 2, del procedimiento especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, artículo 51, en La protección de los derechos de los consumidores, comentarios a la ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. Santiago: Thomson Reuters, 2013, p. 1.023.

<sup>52</sup> “El procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso tiene una primera fase o procedimiento declarativo que se puede iniciar sólo por demanda y se reconoce legitimación activa al SERNAC, a las Asociaciones de Consumidores y a un grupo de consumidores afectados, y establece un trámite previo de admisibilidad de la demanda, sujetándose a las reglas del juicio sumario con ciertas particularidades y apreciándose la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. En cuanto al requisito de la legitimación activa, como en todo proceso, el previsto en la ley 19.496 tiene como supuesto ineludible la necesaria instancia de la parte interesada para iniciar el procedimiento. Para la protección de los intereses supraindividuales de los consumidores, al existir un interés preponderante, el ordenamiento jurídico concede legitimación a quien no afirma titularidad del derecho, sin privar de la misma a su titular. Las asociaciones de consumidores son titulares de acciones fundadas en intereses colectivos o difusos, y tienen varias posibilidades de actuación procesal: a) como representante de sus asociados; b) en nombre y en cuenta propia, afirmando derechos subjetivos que le corresponden a la asociación como persona jurídica, y c) en representación tanto del interés individual, como del interés colectivo y difuso de los consumidores. La existencia de estas entidades importa la apertura de una cauce procesal para la actuación colectiva de los consumidores, siendo la razón de ser la defensa de los consumidores y usuarios, y es en atención a dicha finalidad social que se le atribuye por el legislador legitimación”. “Uno de los fundamentos que ha tenido el legislador para otorgarle legitimación a las asociaciones de consumidores dice relación con que en este procedimiento se permite la tramitación y resolución en un solo juicio y ante un mismo tribunal, de conductas reprochables que afecten de manera similar a un grupo determinado o determinable de consumidores, los cuales en atención a los montos involucrados y a los costos asociados a un juicio individual, presumiblemente no demandarían individualmente”, Sentencia Corte Suprema, rol 5724-2010, de 31 de enero de 2012, considerando 3 de la sentencia de Casación y Considerando 8 de la sentencia de Reemplazo, respectivamente.

<sup>53</sup> CORTEZ MATCOVICH, G. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004, pp. 97 – 109 “parece ser que para el legislador existen razones de interés público que justifican atribuir legitimación al Sernac para obrar como demandante”, haciendo entonces una distinción entre intereses colectivos y difusos e intereses públicos, sin embargo, expresa que “la atribución de demandar y ser parte en los juicios parte de una afirmación de principio equivocada, convirtiendo a este servicio en verdadero auxiliar de la administración de justicia”, en el Nuevo Procedimiento regulado en la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

<sup>54</sup> AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, M. “La representatividad Adecuada de las Asociaciones de Consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas”. En: *Revista de Derecho*, Vol., XXIII, número 2, pp. 175-196.

el producto o se prestó el servicio.

#### 4.2.3 La demanda

A diferencia del procedimiento de tutela individual en materias del consumo, el procedimiento supraindividual solo puede ser iniciado por demanda, artículo 51, número 2, la cual requiere de los requisitos generales a toda demanda (debemos entender que serían los del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil), la que deberá incluir el daño sufrido y la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, y que debe ser la misma para todos los consumidores que se encuentran en igual situación, lo que nos lleva a concluir que en la parte petitoria de la demanda no debe indicarse un monto exacto, y solo debe dejarse a la consideración del sentenciador el monto indemnizable conforme a las probanzas que se rindan <sup>55</sup>.

Se encuentra excluida la indemnización por el daño moral por expresa disposición legal <sup>56</sup>; sin embargo, debemos tener presente que en la segunda fase del procedimiento, es decir, una vez dictada la sentencia definitiva de esta primera fase, conforme al artículo 54 C, “los interesados deberán presentarse a ejercer sus derechos establecidos en la sentencia [...]” encontrándose limitado el ejercicio de pretensiones sobre daño moral, pese a no estar de acuerdo con dicha disposición, que se estableció como una forma de limitar el ejercicio de esta acción y que no guarda armonía con lo indicado en el artículo 3 e) de la misma ley del Consumidor.

Tampoco se permite en esta fase la reserva de acciones del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

#### 4.2.4 Adhesión

La ley permite que iniciado el juicio, cualquier legitimado activo o consumidor que se considere afectado pueda hacerse parte en el juicio. Nos llama la atención esta forma especial de adherirse, lo que refuerza la idea de que este procedimiento

<sup>55</sup> En este punto nos parecería acertado que existiera una especie de baremos indemnizatorios que eviten las incertidumbres y contrariedades en materia de indemnizaciones, aun cuando, debemos considerar que con tal facultad el legislador está demostrando una gran confianza en el juzgador.

<sup>56</sup> CHILE. Historia de la ley 19.955, Primer informe de la Comisión de Hacienda, p. 413, Fuente Biblioteca del Congreso Nacional. Al respecto nos parece oportuno citar de la discusión en sala a la ley 19.955, donde Viera Gallo expresa “otro punto que deseo destacar es la aprensión planteada por la Cámara de Comercio de Santiago –que comparto- en cuanto a los intereses difusos y colectivos. Entiendo que eso significa un avance, pero depende de cómo se utilice y de la cultura en la cual la institución jurídica entrará a regir en plenitud, pues por la vía de intereses colectivos y difusos más la impetración de la reparación al daño moral y teniendo un ente estatal activo, que algunas oportunidades puede actuar con criterio y en otras sin él –no cabe presuponer que la autoridad actuará siempre con buen sentido-, es posible llegar a una situación bastante conflictiva y dañina para la actividad económica”. Al respecto también el director del Sernac dejó manifestado que “durante la tramitación legislativa de la iniciativa se incorporaron diversos resguardos, para no repetir malas experiencias de otros países: -El daño moral queda fuera del procedimiento colectivo”. Pero también al discutirse la ley 20.543 se dejó planteada en la discusión en Sala (sesiones 77, del 15 de diciembre de 2010 y 21 de 31 de mayo de 2011) que se encuentra presentado un proyecto de ley que incluye el daño moral en estas materias, (págs., 88 y 109, “por cierto”, indicó el diputado Navarro que “si hay daño moral y este ha sido provocado por una acción del proveedor, no debería existir tal limitante, sobre todo si aquel efectivamente se comprueba”, no pudiendo financiar nuevas demandas con fondos concursables.

tiene especial fisonomía <sup>57</sup>, dado que basta con que esté iniciado el juicio (sin que sea necesario que se encuentre constituida la relación jurídica procesal, considerada en sus términos tradicionales), aun cuando creemos que sería más correcto hablar de procedimiento, puesto que el juicio es la controversia jurídica actual entre partes sometido al conocimiento del tribunal. También debe destacarse que la ley amplía considerablemente los legitimados para incoar el procedimiento, por cuanto no rige en la adhesión la limitación de los legitimados del número 1 de dicha disposición, sino que se extiende a todos los que se consideran consumidores en los términos del artículo 1 de la LPDC., siendo un único requisito “considerarse afectado”, es decir, basta con una mera declaración de afectación en su derecho para adherirse.

#### 4.2.5 Interrupción de la prescripción

Se produce también otra innovación de este especial procedimiento, que consiste en que la sola presentación de la demanda producirá el efecto de interrumpir la prescripción de las acciones indemnizatorias que correspondan a los consumidores afectados. Debemos tener presente que conforme a los artículos 2.514, 2.518 y 2.503 del Código Civil esta debería ser la interpretación correcta, ya que la prescripción debe interrumpirse por el solo hecho de accionar ante el ente jurisdiccional independiente de la constitución de la relación jurídica procesal <sup>58</sup>, la cual depende de otros factores, y que tiene sanciones propias ante la inactividad de los litigantes.

#### 4.2.6 Limitación a demandas individuales

En virtud de un principio de economía procesal, tiene por objeto evitar procedimientos que tengan un mismo propósito y decisiones contradictorias; se establece una limitación al demandante de no poder deducir demandas individuales basadas en los mismos hechos, manifestación también del efecto de la *Litis Pendencia*.

#### 4.2.7 Litigación por una sola cuerda

Con la finalidad de evitar el entorpecimiento en la marcha regular del procedimiento por actuaciones contradictorias y estratégicamente diferentes, el juez puede ordenar que los legitimados activos nombren un procurador común

<sup>57</sup> Sin embargo, nos surge una pregunta no menos relevante: ¿Qué sucede si el afectado es de un lugar que se encuentra a gran distancia del tribunal en el cual se tramita el procedimiento? Pareciera ser que la respuesta es obvia y que no sería otra que si lo estima debe apersonarse en el juicio como lo indica la ley. Pero el legislador olvidó que los consumidores en una época en que el consumo se realiza por medios electrónicos, los alejados del tribunal donde se haya incoado la demanda tendrán una imposibilidad física de personarse en el mismo, razón por la cual no vemos el inconveniente, que en una era donde las comunicaciones son vía correo electrónico se permita a todos aquellos consumidores que quieran apersonarse en el procedimiento hacerlo mediante una plataforma web, incluso más, debe tenerse presente que muchas publicaciones que contempla la ley lo son por esta vía, ello permitiría un mejor acceso a la justicia, por ejemplo, para un habitante de Putre o Puerto Williams le sería prácticamente imposible acceder a este procedimiento si estima del caso personarse al mismo, quedando limitado el acceso a la justicia a quienes están en posibilidad de cercanía de hacerlo, quedando excluidos el resto.

<sup>58</sup> Abona esta tesis sentencias y corrientes doctrinarias que expresan que la expresión **demanda judicial**, del artículo 2.518, no debe ser tomada en su sentido procesal estricto, es decir, como todo acto escrito u oral del demandante en sede civil, tendiente a formular una acción y deducir una pretensión, sino que debe ser tomada en un sentido amplio, es decir, cualquier acción del acreedor efectuada ante la justicia con el objeto de exigir directamente el pago, o preparar o asegurar el cobro, así lo ha señalado la jurisprudencia en un fallo publicado en la revista de derecho y jurisprudencia tomo 46, sección 1ª, p. 647, tomo 50 sección 1ª, p. 320 y tomo 60 sección 2ª, p. 130, es decir, no es solo la demanda a que se refiere el artículo 254 del CPC, sino que todo recurso judicial interpuesto por el acreedor en resguardo del derecho que le pertenece y al que la prescripción amenaza con extinguir.

dentro del plazo de diez días y a falta de acuerdo será nombrado por el juez.

Al respecto dos nuevas novedades:

a) En cuanto a los honorarios del procurador común, la ley establece que el juez regulará los honorarios del procurador común a propuesta de este, para lo cual deberá considerar las facultades económicas del demandante y la cuantía del juicio. Es de una gran relevancia esta disposición pues pone término a malas prácticas. Ahora los honorarios quedarán regulados considerando la propia apreciación del profesional y la prudencia del juez, lo que transforma dicho procedimiento de regulación en un acto de certeza frente al cliente.

b) El juez, de oficio o petición de parte y por resolución fundada, podrá revocar el mandato judicial, cuando la representación no sea la adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que lo justifique. Más que ser una norma procesal, se transforma en un principio de procedimiento supraindividual, pues obliga al profesional a especializarse en esta área del derecho, que podríamos denominar especialidad en la defensa o asesoría letrada, de manera de asegurar a su representado encontrarse en igualdad de condiciones jurídicas con su contraparte. Sin embargo, nos llama la atención que el legislador solo se refiere al mandato judicial, pero nada dice del patrocinio, que también debería estar constituido en el procedimiento conforme lo indica el artículo 1 de la ley 18.120 sobre Normas de Comparecencia en Juicio.

### **4.3 Etapa de la admisibilidad de la demanda**

Ya hemos indicado que este es el principal cambio introducido por la ley 20.543<sup>59</sup>, ya que presentada la demanda el tribunal procederá a realizar el correspondiente examen de admisibilidad.

#### *4.3.1 Presupuestos de admisibilidad*

El juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos de forma señalados en el artículo 51 de la LPDC;

- Que la demanda ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51.

- Que la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50 de la LPDC.

Producto del referido examen, conforme lo indica el artículo 52 de la ley, pueden ocurrir las siguientes actuaciones procesales:

#### *4.3.2 Inadmisibilidad de la demanda*

Cuando no cumple con los requisitos del artículo 51, número 2, caso en el cual el juez declarará la inadmisibilidad de la misma, resolución que será notificada por el

<sup>59</sup> "El proyecto propone suprimir los requisitos de las letras b) y d), para transformar el trámite de admisibilidad en un proceso de revisión de requisitos formales, sin entrar en asuntos de fondo". Informe de la Comisión de Economía. Historia Fuente de la ley 20.543, discusión general, p. 22.

estado diario y podrá ser objeto de impugnación por un recurso de reposición y solo apelable en forma subsidiaria (que se concede en ambos efectos) dentro del plazo de 10 días desde que fue notificada. Si la resolución no es recurrida o siendo objeto de recursos estos son desechados, el demandante solo podrá requerir en ejercicio de sus derechos mediante una demanda individual ante el Juzgado de Policía Local respectivo conforme a las normas de procedimiento individual.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho de todo legitimado activo de iniciar una nueva demanda colectiva, fundada, eso sí, en nuevos antecedentes, los cuales deberíamos entender como aquellos respecto de los cuales el tribunal no tuvo conocimiento al interponer la demanda. Se ha indicado que se estaría en presencia de una “cosa juzgada formal, y podría hablarse de renovación de la acción reclamatoria”<sup>60</sup>.

#### 4.3.3 Admisibilidad de la demanda

Si cumple con todos y cada uno de los requisitos, el tribunal declarará su admisibilidad teniendo por interpuesta la demanda y confiriendo el correspondiente traslado al demandado para que dentro del plazo de 10 días adopte alguna actitud frente a la demanda, comenzando, en consecuencia, el término de emplazamiento, si bien, nada se dice al respecto, y siguiendo la interpretación de la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, la demanda debería notificarse personalmente, en virtud del artículo 40, o subsidiariamente en virtud del artículo 44.

Se ha indicado que la declaración del apartado b), del inciso primero, del artículo 52 significaría un verdadero pronunciamiento acerca del fondo de la cuestión debatida y en tal situación dicho juez estaría implicado para entrar a conocer del litigio<sup>61</sup>; sin embargo, no estamos de acuerdo con aquella interpretación, pues el pronunciamiento que realiza el tribunal no es acerca del fondo de la cuestión debatida, al emplear la expresión “*que justifiquen razonablemente [...]*” ello es simplemente -por así decirlo- un grado menor a la acreditación de las pretensiones formuladas. De tal forma bastará con acompañar a la demanda los antecedentes justificativos de la misma, con la finalidad de no volver a transformar esta etapa en una de discusión sobre el fondo, como ocurría antes de la modificación.

Contra la resolución que declara la admisibilidad procede el recurso de reposición y la apelación en subsidio, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la demanda, sin embargo, la modificación sustancial, como lo hemos indicado, es que la apelación se concede en el solo efecto devolutivo con los efectos que ello implica, en especial, el cumplimiento del inciso 5 del artículo 52 de la LPDC; sin embargo, debemos hacer presente que como el legislador no ha limitado, y si la corriente mayoritaria es la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, sería procedente la orden de no innovar si se cumplen los requisitos para ello.

Señalar dos consideraciones en torno al recurso especial de reposición:

<sup>60</sup> OBERG YAÑEZ, H. “Nuevo Procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores”. En: *Actualidad Jurídica*, año XIV, número 27, enero 2013, p. 322.

<sup>61</sup> \_\_\_\_ p. 318.

a) El efecto del Recurso de Reposición es que interrumpe el plazo para contestar la demanda; sin embargo, siguiendo al profesor Héctor Oberg, que el legislador no fue feliz al emplear la expresión interrumpir, por cuanto lo que acá ocurre es que el plazo para contestar la demanda se suspende.

b) Se tramita como incidente dando traslado, pero sin recibirlo a prueba, pues contestado que sea el traslado deberá resolverlo si acoge o rechaza la reposición, resolución que se notifica por el estado diario.

#### 4.4 Contestación a la demanda

Si bien la ley en esta parte se refiere solo a la contestación y la actitud pasiva del demandado, nada indica si el demandado podría demandar reconventionalmente o, en su caso, deducir excepciones dilatorias. Si seguimos la corriente mayoritaria de aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, serían procedentes, aun cuando el procedimiento especial de la LPDC nada dice, entonces sería dudosa la interposición de estas formas de defensa.

#### 4.5 Conciliación

El juez citará a audiencia de conciliación una vez que se notifica la resolución que declara admisible la demanda<sup>62</sup>, dentro del quinto día, donde las partes deberán concurrir con sus respectivos apoderados y proponer las bases de arreglo. El juez actuará como amigable componedor y tratará de obtener una conciliación total o parcial. Si ello ocurre se levantará acta total o parcial, la cual tendrá el mérito de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales; debería indicar sentencia definitiva con mérito de estar ejecutoria para los efectos del artículo 54. La obligación de intermediación en la audiencia debe cumplirse en su integridad; sin embargo, extrañamos en el texto una sanción procesal de nulidad a la falta de comparecencia del amigable componedor.

Ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 53 b) que permite al juez llamar a conciliación cuantas veces estime pertinente.

#### 4.6 Opt-in/opt-out

El procedimiento que venimos comentando solo contempló un sistema *opt-in* y un limitado *opt-out*, al establecer en el artículo 53 incisos primero y segundo que el juez una vez rechaza el recurso de reposición, ordene contestar a la demanda o bien se tenga por contestada exigiendo que el demandante dentro del décimo

<sup>62</sup> "El uso del proceso debe ser la última forma de solución de conflictos, debe potenciarse mecanismos que incentiven la búsqueda de soluciones eficientes y prácticas entre los proveedores y los consumidores. Para ello, creemos que es necesario consagrar el llamado a conciliación una vez que se notifica la resolución que declara admisible la demanda, a objeto de que a instancia del juez de la causa inste a las partes a llegar acuerdo, y de esta forma poner término inmediato al asunto controvertido, estimándose que el acta donde conste el acuerdo tendrá el valor de sentencia ejecutoriada. Moción parlamentaria. Historia de la ley 20.543. En: Biblioteca del Congreso Nacional, p. 8. Aun cuando no todos estaban de acuerdo en la etapa procesal en la cual debía realizarse el llamado a conciliación pues hasta ese momento el juez no tendría todos los elementos suficientes para proponer bases de arreglo.

día informe <sup>63</sup> a los consumidores que se sientan afectados por la conducta del proveedor la posibilidad de que comparezcan a hacerse parte o hacer reserva de sus derechos dentro del plazo de 20 días hábiles desde la respectiva publicación en extracto, cuyo contenido será fijado por el secretario del tribunal y se publicará en un diario de circulación nacional, además del sitio *web* del Sernac.

Decimos que es un sistema limitado de *opt-out*, pues los consumidores no incluidos en la demanda solo pueden “hacer reserva de sus derechos”, es decir, reservan el ejercicio de la acción para una eventual demanda individual futura, pero no se contempla un sistema en que el consumidor pueda renunciar a dicho derecho, aun cuando estimamos que habría una eventual renuncia tácita al no hacer uso del derecho de *opt-in* dentro del plazo de 20 días a que se refiere la norma.

La publicación del extracto mediante un aviso, a diferencia de la norma anterior que exigía dos, produce los siguientes efectos:

a) Permite que todos los consumidores que se sientan afectados puedan **comparecer haciéndose parte** en el procedimiento, transformándose esta *litis consortio* en voluntaria, aun cuando, estimados que este sería otro caso de obligatoriedad del ejercicio de la acción.

b) Desde que el aviso fue publicado nadie podrá iniciar un nuevo procedimiento contra el demandado colectivo o difuso fundado en los mismos hechos.

c) **Inoponibilidad** de los resultados del juicio. Si producto de la publicación un consumidor afectado hace “reserva de derechos” le serán inoponibles los resultados del juicio.

d) **Acumulación de procedimientos**. La ley contempla la posibilidad de que aquellos juicios que se encuentran radicados en contra del mismo proveedor y que se funden en los mismos hechos, deberán acumularse en conformidad a la reglas del Código de Procedimiento Civil, teniendo presente que solo se acumulan al colectivo los individuales, salvo aquellos en que se ha citado a las partes a oír sentencia.

Estas son las principales modificaciones introducidas a la ley de protección al consumidor por la ley 20.543, en lo demás sigue el procedimiento de la ley 19.496.

## 5 CONCLUSIONES

a) El procedimiento de protección a los derechos de los consumidores de un colectivo constituye una novedad procesal de primer orden, pues permite que un grupo que posee caracteres comunes pueda reclamar el ejercicio de la jurisdicción en forma conjunta, permitiendo una unidad del procedimiento y sobre todo una sentencia común para todos, lo que evita en definitiva sentencias contradictorias sobre la misma materia y un costo de litigación considerablemente inferior a que si fueran en forma individual.

<sup>63</sup> La publicación deberá hacerse mediante un inserto que contendrá las menciones del artículo 53 de la LPDC que será publicado en un medio de circulación nacional y en el sitio Web del Servicio Nacional del Consumidor. Fuente Historia de la Ley N°19.955, 14 de julio de 2004, página 244. Y debe tenerse presente que la exclusión del daño moral lo fue por indicación de los senadores Chadwick y Novoa en el boletín de indicaciones 2787-03, 01 de septiembre de 2003. Fuente Historia de la ley 19.955, p. 263.

b) Nos parece que en definitiva la institución, tal como ha sido concebida, no significará un volcamiento a tribunales por parte de colectivos de consumidores, pues la experiencia ha demostrado, tal como lo indica la página *web* del Servicio Nacional del Consumidor, que los casos han sido puntuales.

c) Más allá de la distinción entre interés colectivo y difuso es necesario que los intervinientes procesales apliquen en su labor diaria, especialmente la interpretativa, los principios inspiradores de las normas de protección al consumo, pues serán ellos, en definitiva, los que permitirán el desarrollo de esta institución en aras de una justicia eficaz y eficiente.

d) Quizás el legislador deba ir un poco más allá de contemplar esta institución solo para la protección a los derechos del consumidor y regular un verdadero procedimiento colectivo para grupos de personas afectadas en otros ámbitos, alejándose de procedimientos formalistas y rígidos que impiden un verdadero acceso a la justicia.

e) La protección de los derechos del consumidor deberían ser de competencia de un solo tipo de tribunales, pues las normas y principios aplicables distan mucho del derecho civil, aun cuando es su base, pero más evolucionada. También dista mucho de una mera sanción infraccional, pues lo que persigue en definitiva el justiciable es la reparación del daño sufrido, más que la aplicación intrincada de normas sustantivas o la aplicación de multas con destinos fiscales.

Justificamos, también que la aplicación de las normas de protección al consumo sean conocidas por una sola clase de tribunales que permita una unidad en el tratamiento jurisdiccional de la materia, tal como se contemplaba en el proyecto inicial que permitió dictar la ley 19.955.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M. “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (Colectivos y difusos)”. En: *Revista Chilena de Derecho*. 2006, Volumen 33 Número 1, pp. 69-91.

\_\_\_\_ “El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas” En: *Revista de Derecho*. 2006, Volumen XXIII Número 2, p. 175-196.

CORTEZ MATCOVICH, G. *El Nuevo procedimiento regulado en la ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004.

FERRERES COMELLA, A. “Las acciones de clase (“Class Actions”) en la ley de enjuiciamiento Civil”. En: *Revista Actualidad Jurídica Uría y Menéndez/11-2005*, Barcelona, España.

LARROSA A, MIGUEL. Las partes. Problemática Procesal. En: *Consejo General del Poder Judicial*. Centro de Documentación Judicial pp. 30-59, Madrid: *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2006.

LÓPEZ, S. J. *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. España (Granada): Comares, 2011.

MARÍN LÓPEZ, J. *Las acciones de Clase en el Derecho Español*. <www.indret.com>, Barcelona, julio 2001.

MARIO GALDÓS, J. “La causa Halabi de la Corte Suprema, Argentina” En: *Revista Jurídica del Centro*, Número 1, 2011. pp. 1-17.

MOMBERG URIBE, R. “La Autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC)(Corte Suprema)” En: *Revista de Derecho* Vol. XXIV-N°2, Diciembre 2011, pp. 235-244.

BERG YAÑEZ, H. “Nuevo Procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores”. En *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIV, Número 27, enero 2013.

PEYRANO, J. W. *Nuevas Tácticas Procesales*. Rosario, Argentina: Editorial Nova Tesis, 2010.

SBDAR, C. “*Las acciones colectivas en el Derecho Argentino*” Buenos Aires: I Conferencia internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Procesos Colectivos – Class Actions. 2012.

TARUFFO, M. “Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivo”. En: *Revista de Derecho Privado*, número 9, 2005.

VELÁSQUEZ GARROTE, V. “El acceso de la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales”. En *Revista Actualidad Jurídica*, Año V, número 9, enero 20004.

VERGARA, N. Legitimación en las acciones colectivas. En línea: <Infojus.gov.ar>, 2011.

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004).

La Protección de los Derechos de los Consumidores. Comentarios a la ley de Protección a los Derechos de los Consumidores. Fundación Fernando Fueyo. U Diego Portales, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

#### BRASIL

-Ley número 8.078 del 11 de septiembre de 1990. Dispone sobre la protección del consumidor y dicta otras providencias.

#### ESPAÑA

-Ley número 1 de 2000 de Enjuiciamiento Civil.

-Ley Orgánica del Poder Judicial de España.

-Real Decreto Legislativo Nro 1 de 2007, Ley General para la defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios.

#### ARGENTINA

-Constitución Política.

-Ley 24.240 Promulgada el 13 de octubre de 1993. Ley de Defensa del Consumidor.

#### COLOMBIA

-Constitución de Colombia.

-Ley 472 Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998, Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

#### CHILE

-Ley 18.187 sobre Tramitación ante los Juzgados de Policía Local.

-Ley 19.496 sobre Protección a los Derechos del Consumidor. Publicada en el Diario Oficial el 07 de marzo de 1997.

-Ley 19.955 Modifica ley 19.955 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores. Publicada en el Diario Oficial el 14 de Julio de 2007.

-Ley 20.543 Relativo al procedimiento aplicable para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores. Publicada en el Diario Oficial el 21 de octubre de 2011.

-Historia de la ley 19.496. Fuente Biblioteca del Congreso Nacional.

-Historia de la ley 19.955. Fuente Biblioteca del Congreso Nacional.

-Historia de la ley 20.543. Fuente Biblioteca del Congreso Nacional.

# VI

## Entre la Descentralización y la Desconcentración Regional. Análisis del proyecto de “Fortalecimiento de la Regionalización” que modifica la ley orgánica constitucional de Gobierno y Administración Regional

Manuel Tobar Leiva\*

### SUMARIO

1 Requisitos de la descentralización administrativa – 1.1 Independencia del poder central – 1.2 Autonomía financiera del Gobierno Regional – 1.3 Traspaso de competencias: para descentralizar o desconcentrar – 2 Competencias transversales – 3 Competencias verticales – 3.1 Definición – 3.2 Iniciativa de la petición – 3.3 Materias a transferir – 3.4 Procedimientos del traspaso – 3.5 Revocación de las competencias traspasados – 4 Conclusiones – Bibliografía.

### RESUMEN

Se intentan clarificar los problemas conceptuales y normativos relativos a la descentralización administrativa, la desconcentración y la regionalización, que contiene el proyecto que modifica la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, LOGGAR, Fortalecimiento de la Regionalización del país.

Distinguiremos cuatro partes: la primera se refiere a una tematización sobre los requisitos constitutivos de la descentralización administrativa, los cuales son contrastados con los antecedentes históricos y la realidad actual de este proceso político. En la segunda parte, se abordarán los contenidos de la propuesta de

---

\* Consejero regional de Valparaíso, director ejecutivo del Centro de Estudios de la Región de Valparaíso. Ex presidente de la Asociación Nacional de Consejeros Regionales. Licenciado en Asuntos Públicos e Internacionales y diplomado en Asuntos Públicos y Ciencias Políticas en la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica.

modificación de la Loggar, focalizándose en aquellos que notoriamente tienen un sesgo centralista. En la tercera parte, para los efectos de una mayor comprensión de los contenidos de la propuesta legal, habrá una distinción de las competencias transversales, vale decir aquellas que benefician o perjudican a todos los Gobiernos Regionales; de las competencias verticales, aquellas que pueden ser impetradas por uno o más gobiernos regionales. Finalmente, la cuarta parte recogerá las conclusiones.

**Palabras clave:** gobierno regional, descentralización

**DECENTRALIZATION AND REGIONAL POPULATION DIFFUSION. ANALYSIS OF THE BILL OF LAW STRENGTHENING REGIONALIZATION, WHICH AMENDS CONSTITUTIONAL LAW WITH REGARD TO REGIONAL GOVERNANCE AND ADMINISTRATION.**

**ABSTRACT**

*The conceptual and regulatory problems related to the measures promoting administrative decentralization, population diffusion, and regionalization contained in the bill called Strengthening Regionalization, which will amend the Constitution with regard to Regional Governance and Administration, are currently being clarified.*

*We divide them into four parts: the first part refers to the thematics of the requirements of administrative decentralization, which are contrasted with the historical record and the current reality of the political process. The second part deals with the contents of the proposed amendment to LOGGAR, focusing on those that have an obvious centralist bias. In the third part, to better understand the contents of the legal proposal, a distinction is made between cross-regional competences, that is, those that benefit or harm all the regional governments, and vertical competences, those that may be requested only by one or a small number of regional governments. Finally, the fourth part presents the conclusions.*

**Key words:** regional governance, decentralization

Se observa que dicha iniciativa legal no avanza en los requisitos que la doctrina del Derecho Administrativo establece para la clasificación de la administración regional en un órgano plenamente descentralizado. En efecto, pudiendo dotar al presidente del Consejo Regional de facultades ejecutivas no lo hace y en vez de progresar en la autonomía financiera de las regiones elimina la decisión de inversiones de los Consejos Regionales. En los traspasos de competencias, en vez de fortalecer a los órganos descentralizados favorece a los órganos desconcentrados del nivel central. Por consiguiente no resuelve la dicotomía entre descentralización y desconcentración en la Administración Regional. En vez de salvar esta anomalía le da continuidad y profundiza el desequilibrio, asignando a los órganos desconcentrados mayores poderes, especialmente convirtiendo al intendente regional en un súper intendente, en detrimento de los concejos regionales, representantes de las regiones y con mayor representatividad y legitimidad cuando sean elegidos directamente por el soberano.

## 1 REQUISITOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Es ineludible sugerir un marco conceptual de análisis que nos ayude a comprender y evaluar el proyecto de modificación de la ley orgánica constitucional de Gobierno y Administración Regional, 19.175, ingresada al Senado con trámite de urgencia simple, el 5 de octubre de 2011 y registrado en el boletín 7963-06 <sup>1</sup>.

Consideraremos los requisitos que en la teoría del derecho se han propuesto por varios autores en relación con la descentralización administrativa <sup>2</sup>. Este marco conceptual nos ayudará a reconocer en el órgano de la administración denominado “Gobierno Regional” los requisitos presentes, como así también aquellos faltantes en la normativa vigente. En general los especialistas mencionan 5 atributos constitutivos y copulativos:

a) Creación de un órgano estatal, que represente una colectividad territorial, dotado de personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio.

b) Competencias administrativas atribuidas a ese órgano por la Constitución o la ley.

c) Traspaso de recursos para cumplir las competencias encargadas de manera autónoma sin interferencia del poder central.

d) Elección de sus autoridades por las colectividades territoriales, para garantizar la independencia del poder central y la representación efectiva de la sociedad regional.

e) Control jurídico de sus actos por la Contraloría para salvar el principio de legalidad, pero supresión de las tutelas administrativas y financieras del poder central.

Se puede apreciar a simple vista que en el modelo de descentralización administrativa dispuesto en el artículo 3º de nuestra Ley Suprema, los Gobiernos Regionales cumplen con casi todos esos requisitos citados precedentemente. En efecto, la ley de reforma constitucional 19.097, luego la ley orgánica constitucional 19.175, propuestas por el presidente Aylwin y posteriormente las reformas constitucionales de la ley 20.050 del presidente Lagos y la ley 20.390 de la presidenta Bachelet, fueron perfeccionando esa institucionalidad regional descentralizada territorialmente. No obstante, también resulta evidente advertir la inexistencia de algunos de esos requisitos, nos referimos específicamente a la “elección de las autoridades regionales” y la “autonomía financiera” de la Administración Regional <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> TOBAR LEIVA, M. *Derecho y Administración Regional*, Abeledo Perrot (editor). Legal publishing, Tomo II, octubre 2010. pp. 607-656.

<sup>2</sup> NOGUEIRA, H. *Reforma Política en Chile. Desafíos y tareas pendientes*. “Consideraciones sobre descentralización regional en Chile”. Universidad Miguel de Cervantes. 55 p. Ver también, MEYSON-RENOUX, C. “La descentralización o la complejidad de una terminología”. En: *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. IV, diciembre 1993, pp.73-81. Ver Oelckers, O. (Coord). *Manual de Gestión regional*. CEAL UCV, 1994, p. 22. También en CUMPLIDO, F. *Derecho Político. Introducción a la Política y teoría del Estado*. ICHECH, 1987, pp. 242-243. AYLWIN, P. y AZOCAR BRUNNER, E. *Derecho administrativo*. Universidad Andrés Bello, 1996, pp. 161-164. Bulnes, L. *La regionalización y sus antecedentes jurídicos*. Editorial jurídica, 1988, pp. 9-10. Aun cuando entre ellos hay diferencias respecto de la existencia de la tutela.

<sup>3</sup> Una muestra de la existencia del problema son las mociones parlamentarias que intentan resolver ese déficit institucional. En el Senado por moción parlamentaria está el proyecto que propone la elección de intendentes, boletín 6.696-07. En esa misma Corporación véanse los proyectos de los senadores Escalona y Muñoz que promueven la autonomía de los presupuestos regionales, boletín 6.875-06. En el mismo Senado se encuentra el proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los senadores Gómez, Allende, Bianchi, Lagos y Pizarro, que entrega a cada Región la administración de hasta el 10 % de la recaudación tributaria regional, boletín 7.043-05. En la Cámara de Diputados hay presentada una reforma constitucional que permite aumentar la autonomía de los GORE mediante la recaudación de tributos locales, boletín 7244/07.

### 1.1 Independencia del Poder Central

En relación a la representatividad de las autoridades regionales, el Consejo Regional y el intendente, sobresale un problema de carácter estructural. Por un lado, los Consejos Regionales son representativos de la colectividad territorial, pero el intendente es un representante del Presidente de la República. Por consiguiente en el diseño actual no se soluciona “el principio de la independencia del poder central” del órgano subnacional.

La reforma constitucional de la ley 20.390 de 2009, intenta despejar esta anomalía logrando que los Consejeros Regionales sean elegidos por sufragio universal en votación directa por los ciudadanos de regiones y creando la figura de un presidente del Consejo Regional, pero no consigue excluir al intendente de la Administración Regional <sup>4</sup>. Este ha sido el antecedente clave que se ha tenido en consideración en el ámbito doctrinario para catalogar a este modelo como “descentralización ficta”, en razón a que la inclusión de un representante del poder central desnaturaliza el principio de autonomía e independencia, requisito esencial para considerar al órgano subnacional como descentralizado <sup>5</sup>.

Para explicar esta anomalía, debe recurrirse a la conformación histórica del Estado en Chile. Sumariamente, sostengo que habrían tres etapas: La primera tiene que ver con el surgimiento de la institucionalidad intermedia, ello se inicia en la Constitución de 1823, con la creación de los gobiernos departamentales que atribuían al Gobernador departamental las principales facultades y a los Consejos departamentales solo funciones consultivas. Enseguida, se presenta la experiencia federalista de 1826 y la ulterior derrota en Lircay de las provincias que se opusieron a la hegemonía de Santiago, respecto de las cuales los historiadores registran que las clases dirigentes del país quedaron marcadas a fuego <sup>6</sup>. En la tercera fase, interpreto que, como consecuencia del fracaso de la descentralización política procedente del nivel intermedio, todos los proyectos políticos posteriores, vale decir, las Asambleas Provinciales de la Constitución de 1828 y, de la Constitución de 1925 <sup>7</sup>, la Junta Representativa de 1964 <sup>8</sup>, y los Consejos Regionales de Desarrollo, Coredes de 1975 <sup>9</sup>; tienen en común dos pilares fundamentales que se proyectarán en la futura institucionalidad regional de Chile: Un ejecutivo unipersonal, el intendente, representante del poder central y figura principal del modelo “descentralizador”, y un órgano colegiado de integración variopinta, elegido indirectamente por otros órganos representativos de la comunidad comunal, provincial o regional.

La idea de fondo que subyace en estos textos constitucionales es la de controlar a través de la intervención de los intendentes las aspiraciones autonomistas de las

<sup>4</sup> Estudiar el artículo 111 de la CPR, en el cual se incluye al intendente en la Administración Regional.

<sup>5</sup> Ver Eduardo Cordero en el primer informe sobre la ley de reforma constitucional 20.390. Comisión de Gobierno del Senado, p. 276.

<sup>6</sup> VILLALOBOS, S. *La Regionalización. Conformación histórica del centralismo*, pp. 109-128.

<sup>7</sup> Ver Capítulo X del gobierno y administración de las provincias de la Constitución de 1828, artículos 108 -122, donde a diferencia de la Constitución de 1925, el intendente lo designa el “Poder Ejecutivo” de una terna propuesta por la Asamblea Provincial. En la Constitución de 1925 el intendente lo designa directamente y sin intermediario el Presidente de la República (Artículo 89).

<sup>8</sup> Texto del mensaje y del proyecto de Reforma Constitucional propuesto por el Presidente de la República, Eduardo Frei Montalva, 30 de noviembre de 1964. Santiago de Chile: Imprenta del Servicio de Prisiones, 1964.

<sup>9</sup> Ver capítulo XIII sobre Gobierno y Administración Interior del Estado, en la Constitución original de 1980, artículos 99-115. DL 475 que está en el origen de ese diseño.

provincias y regiones. El proyecto político democratizador de la Concertación, en este ámbito sigue esa tradición histórica pues, aún cuando las reformas constitucionales que impulsan los gobiernos democráticos perfeccionan la institucionalidad regional y avanzan en la elección de los consejeros regionales, lo cierto es que al mismo tiempo mantienen la figura del intendente como centro impulsor del poder regional con facultades de iniciativa y de ejecución.

Con todo, de los proyectos citados el único que se materializó fue la propuesta de Conara en el Régimen Militar. Del cotejo de ambas experiencias no me cuesta afirmar que, los gobiernos regionales actuales han sido en gran parte tributarios de los Coredes. En aquella época, caracterizada por la desconcentración regional, se había diseñado un esquema en el que se atribuyó a los Coredes una capacidad resolutive incipiente, pero no menos importante: “resolver el FNDR”<sup>10</sup>. Posteriormente, en la arquitectura de los gobiernos regionales se estableció definitivamente para los Consejos Regionales la “potestad resolutive”. Por un lado, se les amputaba la capacidad de proponer, pero al menos se le concedía la de “resolver.” Por decirlo en otros términos, el poder central representado por el intendente se autoasignaba las facultades de proposición y ejecución de las competencias de los gobiernos regionales y al Consejo Regional, representante de las regiones, se le atribuía la potestad resolutive, normativa y fiscalizadora. Esa fue la división del trabajo, que se acordó para estos dos órganos de muy diferenciada representación, la cual se ha mantenido hasta la fecha.

Esta vigilancia activa del poder central respecto de la administración intermedia consagrada en los textos constitucionales, es la reacción frente al temor histórico concebido hace una centuria y media atrás, de que el país pudiese llegar al Federalismo. Tales aprehensiones han sido expresadas una y otra vez por los Gobiernos y el Congreso. Una prueba reciente lo consigna la historia fidedigna de la ley de reforma constitucional 20.390 de 2009 que aborda la Administración Interior del Estado<sup>11</sup> y motejadas por los descentralistas como el “fantasma” del Federalismo<sup>12</sup>.

No sorprende que cuando se ha propuesto salvar esta anomalía excluyendo al intendente de la Administración Regional, los defensores del dogma del Estado Unitario denuncien una deriva federalista, pero paradójicamente esta posición resulta ser en definitiva un dique de contención para la efectiva descentralización administrativa que es lo único que aceptan. En 1994 al crearse la Organización Nacional de los Consejeros Regionales en Valparaíso, el subsecretario de Desarrollo Regional, señaló que había “tomado conocimiento de concepciones de corte *federalista* al interior de los consejos regionales”<sup>13</sup>. Lo cierto es que para instituir un Estado Federal se requiere descentralizar la Constitución Política y en el caso de los consejeros regionales no se propuso ni la descentralización de la función

<sup>10</sup> Ver artículo 102 del texto original de la Constitución de 1980. “Corresponderá al consejo resolver la distribución del fondo regional de desarrollo”.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ OLMEDO, L. “Algunos aspectos de la Reforma Regional en la Constitución Política del Estado”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol.20, 1993, pp. 535-555.

<sup>12</sup> PALMA, E. *La descentralización política de Chile: Los problemas políticos de la descentralización*. Instituto chileno de estudios Humanísticos, ICHÉH, 1993, p. 38. Ver también VALENZUELA, E. (et al). “El Fantasma federal en Chile”, Universidad de Rancagua.

<sup>13</sup> *Mercurio de Valparaíso*, 2 de julio de 1994.

constituyente, ni la descentralización de la función legislativa, pero si se promovió la necesidad de avanzar en la descentralización de la función administrativa <sup>14</sup>. Desde luego, muy lejos de lo que temía Jorge Rodríguez Grossi, Subdere de la época del presidente Frei Ruiz Tagle.

La experiencia comparada demuestra en los casos de países con estados unitarios y régimen presidenciales, como Perú, Bolivia, y Colombia, entre otros, que no se han desintegrado, ni menos federalizado por la elección de sus autoridades regionales en el marco de la descentralización administrativa e incluso política. De la misma manera, países con estados unitarios, como Francia, Italia, España, con regímenes políticos distintos del presidencialismo, tampoco se han federalizado pues, si bien gozan de una descentralización legislativa, funcionan con una sola Constitución que los unifica y supra ordena.

En muchos de estos países el Estado central se hace representar en los territorios por un funcionario, al que se le atribuyen facultades de “gobierno interior” <sup>15</sup>. El caso de Francia es un ejemplo clásico, las funciones de la Administración Regional se radican en un Consejo Regional con un presidente del Consejo, que es su ejecutivo, pero las funciones de gobierno interior con su emblemática potestad imperativa están radicadas en un prefecto regional representante del Presidente de la República.

De modo que resulta evidente que el Federalismo con el cual la clase dirigente atemoriza a la población, es simplemente una falacia que se aprovecha para impedir que la Administración Regional sea constituida por representantes de la comunidad regional, independientes del poder central. El constitucionalista Humberto Nogueira lo ha expresado con meridiana claridad: “No es posible que algunas autoridades legislativas como gubernamentales que operan con un grado suficiente de información, puedan seguir argumentando con ignorancia supina, que la elección de la autoridad ejecutiva de la administración regional sea convertir a Chile en un Estado Federal” <sup>16</sup>.

## 1.2 Autonomía financiera del Gobierno Regional

En relación con el requisito de la autonomía financiera, hay consenso en afirmar que la verdadera autonomía es la que se consigue en la descentralización de los ingresos, pues en la medida que los ingresos propios sean más significativos que las transferencias condicionadas del Gobierno Nacional, la institucionalidad regional tiene un mayor margen de maniobra y libertad para materializar sus objetivos de desarrollo regional. En un trabajo realizado por la Cepal/GTZ, Gabriel Aghón y Herbert Edling, consideran que “lo más importante es el fortalecimiento de los ingresos propios generados por la tributación subnacional, y los cargos, cobros, y contribuciones. En el hecho de asumir este desafío, -sostienen- se encuentra la

<sup>14</sup> Documento editado por el Gobierno Regional de Valparaíso. Primer Congreso de consejeros regionales realizado en 1994. Léase el discurso inaugural del presidente de la Comisión Organizadora y las conclusiones de las comisiones de trabajo, que desmienten categóricamente el temor del Gobierno Nacional. Se encuentra Secretaría ejecutiva CORE Valparaíso.

<sup>15</sup> En nuestro caso esas facultades se encuentran detalladas en el título primero de la Loggar 19.175.

<sup>16</sup> NOGUEIRA, H. *Op. cit.*, p. 89.

prueba de fuego para una verdadera profundización del proceso de descentralización fiscal”, de lo contrario el proceso se convierte en un “simple ejercicio burocrático y administrativo complejo, no transparente, y que no conduce a una más eficiente y equitativa utilización de los recursos públicos”<sup>17</sup>.

Se ha señalado por otros autores que los países latinoamericanos han privilegiado la descentralización del gasto, siguiendo el modelo del “agente principal”. Se explica que ello se debe al riesgo que las administraciones subnacionales puedan caer en “populismo fiscal” por la cercanía a la ciudadanía. También esos autores defienden los condicionamientos de las transferencias sosteniendo que es la única manera de asegurarse que todos los ciudadanos puedan tener acceso a un conjunto mínimo de servicios<sup>18</sup>. Estos juicios, contrastan objetivamente con la doctrina de la descentralización fiscal, en virtud de la cual se reconoce que la más eficiente asignación sobre la inversión la realizan los representantes de las comunidades locales por el simple hecho de su proximidad con las demandas sociales.

No es coherente con la descentralización fiscal la preferencia por un “conjunto mínimo de servicios para todos los ciudadanos”, pues a lo que atiende la descentralización es a la heterogeneidad territorial de las demandas conforme a las diferenciaciones que existen entre regiones, es al gobierno nacional que le compete resolver el financiamiento de un mínimo homogéneo de servicios para todos los ciudadanos, ello es claramente una esfera nacional<sup>19</sup>. Además, por un principio de realismo básico para proveer “servicios mínimos a todos los ciudadanos” el Estado de Chile lo puede hacer con el 92 % de la inversión sectorial que se materializa en las regiones y muy difícilmente con el 8 % del FNDR.

Estas consideraciones son importantes de tener en cuenta en el momento que se propone una ley de traspaso de competencias, pues resulta fundamental constatar que estamos frente a una institucionalidad que aún no perfecciona su modelo de descentralización administrativa, puesto que por un consenso histórico conserva al intendente como la figura propulsora de la descentralización regional anulando la imprescindible autonomía del proceso descentralizador y por otro lado, tampoco adelanta en materia de descentralización fiscal por la vía de los ingresos, toda vez que no hay ni ley de rentas regionales, ni presupuestos regionales, ni fondos regionales autónomos. Estos son dos requisitos inherentes a la descentralización administrativa no cumplidos en nuestro ordenamiento jurídico.

### 1.3 Traspaso de competencias: para descentralizar o desconcentrar

a) En el mensaje con el que el Presidente de la República inicia el proyecto de ley, destaca al artículo 3 de nuestra Ley Suprema, el cual dispone que “la Administración del Estado será descentralizada o desconcentrada en su caso, en conformidad con la

<sup>17</sup> Descentralización Fiscal en América Latina: Nuevos desafíos y agenda de trabajo. LC/ 1051, agosto de 1997. Proyecto CEPAL- GTZ, p. 367.

<sup>18</sup> HENRÍQUEZ, O. y FIERRO, J. *Descentralización en América Latina: Un análisis comparado de los casos de Colombia, Bolivia, Perú, Brasil, y Argentina*. Subiere. Serie documentos de Trabajo. División de políticas y estudios. N° 3 julio, 2009, pp. 46-47.

<sup>19</sup> HORST, B. *Pensando Chile desde las Regiones*, p. 255. “Tal como lo plantea Oates (1972) en su teorema de la descentralización, la provisión de bienes públicos será más eficiente cuanto más se adecue a la demanda territorialmente diferenciada de dichos bienes. Es decir, por medio de la descentralización es posible alcanzar una mayor eficiencia en la asignación”.

ley". Agrega dicha norma que, "los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional".

Los especialistas sostienen que en este artículo se establece un mandato para los poderes públicos, en el sentido que están obligados a descentralizar o desconcentrar, siendo la descentralización la regla general y la desconcentración la excepción<sup>20</sup>. No podría ser de otra manera, si se atiende al problema que se quiere solucionar, vale decir, el centralismo. La desconcentración es la fórmula en virtud de la cual se despliega el poder central en las regiones, es por tanto un tentáculo que favorece el desarrollo del centralismo en el territorio. En tal sentido, es imprescindible observar que el "fortalecimiento de la regionalización" no distingue si se trata de una opción por la descentralización o por la desconcentración, incluso de ambas. He ahí, el pecado original de este diseño del nivel intermedio.

Por consiguiente, una ley de traspasos de competencias debe necesariamente entender y atender la configuración desconcentrada y descentralizada a la vez del Gobierno Regional. El intendente, los gobernadores, los seremis, los jefes de servicios integrados en el gabinete regional, representan en la Administración Regional al aparato desconcentrado, aquel que por definición fortalece al poder central. Por otra parte, el Gobierno Regional también está constituido por el Consejo Regional, órgano eminentemente descentralizado y representativo de la región. El Gobierno y el legislador no pueden en una ley de traspasos de competencias, ignorar esta composición.

Por tanto, atendido el diseño ambivalente del Gobierno Regional, lo valorable desde el punto de vista de la descentralización, es la radicación de las atribuciones en los Consejos Regionales, y en el presidente del Consejo Regional, puesto que esas son las instituciones que representan a las regiones. En la medida que los traspasos de competencias se radiquen en los Consejos y su presidente, ello se leerá como un fortalecimiento de la descentralización regional; un fortalecimiento de las atribuciones del intendente y de los órganos que representan al poder central debe ser considerada como un fortalecimiento de la desconcentración regional o dicho de otro modo del centralismo del Estado.

b) A lo anterior debe sumarse la enorme diferencia en tamaño que existe entre el aparato descentralizado y el desconcentrado. Mientras el nivel central cuenta con intendentes, gobernadores, seremis, directores regionales y provinciales de servicios públicos, con miles de funcionarios bajo su dependencia, los consejos regionales tienen un secretario ejecutivo y menos de 100 funcionarios con problemas existenciales<sup>21</sup>. En el caso de la región de Valparaíso, mientras la Administración Central tiene un presupuesto de 700 mil millones para inversiones de sus distintos ministerios en la región, el GORE tiene un presupuesto de 60 mil millones, el 9 % de

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ OLMEDO, L. "La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol.20., Santiago, 1993, pp. 535-555. La forma verbal anotada se refiere al carácter imperativo del verbo ser, en la redacción del artículo 3° "La administración será descentralizada [...]".

<sup>21</sup> En la región de Valparaíso colocan el "logo" del Gobierno Nacional en vez del logo del Gobierno Regional. Crean que pertenecen al Gobierno central pues desde allí se les evalúa a través de los PMG; obedecen el Estatuto Administrativo como cualquier funcionario público y su jefe directo es el representante del Presidente de la República en la región.

las inversiones que se materializan en la región<sup>22</sup>. Añadamos a este poderío, el fuerte papel que al interior mismo de la institucionalidad descentralizada tienen estos órganos desconcentrados y el apoyo que le prestan todos los órganos ejecutivos del nivel central, principalmente la Subdere que ampara y orienta a los intendentes y menos a los Consejos Regionales<sup>23</sup>.

## **2 COMPETENCIAS TRANSVERSALES**

Antes de examinar esta parte son necesarias ciertas definiciones básicas que colaboren en la comprensión de esta compleja materia. De partida, las transferencias de competencias son transversales, cuando el constituyente, el legislador orgánico constitucional o simplemente el legislador aprueban una norma que se les atribuye a todos los gobiernos regionales sin distinción alguna. En ese caso aplica el artículo 3 de la ley suprema que al definir la Administración del Estado establece que “será descentralizada [...]”. Por consiguiente, definiré las competencias transversales como aquellas que favorecen a todos los gobiernos regionales y que se establecen en la Locgar en las funciones generales, especiales, las atribuciones generales y las atribuciones de los órganos en particular, es decir, los intendentes y los consejos regionales.

Respecto de estas transferencias, también es preciso poner atención si lo que se traspasa es una “función” o una “atribución”. Ello por cuanto en los pocos estudios que se han realizado sobre esta materia el profesor Luís Hernández Olmedo observa que en la Locgar hay más funciones que atribuciones concretas<sup>24</sup>. Naturalmente, lo que interesa para fortalecer la descentralización regional es que se traspasen atribuciones más que funciones.

En este punto, es sabido el alegato histórico de las municipalidades, que se las rebalsó de funciones, pero que no le asignaron correlativamente atribuciones ni recursos, todo lo cual las ha llevado al colapso. De ahí que en la actualidad en su artículo 5 de la ley orgánica de Municipalidades se establece que, “cualquier nueva función o tarea que se le asigne a los municipios deberá contemplar el financiamiento respectivo”. Esta coraza de las municipalidades frente a esta errónea práctica legislativa no la tienen los gobiernos regionales, y tampoco se había contemplado en el texto original del proyecto las modificaciones. Luego, de la crítica hecha por Ancore, el Ejecutivo envió una indicación, en la cual se agrega al inciso segundo del artículo 13 de la Locgar la siguiente nueva disposición: “Cualquier nueva función o atribución que le asigne o transfiera a los gobiernos regionales deberá identificar la fuente de financiamiento respectivo”.

Con todo, se debe considerar que ante conflictos competenciales entre las atribuciones de la Administración Pública Nacional y los Gobiernos Regionales,

<sup>22</sup> Región de Valparaíso. ARI 2010.

<sup>23</sup> Desde los Gobiernos de la Concertación hasta el Gobierno del presidente Piñera, la Subdere nunca entrega información a los Consejos Regionales. Siempre la información que difunde la dirige a los intendentes y a las divisiones que de él dependen.

<sup>24</sup> HERNÁNDEZ OLMEDO, L. “Convenios Administrativos de Transferencia de competencias a los gobiernos regionales. Antecedentes Jurídicos y Modalidades de Ejecución”. En: *Revista de Derecho*, Vol. VII., diciembre, Universidad Austral, 1996.

primaran siempre las competencias centrales, cuando las regionales no estén “expresamente encomendadas a los gobiernos regionales”. En efecto, el artículo 106 es uno de los preceptos más centralistas que contiene la Locgar y pesa como espada de Damocles en la normativa descentralizadora; por lo que urge derogarlo.

Teniendo presente estas consideraciones precedentes, nos focalizaremos en general en las proposiciones del proyecto de ley de Fortalecimiento de la Regionalización.

Al internarse en el proyecto y posteriormente en las indicaciones que sobre el mismo ha realizado el Ejecutivo, de inmediato se aprecia el predominio de una inclinación centralista, principalmente en el hecho que la preceptiva fortalece las funciones y atribuciones de los poderes centrales y especialmente las del intendente en detrimento de las competencias de los Consejos Regionales.

1) De partida, el Gobierno Nacional tuvo la oportunidad de avanzar en una efectiva descentralización asignándole al presidente del Consejo Regional, las facultades de ejecutivo de la administración regional que el intendente tiene dispuesta con rango orgánico constitucional en el artículo 24 de la Locgar. La reciente Cumbre de las Regiones en Concepción demandó esta modificación, pero no ha sido escuchada como tampoco lo fueron los consejeros regionales <sup>25</sup>.

Sostengo que esta modificación fundamental puede realizarse en este proyecto de ley. En efecto, la facultad que se le atribuye al intendente de “ejecutivo del Gobierno Regional”, no tiene rango constitucional. A ese respecto cabe recordar que en los proyectos constitucionales de los presidentes Frei y Lagos se intentó blindar esa facultad de los intendentes constitucionalizándola, pero afortunadamente no tuvieron éxito.

Dicha atribución del intendente se encuentra dispuesta en el artículo 23 de la Locgar 19.175. La modificación a esa norma podría redactarse en los siguientes términos: “el presidente del Consejo Regional, será el órgano ejecutivo de la Administración Regional y ejercerá sus funciones con arreglo a la Constitución Política de la República, a las leyes, y a los reglamentos regionales”.

Este cambio tendría repercusiones en toda la preceptiva regional, partiendo por el artículo 22, que establece que “el Gobierno Regional estará constituido por el intendente y el Consejo Regional”, en tal caso, habría que incluir en el citado artículo la figura del presidente del Consejo Regional. El nuevo arreglo dejaría al intendente las funciones de gobierno interior del Título I y una función para él en el Título II, que propongo sea la “coordinación entre la administración desconcentrada en la región con la administración regional descentralizada”, todo ello en concordancia con la atribución que tiene el intendente en el artículo 112 de la Constitución.

Luego, el intendente mantendría las facultades del Gobierno Interior, establecidas en el inciso 1 del artículo 111 de la Constitución y en el Título I de la Locgar 19.175; la coordinación, supervigilancia y fiscalización de los servicios de la Administración Central que operen en la región, establecidas en el inciso 1 del artículo 112 y especialmente la coordinación de los servicios nacionales con la

<sup>25</sup> A la Cumbre organizada por CORBIOBIO, no asistió el Presidente de la República, como había sido la tradición en las dos anteriores organizadas por el Conarede. Fue una señal anticipada de lo que vendría más adelante.

administración regional y local, que sería una nueva competencia a incluir en su menú de atribuciones. Es decir, en gran medida se sigue el modelo Francés, en que el Prefecto tiene funciones de coordinación entre los dos órganos estatales.

Ciertamente, este cambio de modelo, trae consecutivos cambios en toda la Locgar en la que se mencione la institución del intendente, especialmente en el artículo 24 de la ley regional, que establece que corresponderá al intendente, en su calidad de órgano ejecutivo del Gobierno Regional un conjunto de atribuciones, en el nuevo diseño; ese precepto debería decir:” Corresponderá al presidente del Consejo Regional, en su calidad de órgano ejecutivo del Gobierno Regional, las atribuciones que a continuación se indican”.

Obsérvese que esta propuesta está referida a la viabilidad de los cambios normativos que operarían en la Locgar, intentando eludir la reforma constitucional por ahora. En efecto, con esta restructuración en la Locgar, evitamos la modificación de la Carta Magna, la cual en el inciso tercero del artículo 111 consagra la integración de los intendentes en los Gobiernos Regionales. En ese contexto, se mantiene la denominación “Gobierno Regional” por cuanto, así bautizaron a esta institucionalidad regional los artículos 111 y demás de la ley madre, bajo la premisa que el intendente es quien ejerce el gobierno interior y que está integrado en el Gobierno Regional representando al Gobierno Nacional.

Lo anterior no descarta una cirugía mayor a nivel constitucional, puesto que en un reciente seminario organizado por el Senado se expresó por parte del presidente de la Comisión de Regionalización y Descentralización que había “algunas normas que requieren reformas constitucionales” refiriéndose al proyecto de ley en cuestión. Ahora bien, si los constituyentes tienen voluntad para cambiar el diseño regional en la Constitución, esta propuesta se perfecciona aún mejor desde el punto de vista jurídico. Esa oportunidad sería la ideal para cambiar el nombre de Gobierno Regional por el de “Administración Regional” y para excluir al intendente de la constitución de la Administración Regional redactando un nuevo artículo que dijera: “La Administración Regional estará radicada en un Consejo Regional y en el presidente del Consejo Regional. El presidente del Consejo Regional será el órgano ejecutivo de la Administración Regional. El Consejo Regional será un órgano colegiado con facultades normativas, resolutivas y fiscalizadoras”. Ambos órganos se elegirán por sufragio universal en votación directa a contar del año 2016, en elecciones simultáneas con las municipales. La forma y modalidad de esa elección deberá ser normada en la ley de Gobierno y Administración Regional respectiva”.

2) Se deroga del artículo 36 literal e) la facultad del CORE de “resolver” la distribución del FNDR, y mediante el artículo 78 se le asigna esa facultad a los intendentes regionales. En el mensaje del proyecto, la redacción es nebulosa y puede dar la impresión que el CORE fija marcos presupuestarios y también distribuye el FNDR, sin embargo, la duda se despeja en la redacción del artículo 78 en el cual directamente se le atribuye al intendente la resolución de los proyectos específicos del FNDR. Tres comentarios sobre esta modificación:

*Primero.* Esta competencia es compartida entre el intendente y el CORE; ahora pasaría a ser exclusiva del intendente. En consecuencia, estamos en presencia de una modificación substantiva que rompe con la división del trabajo que se había establecido desde la Constitución del 80 en el Régimen Militar de Pinochet, vale decir, al intendente le atribuían los roles de proposición y ejecución y al Consejo Regional los de resolución y fiscalización. Con la propuesta del Gobierno Nacional el intendente quedaría ejerciendo tres roles, proposición, resolución y ejecución, además de que comparte con el CORE una capacidad de fiscalización. Obviamente, esta tendencia normativa tiende a fortalecer al representante del Presidente de la República en la región, en desmedro de los representantes de las regiones. En tal sentido, dicha propuesta sería contraria a la dirección que el constituyente le asignó al artículo 3 de la Constitución, al establecer que “la Administración del Estado será descentralizada [...]” siendo la regla general la descentralización y la excepción la desconcentración. Ello se agrava, si se tiene en consideración que tal norma recae sobre un órgano de la “administración descentralizada”.

También se constata una violación a la prerrogativa que el Constituyente le otorgó al Consejo Regional en el artículo 113, al definir sus facultades como normativas, “resolutivas” y fiscalizadoras. Es decir, le atribuyó al CORE la potestad resolutive de todas las materias de competencia de los Gobiernos Regionales. No podría entonces el legislador orgánico constitucional vulnerar esa potestad de los CORE de rango constitucional. Recuérdese que en 2009, por indicación de dos senadores, se eliminó de la ley fundamental la distribución del FNDR por los CORE<sup>26</sup>. Pero los que tramaron ese despojo no se percataron que el CORE estaba doblemente blindado por el Constituyente. A la vez la Constitución no define potestad resolutive alguna para el intendente en sus funciones en la Administración Regional, y la Locgar le confiere como hemos visto las capacidades de proposición y de ejecución.

Para “subsana” dicho pecado constitucional, se ha inventado una facultad de resolución para el intendente en el inciso segundo del artículo 22 propuesto. La mentada norma establece como regla general “la resolución del Consejo Regional” en todas las materias de competencia del Gobierno Regional, “salvo disposición expresa en contrario”. Al concordarla con el artículo 78 que dispone que “corresponderá al intendente resolver la inversión de los recursos que se asignen a la región, según lo dispuesto en los artículos 76 y 77 de esta ley, de acuerdo al presupuesto aprobado por el Consejo Regional”, se colige que esta es una de esas disposiciones “expresas en contrario”. Luego, se pretende que una norma de inferior jerarquía que la Constitución, vulnere la potestad resolutive que el Consejo tiene en esta materia. En nuestra opinión, el legislador orgánico constitucional no puede, ni debe, derogar el artículo 36 literal c, que atribuye la resolución de los recursos al CORE, pues esa potestad tiene su origen en la Constitución, que prima por sobre todas las normas en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>26</sup> Según información de Subdere, fueron los senadores Orpis y Bianchi.

*Segundo.* En el ámbito de la descentralización fiscal, Chile ha seguido el modelo “Principal-Agente”<sup>27</sup>. El nivel central actúa como el “principal”, asignando recursos al nivel subnacional mediante transferencias, señalando a este, a través de un mecanismo de incentivos, en qué emplear los recursos. En este modelo la descentralización del gasto se justificaría en razón de que los “agentes” gestionan más eficientemente la provisión de bienes públicos, en tanto representantes de la comunidad concernida, lo cual aseguraría la legitimidad de las necesidades y congruentemente la solución que trae aparejada el gasto. En este diseño, el “agente” actúa por delegación del principal. Dicha delegación se fundamenta en que en este caso la administración regional focaliza mejor los recursos que el nivel central, por su carácter representativo<sup>28</sup>. No obstante, la modificación de la *Locgar* desmorona la condición *sine quanon* que exige la teoría que ampara la descentralización fiscal por el gasto en el nivel regional, al quitarle la atribución a los CORE de resolver la distribución del FNDR, se elimina el único actor representativo de la región.

*Tercero.* Se han escuchado argumentos especialmente en la Cámara de Diputados, por los diputado Carlos Montes y Marcelo Díaz, seguidos por el ministro secretario General de la Presidencia, en el sentido que la asignación de recursos por parte de los Consejos Regionales se prestaría para acciones de corrupción; sin embargo, no se denuncian casos concretos. Me recuerda el diputado Rodrigo González que lo mismo se inventó en relación con los Consejos Comunales para impedir que resolvieran los recursos municipales. Es forzoso traer a la memoria los casos MOP Gate y Kodama en el Mimvu, que involucraron a dos de los más grandes ministerios inversionistas, en los que se siguen acciones legales e incluso hay un exministro preso, pero a nadie se le ha ocurrido, suprimir la facultad de asignación de recursos de esos ministerios.

Estos planteamientos tampoco proponen cambios en los mecanismos de fiscalización, que permitan impedir la supuesta ocurrencia “del mal uso de los recursos” en los Consejos Regionales. En el señalamiento de estos razonamientos resulta notorio el desconocimiento de los mecanismos y procedimientos de sanción del FNDR que prioriza el CORE. Sumariamente, partamos por destacar las restricciones y condicionamientos asfixiantes que la ley de Presupuestos impone a las administraciones regionales; la evaluación técnica del sistema nacional de inversiones que se realiza por cada uno de los proyectos, sin la cual el proyecto no puede ser ni siquiera propuesto al CORE; luego, el intendente, discrecionalmente a su real gana propone una cartera de proyectos a los representantes regionales. Es de común ocurrencia que proponga carteras de proyectos que estén calzadas con los marcos presupuestarios, de modo de impedir el ejercicio de la decisión del CORE. Si al intendente no le gusta la decisión del CORE, puede insistir en su propuesta, obligando a una nueva votación en la cual el CORE debe aprobar por la mayoría

<sup>27</sup> El otro modelo clásico es el *public-choise*, se caracteriza porque “las unidades subnacionales disponen de ingresos propios por la vía tributaria y determinan autónomamente qué políticas y programas impulsar”. Ver RACZINSKI, D. y SERRANO, C. *Descentralización: Nudos críticos*. Edición Cieplan, 2001, p. 39.

<sup>28</sup> MARCEL, M. *Acreditación y mejora continua de los procesos de gestión subnacional en Chile*. Politeia, 2006, p. 7. Según Marcel “de la designación democrática de las autoridades regionales debidamente mandatadas para materializar las preferencias de la ciudadanía, junto a otros factores, dependería que la descentralización aporte a la eficiencia en la provisión de servicios públicos, principal argumento utilizado para promover la descentralización fiscal”.

absoluta más uno. Teniendo a la vista tales restricciones previas los consejeros deliberan en la comisión de Inversiones primero y luego en el CORE, abogando cada consejero con diversos argumentos para aprobar los proyectos que le parecen mejor para el desarrollo de la región; incluso posteriormente, es el intendente, es decir nuevamente el poder central el que ejecuta los proyectos, confecciona las bases administrativas, solicita la asignación presupuestaria a Dipres-Subdere, y los adjudica. En esa fase de ejecución, el intendente selecciona qué proyectos ejecuta, y pueden pasar años sin que proyectos aprobados por los CORE sean ejecutados por el intendente.

En suma, no sólo no se avanza en la “autonomía financiera” de las administraciones regionales, que como hemos establecido desde un principio es un elemento constitutivo de la descentralización administrativa, sino al contrario, se le cercena atribuciones a las regiones que están radicadas en sus órganos representativos. Para ayudar a ese propósito centralista, se usa irresponsablemente el falso argumento de “las irregularidades en el uso de los recursos”. Todo lo cual sustenta la tesis que no hay descentralización fiscal por los ingresos, ni por el gasto, por consiguiente no se cumple con el requisito de autonomía financiera de las administraciones regionales y se abre paso a un proceso de involución caracterizado por la desconcentración de atribuciones en la figura del intendente.

3) Derecho preferente de uso de la palabra y rectificación a los consejeros regionales por los poderes centrales: parlamentarios, intendentes y los Seremi. El proyecto desconsidera el hecho que los CORE serán elegidos directamente por el soberano y por tanto su representatividad se verá acrecentada. No hay en el sistema político chileno una norma de esta naturaleza. ¿Qué dirían los parlamentarios si los CORE tuvieran derecho preferente a la palabra en los hemiciclos legislativos o en los gabinetes regionales a los cuales ni siquiera son invitados, o los Gobiernos si los parlamentarios quisieran incluirse en las reuniones de gabinete del Presidente de la República? <sup>29</sup>

El Gobierno Central ha presentado indicaciones en este ámbito sobre su propio proyecto, pero insistiendo en el derecho preferente de autoridades del poder central en las reuniones del pleno del Consejo Regional, ello aun cuando, Ancore ha planteado su rechazo a esa fórmula por considerar que fortalece a los órganos desconcentrados de la Administración Central y al Congreso, en vez, de fortalecer la legitimidad de los representantes de la región. En efecto, una de las indicaciones elimina la posibilidad que el intendente delegue en otro funcionario este derecho, pero mantiene lo esencial, una preferencia en favor del intendente y los Seremi.

Por otra parte, se debe tener presente que esta normativa intervencionista no tiene una expresión en la preceptiva municipal, lo cual confirmaría la tesis del temor de unitaristas y centralistas en relación con el nivel intermedio, siguiendo la tradición histórica. En fondo este tipo de normas vulneran uno de los requisitos constitutivos de la descentralización administrativa, vale decir, la independencia que

<sup>29</sup> Nuevo artículo 38 bis, para el caso de los parlamentarios. Ver modificación del artículo 24 letra s) referido a la preferencia del intendente sobre los CORE. Modifica el artículo 64 en todas sus letras a), b), y c). La nueva letra b), norma sobre el uso preferente de la palabra de los Seremi.

el órgano subnacional debe tener del poder central. Una solución más acorde con la descentralización consistiría en que en la “casa” de la Administración Regional, el presidente del Consejo Regional decidiera la pertinencia, oportunidad y preferencia en que los otros órganos y poderes públicos intervengan en el uso de la palabra. Lo anterior aplica a los funcionarios de la Administración Central, y parlamentarios, puesto que a estos últimos si bien, desafortunadamente, se constitucionalizó el derecho de asistir y tomar parte en sus debates del Consejo Regional, no se incluyó el derecho preferente del uso de la palabra.

4) En el mensaje del proyecto venía propuesta la facultad del intendente para excluir un tema de la Tabla del presidente del Consejo Regional. Además de las atribuciones simbólicas que le han otorgado al presidente del CORE, se establecía una norma que supedita al presidente y al CORE a la voluntad de los temas que le interesan al intendente, estando o no presente en la reuniones. Esta norma conculca no solo la autonomía constitucional de este órgano subnacional, sino también garantías constitucionales, como son la libertad de emitir opinión sin censura previa, derecho a reunión e igualdad ante la ley, pues se trata de una diferencia arbitraria en favor del intendente <sup>30</sup>.

Esa norma ha sido objeto de una indicación del Ejecutivo, luego que Ancore la rechazara de plano. La indicación se redacta oblicuamente dando la impresión de otorgarle al presidente del CORE, la facultad de resolver si incluir o no la materia o asuntos de interés y urgencia del intendente, pero se esclarece la intención del proyecto al rematar con la frase: Dichos asuntos “deberán” ser incorporados en la tabla de la sesión inmediatamente siguiente. Se reconoce que la indicación suaviza la norma originaria, e incluye el concepto de las “urgencias”, que es una herramienta de la gestión de normal ocurrencia en los Consejos Regionales; sin embargo, en la gestión regional no solo el Ejecutivo tiene urgencias, muchas veces los intendentes mantienen bloqueados y sin desarrollo, planes, políticas, programas o proyectos sin que sea posible conminarlo a actuar, pero el proyecto, por su inclinación a cargar de deberes al Consejo y no al intendente, no se hace cargo de tal realidad.

5) En materia de ordenamiento territorial, se deroga el PRUD, que tenía un carácter vinculante, limitado a los aspectos urbanos, pero con una connotación jurídica que no tienen los PROT, que son meramente “orientadores”. Además, en el PROT se le concede derecho a veto a las Subsecretarías de las FFAA y a las Seremi, puesto que si los informes que exige la norma no son “favorables”, el CORE no puede aprobar este instrumento planificador. Ello debilita la potestad resolutoria del CORE y fortalece la incidencia de las agencias centrales en la gestión de la Administración Regional <sup>31</sup>.

Además se debilita la capacidad de resolución del CORE toda vez que dicho artículo no se incluye en la fórmula del artículo 25, el cual habilita al Consejo para “aprobar, modificar o sustituir”. El proyecto solo le asigna la capacidad de aprobar o rechazar. Ello no es coherente con la lógica del diseño de la ley, en el sentido que se

<sup>30</sup> Modifica artículo 24 de la Locgar, agregando una letra t).

<sup>31</sup> Se modifica el artículo 17 de la Locgar, creándose una nueva letra a) que instituye el PROT. Concordar con la modificación del artículo 36 en la letra c), sobre exigencias de informes previos favorables.

ha incluido a los instrumentos de planificación en esa fórmula y este es esencialmente un plan, sin embargo, se le excluye.

6) Exigencia de quórum calificado de 2/3 del CORE para pedir al intendente que represente su disconformidad por daños y perjuicios ocasionados por actuaciones y/o omisiones de la Administración Central que opera en la región. Esta exigencia no se condice con la garantía constitucional que asegura “el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos”. Desde luego, el alto quórum es una limitación que afecta este derecho en su esencia, pues impone una condición que restringe su libre ejercicio <sup>32</sup>.

7) Se faculta al intendente para asistir a las reuniones de los CORE, “cuando estimare conveniente”. Si el CORE lo invita o lo cita a una reunión que requiere su presencia puede conforme a esta norma estimar “inconveniente” su asistencia. Desde luego, esta propuesta aminora la facultad fiscalizadora del Consejo Regional, pues colisiona con lo dispuesto en el artículo 36 literal h) del proyecto, que otorga facultad al CORE para citar por mayoría de sus miembros a autoridades regionales, debiendo esta comparecer “obligatoriamente”. ¿Podría el intendente asilarse en su libre albedrío y negarse a asistir conforme a su conveniencia?

Se reviste al intendente de un poder discrecional, que eventualmente puede traer consecuencias nefastas para la interrelación de estos órganos en la gestión regional, habida cuenta que la legitimidad y representatividad de los CORE será mayor y una discrecionalidad arbitraria podría crear un conflicto que bloquee la institucionalidad regional <sup>33</sup>.

8) Se fortalece las divisiones del servicio administrativo y se crea la figura del administrador regional bajo la jerarquía estricta del intendente, a los cuales les puede delegar incluso la nueva facultad de resolver la distribución del FNDR. El administrador regional, solo responde al intendente y no se sigue el ejemplo del artículo 30 del modelo Municipal, el cual dispone la remoción del administrador por parte del Consejo Municipal con un quórum calificado. Propuesta que se le hizo a la Subdere pero que no acogió <sup>34</sup>.

9) Se agrega al artículo 22 un nuevo inciso, disponiendo que: “Salvo disposición expresa en contrario, cuando la ley requiera la opinión o acuerdo del GORE, el intendente en su calidad de órgano ejecutivo de aquel, deberá someterlo previamente al acuerdo del Consejo Regional”. Por consiguiente, una ley de presupuesto perfectamente podría expresamente disponer que el intendente resuelva un fondo cualquiera, en el ámbito del Gobierno Regional. En todo caso, esta norma en lo principal se propone para justificar el nuevo artículo 78, que le atribuye al intendente la resolución del FNDR. Sin embargo, como se ha planteado precedentemente, dicha disposición vulnera la Constitución que ha atribuido la potestad resolutoria solo al CORE. Por lo que la mencionada norma es a mi juicio

<sup>32</sup> Incorpora un nuevo artículo 36 bis, ver letra c).

<sup>33</sup> Modifica artículo 24 de la Locgar, agregando una letra s).

<sup>34</sup> Ver nuevo artículo 68 ter (Párrafo 3º). En el inciso 2º se puede apreciar que no aparece como facultad indelegable la de “resolver los proyectos del FNDR”.

inconstitucional<sup>35</sup>.

10) En los convenios de programación se relativiza la obligatoriedad que le confirió la Carta Fundamental a este instrumento. En efecto, se dispone la excepción de cumplimiento, si a cualquiera de las partes no se le asignan recursos en la ley de Presupuestos. Esta condición no tiene rango constitucional y va directamente en contra del cumplimiento de la ley madre; de aceptarse este predicamento podría interpretarse que la ley de Presupuestos es de mayor entidad que la Constitución. Lo que confirmaría la impresión que en Chile manda el Ministerio de Hacienda. Al contrario, nuestro ordenamiento jurídico no tiene nebulosas a este respecto, el colegislador y el legislador están supeditados a cumplir los preceptos constitucionales y si se establece una obligatoriedad no puede una ley de menor jerarquía imponer condiciones para su no cumplimiento<sup>36</sup>.

11) En este punto examinaré un caso que también podría replicarse en la normativa propuesta. En la modificación de la Locgar por la ley 20.035 se agregó una nueva atribución a los Gobiernos Regionales: “Construir, reponer, conservar y administrar en aéreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, con cargo a los fondos que al efecto le asigne la ley de presupuestos [...]”. Sucedió que mayoritariamente los Consejos Regionales han rechazado esa competencia, fundados en que en la ley de Presupuestos no se estableció, como lo ordenaba el legislador orgánico constitucional, un fondo especialmente para financiar la mentada atribución. ¿Qué hacer en estos casos? La comisión del Senado, en su propuesta a la Sala, en la discusión de la reforma constitucional ley 20.390 del 2009, autorizaba al Consejo Regional para rechazar la transferencia de funciones y competencias dispuesta por el Presidente de la República y si el presidente insistía, la contienda la definía el Senado<sup>37</sup>.

En las normas presentadas no hay respuesta para estas situaciones. Resulta imprescindible abordar esta realidad, y a lo menos consultar a los Consejos Regionales. No es común recibir de parte de los poderes del Estado consultas sobre las cuestiones relativas a su campo de acción, en circunstancias que el artículo 36 literal i) de la Locgar atribuye al CORE: “Emitir opinión respecto de las proposiciones de modificación a la división política y administrativa de la región que le formule el Gobierno Regional, y otras que le sean solicitadas por los poderes del Estado”. Muy bien se podría exigir que respecto de las modificaciones a la Constitución y/o a la Locgar en el ámbito de la Administración Regional, los poderes del Estado fueran obligados a consultar la opinión de los Consejos Regionales.

12) Como nota final de esta parte resulta inevitable advertir que en las materias o funciones transversales a todos los Gobiernos Regionales: ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural, se debe tener especial cuidado en definir con precisión las atribuciones de la

<sup>35</sup> Artículo 113 inciso 1º de la Constitución. “El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, dentro del ámbito propio de competencia del gobierno regional”.

<sup>36</sup> En cualquier caso hay un avance luego que Ancore rechazara esta propuesta ya que sólo concernía exceptuar de la obligación a los Ministerios. La nueva indicación del Ejecutivo lleva el Nº 12 y reemplaza la letra c) del numeral 40 que pasa a ser 42.

<sup>37</sup> Historia de la ley 20.390, p. 500. El senador Ricardo Núñez, presidente Comisión de Gobierno Interior del Senado, ante la Sala señaló que: “Asimismo, nos pareció trascendente regular las líneas generales de lo que implica la mayor independencia financiera de las Regiones”.

Administración Regional. Ello, debido a que el artículo 106 de la Logcar dispone una reserva competencial en favor del poder central que restringe el ejercicio de las competencias de los GORE bajo ciertas condiciones: “Las competencias atribuidas por esta ley a los Gobiernos Regionales no afectarán las funciones y atribuciones que correspondan a la Administración Pública Nacional, en todo lo que “expresamente” no haya sido encomendado a los Gobiernos Regionales”.

### **3 COMPETENCIAS VERTICALES**

#### **3.1 Definición**

El artículo 114 de la Constitución, dispone que: “La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y modo en que el Presidente de la República podrá transferir a uno o más Gobiernos Regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los Ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural”.

En base a la citada disposición defino como competencias verticales, aquellas que solicitan al Gobierno Central uno o más Gobiernos Regionales y que en caso de ser aprobadas benefician solo a los Gobiernos Regionales peticionarios. De tal suerte que un Gobierno Regional pueda ser el único receptor de competencias y las formas y modos definirán cuales son los procedimientos y requisitos para que esta operación se perfeccione.

#### **3.2 Iniciativa de la petición**

3.2.1 Se identifica en el proceso de transferencias un sujeto activo y otro pasivo, en relación con la iniciativa del traspaso. En los traspasos transversales, los poderes públicos tienen la iniciativa y son los sujetos activos, determinando por ejemplo que los convenios de programación sean obligatorios, lo cual vale para todos los Gobiernos Regionales. La situación varía cuando los traspasos son verticales, en esos casos, el sujeto activo es el Gobierno Regional, pues tiene la iniciativa. Nadie mejor que la Administración Regional respectiva para conocer a cabalidad y fundar sus requerimientos competenciales. De ahí que el actual artículo 67 radique en el Gobierno Regional la iniciativa de solicitar el traspaso de competencias al Presidente de la República.

De ahí, un traspaso vertical como consecuencia de una petición del órgano descentralizado territorialmente, tiene la virtud que su petición es genuina, obedece a los requerimientos propios de su territorio y a las exigencias de sus actores y agentes del desarrollo regional. Este tipo de traspaso valora la diferenciación territorial y actúa fundado en el principio de selección del proceso descentralizador, es decir, pueden acceder a mayores poderes los que en el marco de sus propias necesidades

y aspiraciones logren gestionar adecuadamente la competencia traspasada. Ahora bien, la selección y evaluación sobre la capacidad del Gobierno Regional para gestionar una competencia solicitada la realiza el poder central. Es allí donde el legislador debe poner atención para los efectos de salvaguardar principios y criterios democráticos, como también los de un buen gobierno.

El artículo 67 de la Lcgar, como el nuevo artículo 21 bis, inciso segundo propuesto establece un derecho de petición especial que el Gobierno Regional le hace al Presidente de la República, en virtud del cual, autoriza el traspaso de competencias y recursos desde la Administración Central a los Gobiernos Regionales. Esta categoría de solicitud es muy análoga al derecho de petición constitucional del artículo 19, número 14. Pero ese artículo se encuentra limitado al ejercicio solo de las personas naturales, por lo que habría una diferencia fundamental con el Gobierno Regional, que es una persona jurídica de derecho público. Luego, ha de interpretarse que la atribución concedida a la Administración Regional es un derecho a petición, derivado del artículo 114 de la Constitución que exige que la ley determine la forma y el modo como el Presidente de la República traspasa competencias, siendo uno de los modos la petición de traspasos de competencias por el Gobierno Regional.

3.2.2 En el proyecto de ley, se propone en el inciso 2º del artículo 21 bis, lo siguiente: “Para solicitar la transferencia de funciones al Gobierno Regional según el procedimiento del artículo 21, el Consejo Regional siempre resolverá sobre la base de la propuesta del intendente”.

a) Esta norma obliga a dar una segunda mirada al sujeto activo, porque si bien se le entrega la facultad al Gobierno Regional, el que ejerce la iniciativa al interior de la Administración Regional es un órgano desconcentrado del nivel central, es decir el intendente. La eventual participación del Consejo Regional, se diluye la identidad del sujeto activo confundándose con el poder central, receptor de las peticiones descentralizadoras. La iniciativa para solicitar traspasos de competencias la tiene el representante en la región del poder central que la pide a su superior jerárquico, el Presidente de la República. La transferencia la pide un órgano de la Administración Central a otro órgano de la misma administración, o sea los actores de la petición son el poder central. Para decir lo menos, curiosa forma y modo de “descentralizar”.

b) En la realidad, uno de los motivos por los cuales no se aplicó el artículo 67 de la Lcgar fue la radicación de la iniciativa en el intendente, por cuanto como he sostenido en otras publicaciones, es muy incómodo, difícil, y contra natura que un subordinado le plantee a su jefe que se desprenda de poder. No se puede esquivar el hecho que las transferencias de competencias son una materia directamente relativa al ejercicio del poder<sup>38</sup>. De ahí, el problema que se suscita es que si el intendente no hace uso de su iniciativa para solicitar traspasos, no solo de funciones como reza este artículo sino también de atribuciones, la forma o modo para transferir competencias habrá fracasado de antemano.

c) Somos partidarios que la iniciativa se amplie al Consejo Regional con un

<sup>38</sup> TOBAR LEIVA, M. *Pensando a Chile desde sus regiones: Estado Regional y Democracia participativa. Dos caras de una misma moneda*. Ediciones Universidad de la Frontera, 2009, p.148.

quórum calificado. Ya la comisión de Gobierno y Descentralización del Senado en la tramitación de la reforma constitucional de 2009, había reparado en esta dificultad y por tanto propuso esta solución que es naturalmente más armónica con el espíritu y la forma de la descentralización administrativa<sup>39</sup>. Por último, queda la posibilidad de dotar al presidente del Consejo Regional de esa facultad de iniciativa, pues a fin de cuentas, si se quiere avanzar efectivamente en este proceso, ese presidente será algún día el ejecutivo de la Administración Regional. Con todo, Ancore rechazó este artículo en las negociaciones con Subdere, por lo que el Gobierno Central propuso una indicación que en gran medida salva el problema.

En efecto, agregó al artículo 21 bis inciso segundo, la frase: “Sin embargo, el Consejo Regional podrá solicitar dicha transferencia previo acuerdo de los **cuatro quintos** de sus miembros en ejercicio, sin que se requiera, en dicho caso, proposición del órgano ejecutivo”.

Queda para los Consejos Regionales la sensación que si bien hay una señal en favor de las regiones se le obliga a un quórum exagerado, teniendo presente la pluralidad ideológica de los miembros de los Consejos Regionales. Por ello, en la propuesta de Ancore, se baja ese quórum a los 2/3, que igual es alto, pero alcanzable para peticiones que requieren estudios y fundamentos consistentes.

### 3.3 Materias a transferir

En general el artículo 114 de la Constitución establece que las transferencias son referidas “a materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural”. En particular, el artículo 21 *ter* del proyecto de ley, amplía la mencionada disposición constitucional, distinguiendo las materias y especificándolas:

- a) ordenamiento territorial, planificación urbana y asentamientos humanos
- b) medioambiente
- c) obras de infraestructura y equipamiento regional
- d) transporte
- e) desarrollo rural y localidades aisladas
- f) fomento de las actividades productivas; turismo
- g) programas sociales y culturales
- h) educación y salud
- i) deporte
- j) ciencia y tecnología
- k) conservación del patrimonio

### 3.4 Procedimientos del traspaso

3.4.1 El artículo 21 *quater*, establece en los literales a),b),c) y d) los procedimientos en virtud de los cuales se traspasan las competencias de las materias

<sup>39</sup> Historia de la ley de reforma constitucional 20.390, 2009, p. 490. Segundo informe de la Comisión de Gobierno y Descentralización del Senado.

contenidas en el 21, *ter*. En el literal e) se dispone las reglas relativas a la revocación de las transferencias y finalmente una f) destinada a la creación de nuevas divisiones que atiendan la nuevas competencias traspasadas.

3.4.2 En el artículo 21 *quater* literal a) se señala que: “El Gobierno Regional con su patrimonio podrá desarrollar, total o parcialmente, las competencias indicadas en el artículo 21 *ter*, previo convenio con el Ministerio y servicio público que ejerce la función administrativa, el cual será aprobado por decreto supremo”. Es decir se trata de competencias que están en la órbita competencial de la Administración Central y cuyas materias están indicadas en el artículo 21 *ter*. Ancore ha planteado que sin perjuicio que el GORE aporte un financiamiento, los convenios deben contemplar un aporte sectorial, de lo contrario solo habrá inflación de competencias, pero no de los recursos correlativos, situación que pugna con el predicamento establecido por la primera indicación del Ejecutivo al proyecto, al disponer que “cualquier nueva función o atribución que le asigne o transfiera a los Gobiernos Regionales deberá identificar la fuente de financiamiento respectivo”. Luego, es interpretar que los redactores solo establecen obligaciones pecuniarias de la Administración Regional exceptuando las obligaciones de los Ministerios y Servicios Públicos.

3.4.3 En el 21 *quater*, letra b): “La transferencia de competencias podrá implementarse mediante programas. Para ello el Gobierno Regional podrá administrar y ejecutar programas nacionales de claro impacto regional, previo acuerdo con el Ministerio y servicio público respectivo, el cual deberá ser aprobado por decreto supremo. Los recursos de ejecución y de agendar deberán contemplarse anualmente en la partida correspondiente a dicho Ministerio o servicio en la ley de Presupuestos”. A diferencia de la letra a) el foco de la transferencia son los programas nacionales gestionados por los Ministerios o servicios públicos. Para realizar este traspaso se requiere de un acuerdo entre las partes, que es lo mismo que decir un “convenio”, instrumento que me parece más adecuado, el cual al igual que los convenios de traspasos de competencias, debe ser aprobado por decreto supremo. En este caso, se soluciona bien el tema de los recursos financieros.

3.4.4 Más adelante, en el artículo 21 *quater*, literal d), se establece que: “Para efectos de lo dispuesto en los literales a) <sup>40</sup> y b) <sup>41</sup> un decreto supremo podrá aprobar la transferencia de una o más competencias. Los convenios que tengan por objeto la ejecución de las competencias transferidas serán aprobados por decreto expedido por orden del Presidente de la República, o por resolución del jefe de servicio correspondiente, según corresponda”.

En el artículo 21 *quater*, literal d) se hace una distinción respecto de los traspasos de competencias en términos del otorgamiento de esta mediante decreto supremo y de la ejecución de ella mediante convenio, la que requerirá una tipología especial de decreto autorizada por el artículo 35 de la CPR; me refiero a la

<sup>40</sup> Relativo al traspaso mediante convenio con el Ministerio o Servicio Público.

<sup>41</sup> Referente al traspaso de programas sectoriales.

formula “Por orden del Presidente de la República”. Ella consiste en decretos que no llevan la firma del Presidente de la República, solo firma el ministro respectivo, en nuestro caso el ministro del Interior, pero según sea la materia también puede ser el ministro de Hacienda, especialmente, en el traspaso de recursos. Según Claudio Moraga Klenner, estos decretos supremos, “dicen en buena medida relación con materias intraadministrativas, pero para los efectos de su tramitación es idéntica a la de aquellos que firma el Presidente de la República”<sup>42</sup>. Agréguese que también la formalidad para dar vida jurídica al convenio contempla la posibilidad que sea fundada en una “resolución” del jefe de servicio correspondiente. En definitiva esta forma de traspaso de funciones y atribuciones puede dar lugar a una nueva tipología de decreto, los decretos de traspasos de competencias y programas, que tendrán como característica esencial el vehiculizar la descentralización administrativa del Estado.

3.4.5 El artículo 21 quater literal c) dispone que: “La transferencia de competencias podrá implementarse, asimismo, mediante la creación de servicios públicos regionales, según lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 18.575, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado”.

La propuesta expresada en el artículo 21 quater del proyecto de ley establece que la forma y el modo de ejercer la transferencia es a través de “decretos supremos” expedidos por el primer mandatario, tratándose de convenios con ministerios y programas sectoriales. En el caso del traspaso mediante la creación de servicios públicos regionales la forma y el modo de aplicar es la “ley” conforme lo dispone la letra e) del mismo precepto.

El artículo 30 de la ley 18.575 Locbgae, establece que: “Los servicios públicos centralizados o descentralizados que se creen para desarrollar su actividad en todo o parte de una región, estarán sometidos, en su caso, a la dependencia o supervigilancia del respectivo intendente”. Sin embargo, la propia Locbgae, dispone en su artículo 21 con el cual se inicia el Título II de dicha ley, que no se aplica a los Gobiernos Regionales. Tal referencia deja a la luz una vez más el propósito centralista de sus redactores. Mas precisamente, la redacción debería aludir al artículo 65, número 2 de la Ley Suprema, que atribuye iniciativa exclusiva del Presidente de la República para: “Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones”. Por consiguiente, el presidente conforme al artículo 65, número 2 y 114 de la Constitución crea un servicio público autónomo del Gobierno Central dependiente del Ejecutivo del Gobierno Regional, descartando la dependencia y supervigilancia del intendente como titular de las atribuciones del artículo 112 de la CPR y del Título I de la Locgar 19.175, es decir, como representante del Presidente de la República en funciones de gobierno interior y de coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> MORAGA KLENNER, C. *Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la administración del Estado, Tomo VII*, Abeledo Perrot, 2010, p. 117.

<sup>43</sup> En el fondo, la dependencia de un servicio público autónomo del nivel central en la actual arquitectura de la institucionalidad regional debería estar en el Intendente, pero en su calidad de ejecutivo del Gobierno Regional. De modo, que pueda ser fiscalizado en esa competencia por el Consejo Regional.

3.4.6 La nueva forma de transferir competencias no se pone en el caso que la solicitud sea rechazada, por lo que la región nunca sabrá la respuesta a su petición. En tal escenario, a mi modo de ver se requiere una respuesta que sea fundada, de lo contrario la región tampoco sabrá por qué razón le dijeron que no. En ese caso, al estar en el campo de la descentralización administrativa, debiéramos considerar los recursos que en el ámbito de derecho administrativo se aplican, o sea frente a un decreto o resolución se debería abrir la puerta para un recurso de reposición del Gobierno Regional, ante el mismo órgano que denegó la petición, allegando naturalmente nuevos antecedentes que surgirán a raíz de los fundamentos del rechazo, como así también, el respaldo de quórum calificado del Consejo Regional.

Para solucionar ese déficit del proyecto, el Ejecutivo envió una indicación: “En caso que una solicitud de transferencia de competencias sea rechazada, el Presidente de la República deberá dar una respuesta, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, dentro del plazo de 180 días contados desde aquella haya sido recibida”. Insisto, en este caso la respuesta del Presidente de la República debe ser fundada, y el CORE debería tener expresamente la facultad de impugnar tal respuesta por los 2/3 de los consejeros regionales y recurrir de reposición acompañando nuevos antecedentes y consideraciones en favor de la transferencia solicitada.

Con todo, nada se dice respecto de plazos para responder a las peticiones formuladas, pues, la indicación anterior únicamente se refiere al caso que una solicitud de traspaso de competencia sea rechazada<sup>44</sup>. Nada permite colegir que los 180 días también son para la aceptación de las solicitudes de traspasos. Podría darse el caso que concluya todo el período de gobierno, sin que la región sepa si su petición fue aceptada, o aún se encuentra en trámite. Ello, se distancia de los principios del procedimiento administrativo en los que el plazo es “primeramente, un parámetro de certeza jurídica para el ciudadano, quien queda en posición de prever cuál es el tiempo máximo en que debe tomarse una decisión administrativa”<sup>45</sup>. Se requiere también investir de certeza jurídica a los órganos de la Administración del Estado, que están gestionando acciones de interés público, para las cuales se demanda una respuesta, puesto que ellas afectan la Administración Regional. El profesor Moraga Klenner, agrega que el plazo, es el parámetro esencial que permite apreciar cuando la Administración cae en inactividad<sup>46</sup>; hecho, que a mi entender pugna con todo principio del derecho administrativo que al contrario busca dar garantías para que la Administración responda a la petición de las partes, en este caso al Gobierno Regional.

### **3.5 Revocación de las competencias traspasados**

3.5.1 Finalmente el artículo 21 quater se clausura con el literal e) respecto de la revocación de la transferencia señalando: “La transferencia de competencias

<sup>44</sup> En la comisión de estudios de la Constitución, el profesor Silva Bascuñán propuso completar el artículo 19 N° 14 en el sentido de establecer la “obligación de la autoridad a responder”, pero el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno eliminaron esa responsabilidad. Ver Verdugo, Mario y Pfeffer, Emilio. *Derecho constitucional Tomo I*. Editorial Jurídica, pp. 275, 276.

<sup>45</sup> MORAGA KLENNER, C. *Op.cit.*, p. 167.

<sup>46</sup> *Idem*.

podrá ser revocada fundadamente. Para dichos efectos, el decreto supremo señalado en los literales a) y b) precedentes, o la ley contemplada en el literal c), según corresponda; deberán identificar la forma en que se producirá la revocación anticipada de la transferencia de competencias, en los casos en que esta se ha dispuesto temporalmente, o la simple revocación, en aquellos en que la función o atribución se haya transferido en forma definitiva, así como lo referidos al personal y bienes involucrados.

El acto que disponga la revocación competencial será siempre fundado, pudiendo considerarse al efecto, entre otros motivos, la deficiente prestación de servicios a la comunidad, ineficiencias en la asignación y utilización de los recursos públicos y la duplicación e interferencia de funciones y atribuciones con otros órganos de la Administración del Estado”.

3.5.2 La institución de la revocación anticipada o simple, relativiza la radicación de competencias en las administraciones subnacionales. En este sentido, las transferencias transversales, vale decir las que se transfieren por diversos cuerpos normativos favoreciendo a todos los Gobiernos Regionales, son estables y dan mayor certeza jurídica, precisamente porque no son susceptibles de revocación unilateral. El profesor Teodoro Rivera advertía este punto respecto de la utilización del decreto al discutirse el traspaso de competencias<sup>47</sup>. Ciertamente es que otra ley puede derogar la preceptiva vigente, como es el caso de la “resolución del FNDR”, pero vale reconocer que el Gobierno no lo puede hacer unilateralmente, sino con los votos favorables en el Congreso que muchas veces son esquivos e impredecibles.

3.5.3 Siendo la revocación unilateral, la normativa propuesta no abre un espacio para que el Gobierno Regional defienda la competencia traspasada. Por ejemplo, pongamos un caso clásico que ha ocurrido entre las municipalidades y el poder central: ¿Qué pasa cuando se transfieren funciones y atribuciones sin los necesarios recursos? Le traspasan a un Gobierno Regional por decreto la competencia sobre el desarrollo urbano que tiene como foco mantener y conservar las aceras y calzadas, pero sin presupuesto correlativo. Conforme a la nueva normativa el Gobierno Nacional dicta un decreto revocando esta competencia fundado en la “deficiente prestación de servicios a la comunidad.” Pero el propio poder central es el que en definitiva está en falta, es básico recordar que en materia de descentralización fiscal las transferencias son condicionadas, por tanto es muy estrecha la posibilidad de maniobra de la Administración Regional. Luego, es evidente que estos hechos son un fundamento contundente para apelar y probablemente a partir de esa nueva situación se impulse una mayor coordinación entre los dos órganos del Estado respecto del cumplimiento de la competencia que afecta al bien común regional en primer lugar.

3.5.4 ¿El Gobierno Regional no tiene derecho a solicitar una revocación ni anticipada ni simple? La revocación es una facultad que tiene el Gobierno Central

<sup>47</sup> Teodoro Rivera. Informe en la Comisión de Gobierno Interior, Cámara de Diputados. En historia de la ley 20.390.

en el que se expresa su poder supremo. Estimo, que tratándose de un órgano que no depende del Presidente de la República, sino que deriva sus competencias de la Constitución, por lo que se le ha integrado al selecto club de los órganos con autonomía constitucional: Banco Central, Contraloría, Municipalidades, etc., está siendo tratado por este proyecto como si fuera un servicio público dependiente del primer administrador. Para solucionar esta desproporción, es necesario equilibrar la revocatoria, estableciendo en esta ley la facultad al Gobierno Regional para solicitar al poder central la revocación fundada. Ello por cuanto puede ocurrir que lo que se solicitó con convicción y fundamento en principio, con el tiempo no satisfizo las expectativas de la Administración Regional, sino al contrario su gestión es una dificultad que origina más problemas que servicios a la ciudadanía regional.

#### 4 CONCLUSIONES

a) El modelo de descentralización en Chile es la descentralización administrativa. De acuerdo a los requisitos constitutivos de ese tipo de descentralización, concluyo que en el caso de los Gobiernos Regionales no se encuentran plenamente satisfechos. Los requisitos faltantes son los referidos a la elección de las autoridades regionales, especialmente respecto del Ejecutivo de la Administración Regional y a su autonomía financiera.

En efecto, en el plano de la elección de las autoridades regionales, requisito que garantiza la independencia del poder central, el avance es parcial, toda vez que las elecciones son solo para los Consejos Regionales, manteniéndose el ejecutivo de la Administración Regional en manos del poder central. En el plano de la autonomía financiera de la Administración Regional, se retrocede al vulnerarse la potestad resolutoria de la región respecto de la distribución del FNDR, lo cual implica una recentralización del proceso.

b) El 111 de la Ley Suprema y el artículo 22 de la Locgar se preceptúa que “el Gobierno Regional estará constituido por el intendente y el Consejo Regional”. Es decir, un órgano que representa al poder central y el otro que representa a la región. Así, el Gobierno Regional tiene una constitución bicéfala, característica fundamental a considerar en un proyecto de traspaso de competencias. Agréguese, que este *sui generis* modelo de “descentralización” incorpora a los Seremi, gobernadores y directores de servicios en la Administración Regional, con roles de proposición y ejecución de competencias de los Gobiernos Regionales. También, el constituyente integró a los parlamentarios en los Consejos Regionales. De modo tal que la intromisión e influencia de los poderes públicos en la gestión de la Administración Regional es muy decisiva. En general el proyecto en cuestión fortalece el aparato desconcentrado, del nivel central, en detrimento de las atribuciones de los Consejos Regionales, es decir del aparato descentralizado. Esta afirmación se ve confirmada en la redacción de diversos artículos, tanto respecto de los traspasos de competencias horizontales, como en los procedimientos para los traspasos verticales.

c) En tal sentido, el proyecto pone en cuestión la división de roles entre los órganos básicos de la Administración Regional, vulnerando el rango constitucional que tiene la potestad resolutoria del Consejo Regional, al dotar de capacidad resolutoria al intendente regional en materia de inversiones derogando las del Consejo. En la actualidad el intendente propone y ejecuta la cartera de proyectos del FNDR, lo cual implica en la práctica una prerresolución, por cuanto, el CORE está circunscrito a resolver los proyectos de la cartera propuesta. El nivel central no satisfecho con esta gravitante influencia, postula que el intendente se quede también con la facultad de resolver los proyectos específicos del FNDR. Se debe consignar que los Consejos Regionales han sido muy celosos por el respeto a los principios de equidad territorial, simplemente por el origen de su representación provincial, como asimismo, los Consejos han garantizado una asignación de proyectos con una lógica centrada en el desarrollo dada su composición pluralista, características que muy difícilmente podrá exhibir un intendente regional, tentado en favorecer a su corriente política y a los territorios de alto rendimiento electoral, sin ningún contrapeso posible. Todo ello no ha ocurrido en los Consejos Regionales, puesto que reiteramos su composición pluralista genera un control natural y ni siquiera las mayorías osan desbordar criterios de proporcionalidad, equidad territorial, eficiencia e imparcialidad político partidista. No hay suma cero en las resoluciones de los CORE, pero podría haberlas en las decisiones de los intendentes.

d) En este proyecto se deja a la más absoluta discrecionalidad del poder central la tramitación de las peticiones de las regiones. Esta posición revela el omnímodo poder con que se inviste al Primer Mandatario, al único que no le alcanzan los principios del procedimiento administrativo es al Presidente de la República, en circunstancias que es el supremo administrador de la nación. Así, la ley de procedimientos administrativos 19.880, no aplica para el primer mandatario sino para sus ministros, en su artículo 2º establece que: “Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa [...]” Al presidente no se le exige que cumpla plazos, que fundamente los rechazos, que responda las peticiones, etc.

e) Tampoco el proyecto de ley se hace cargo del traspaso de competencias hacia los municipios. Recordemos que la Constitución en su artículo 118 inciso final estableció que “la ley determinará la forma y el modo en que los ministerios, servicios públicos y Gobiernos Regionales podrán transferir competencias a las municipalidades, como asimismo el carácter provisorio o definitivo de la transferencia.” Estimo que en el caso de los Gobiernos Regionales, perfectamente, el legislador orgánico constitucional podría incorporar en su preceptiva, la forma y el modo en virtud de la cual la Administración Regional podrá transferir competencias a la Administración Comunal, lo cual habría permitido de una sola vez debatir el sistema de traspasos hacia los gobiernos subnacionales.

f) Luz Bulnes de Granier, observó a propósito del debate y la normativa que se generó sobre esta materia en la Constitución de 1925, que los constituyentes de

aquella época no tenían clara “la distinción entre los conceptos de descentralización administrativa y de desconcentración administrativa”<sup>48</sup>. El mensaje de este proyecto de modificación de la Locgar 19.175 comienza fundándose en el artículo 3 de la Ley Suprema, que ordena a los órganos del Estado promover el fortalecimiento de la regionalización, pero dicho concepto ampara la descentralización regional como la desconcentración administrativa regional. Luego, la confusión se origina simplemente por la configuración de la Administración Regional, puesto que en ella el constituyente de nuestra época incorporó en una estructura descentralizada, órganos dependientes del Presidente de la República, como los intendentes, gobernadores, las Seremi y directores de servicios que obedecen al concepto de desconcentración administrativa.

Se dice en el mensaje del proyecto de ley que “con ambos proyectos de ley se busca alcanzar el anhelo de una efectiva y real descentralización, dotando a las regiones de órganos representativos y con suficientes atribuciones para ser factores principales en el desarrollo y planificación de sus territorios, respondiendo a las realidades y aspiraciones de los habitantes de las distintas regiones del país”<sup>49</sup>. Es efectivo que la ley traspasa competencias a la Administración Regional, pero las radica fundamentalmente en los órganos desconcentrados del nivel central, especialmente en la figura del intendente regional, lo cual lo convertirá en un superintendente, en detrimento de los Consejos Regionales únicos órganos efectivamente representativos y con la elección directa lo serán mucho más. Entre la descentralización y la desconcentración gana esta última en el proyecto de Fortalecimiento de la Regionalización.

---

<sup>48</sup> BULNES, L. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>49</sup> Se refiere al proyecto analizado sobre Fortalecimiento de la Regionalización que se tramita en el Senado y al proyecto de Elección Directa de Consejeros Regionales que se encuentra entrampado en la Cámara de Diputados.

## BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN, P. y AZOCAR BRUNNER, E. *Derecho administrativo*. Universidad Andrés Bello, 1996, pp. 161-164.

BULNES, L. *La regionalización y sus antecedentes jurídicos*. Editorial jurídica, 1988, pp. 9-10.

CUMPLIDO, F. *Derecho Político. Introducción a la Política y teoría del Estado*. ICHECH, 1987, pp. 242-243.

HENRÍQUEZ, O. y FIERRO, J. *Descentralización en América Latina: Un análisis comparado de los casos de Colombia, Bolivia, Perú, Brasil, y Argentina*. Subiere. Serie documentos de Trabajo. División de políticas y estudios. N° 3 julio, 2009.

HERNÁNDEZ OLMEDO, L. "Algunos aspectos de la Reforma Regional en la Constitución Política del Estado". En: *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol.20, 1993, pp. 535-555.

\_\_\_\_ "La descentralización en el ordenamiento constitucional chileno". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol.20., Santiago, 1993.

\_\_\_\_ "Convenios Administrativos de Transferencia de competencias a los gobiernos regionales. Antecedentes Jurídicos y Modalidades de Ejecución". En: *Revista de Derecho*, Vol. VII., diciembre, Universidad Austral, 1996.

MARCEL, M. *Acreditación y mejora continua de los procesos de gestión subnacional en Chile*. Politeia, 2006.

MEYSON-RENOUX, C. "La descentralización o la complejidad de una terminología". En: *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. IV, diciembre 1993.

MORAGA KLENNER, Claudio. *Tratado de derecho administrativo. La actividad formal de la administración del Estado*, Tomo VII, Abeledo Perrot, 2010.

NOGUEIRA, H. *Reforma Política en Chile. Desafíos y tareas pendientes*. Capítulo N° 2 "Consideraciones sobre descentralización regional en Chile". Universidad Miguel de Cervantes.

OELCKERS, O. (Coord). *Manual de Gestión regional*. CEAL UCV, 1994.

PALMA, E. *La descentralización política de Chile: Los problemas políticos de la descentralización*. Instituto chileno de estudios Humanísticos, ICHEH, 1993, p. 38.

RACZINSKI, D. y SERRANO, C. *Descentralización: Nudos críticos*. Edición Cieplan, 2001.

VALENZUELA, E. (et al). "El Fantasma federal en Chile", Universidad de Rancagua.

VILLALOBOS, S. *La Regionalización. Conformación histórica del centralismo*.

TOBAR LEIVA, M. *Derecho y Administración Regional*, Abeledo Perrot (editor). Legal publishing, Tomo II, octubre 2010.

\_\_\_\_ *Pensando a Chile desde sus regiones: Estado Regional y Democracia participativa. Dos caras de una misma moneda*. Ediciones Universidad de la Frontera, 2009.

# VII

## Los abogados en el actual régimen de enseñanza profesional

Jaime Rodríguez Espoz\*

### SUMARIO

1 Generalidades – 2 Comentario - 2.1 Licenciados con sus estudios superiores completos en una sola universidad chilena –2.2 Licenciados que han realizado sus estudios superiores en varias universidades nacionales y han obtenido el grado previa validación o convalidación de asignaturas de las pertinentes mallas curriculares en otro establecimiento - 2.3 Sistema de homologación (reconocimiento, revalidación o convalidación) de títulos profesionales logrados en el extranjero – 3 Observaciones – 4 Conclusiones – Bibliografía.

### RESUMEN

La Corte Suprema es la responsable de analizar la formación académica y profesional para conceder el título de abogado de todos aquellos licenciados en Ciencias jurídicas que han completado sus estudios en universidades chilenas tradicionales y otras de creación más reciente, como aquellos que parte o la totalidad de sus estudios los han realizado en el extranjero. El creciente número de candidatos, la preocupación por mantener el nivel de competencia profesional en los tribunales y la preocupación por disminuir la brecha entre los conocimientos adquiridos en las facultades de Derecho y las exigencias de la abogacía llevan a considerar la posibilidad de un examen voluntario de acreditación sin vulnerar los derechos de libertad de enseñanza.

**Palabras clave:** Corte Suprema, abogado, convalidación

---

\* Ex ministro de la Corte Suprema, profesor de Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello y en la Escuela de la PDI.

## LAWYERS IN THE CURRENT EDUCATION SYSTEM

### ABSTRACT

*The Supreme Court is responsible for evaluating the academic and professional qualifications needed to grant the title of lawyer to those who have completed their law studies and graduated from traditional Chilean universities and other accredited universities, including those whose studies have been either partially or totally conducted abroad. The growing number of candidates, the concern about maintaining the level of professional competence in the courts, and the concern about reducing the gap between the knowledge acquired in the law schools and the demands of practicing law in the real world lead us to consider the possibility of a voluntary review of accreditation without infringing on the rights of academic freedom.*

**Key words:** *Supreme Court, lawyer, validation*

En sus exposiciones públicas anuales algunos presidentes de la Corte Suprema de Justicia han manifestado su preocupación por la gran cantidad de abogados que se integran en la actualidad al ejercicio profesional, la calidad de su preparación y los riesgos que su alto número representa para el desempeño de la función y su prestigio, con motivo de “la multiplicidad de Escuelas de Derecho” y de postulantes “que han convalidado estudios” en distintas facultades después de haber egresado muchos años antes, lo que ha obligado a dictar reglas de control, al extremo de negar el diploma a un grupo importante de candidatos, generando gran debate en el Colegio de Abogados A. G., en los claustros académicos y políticos, que encontró eco en la Comisión de Constitución Legislación y Justicia del Senado de la República.

Ello porque corresponde al máximo tribunal entregar el título en audiencia pública “previa comprobación y declaración que el candidato reúne los requisitos” pertinentes, entre los cuales debe verificar que tenga “el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas otorgado por una Universidad, en conformidad a la ley” (artículos 521 y 523 COT). Tan es así que ha emitido instrucciones no solo sobre la tramitación de solicitudes de peticionarios que cursaron estudios en distintos planteles, sino que incluso a plantearse la necesidad de un examen nacional voluntario habilitante previo al juramento de rigor.

Como una contribución al aseguramiento futuro de la idoneidad del ejercicio profesional, intentamos un análisis preliminar sobre la normativa legal, reglamentaria y estatutaria que regula la obtención del título.

## **1 GENERALIDADES**

Desde luego, conviene destacar que el artículo 19, número 16, CPR “asegura a todas las personas [...] la libertad de trabajo y su protección”, y agrega que “la ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas” (inc. cuarto), enumeración contenida en el artículo 52, inciso tercero, de la ley 18.962, de 10 de marzo de 1990, orgánica, constitucional de enseñanza, cuyo Título III enuncia las instituciones habilitadas y las exigencias para darlas, además, que incumbe exclusivamente a las universidades conceder títulos profesionales respecto de los cuales la ley reclama precisamente el grado de licenciado en las carreras que imparten (artículo 31, inciso quinto), salvo el de abogado que compete al pleno de la Corte Suprema reunida en audiencia pública (inciso sexto y artículo 521, COT).

Entonces los artículos 31, inciso cuarto, de la ley 18.962 y 523, número 2, COT, deslindan el sector dentro del cual deben desenvolverse las calidades profesionales. En lo que atañe a los abogados: las universidades adjudican en exclusividad el grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas; y la Corte Suprema proporciona el título, una vez acreditado y declarado que el postulante cumple las exigencias que detallan los artículos 523 y 526, COT.

De estos preceptos se infiere una división primaria, a saber:

a) licenciados con sus estudios superiores completos en universidades nacionales

b) sistema de homologación en Chile de los títulos profesionales y grados académicos conseguidos en el extranjero

Empero dentro de este tipo inaugural, la Corte separa los postulantes con estudios de pregrado en varias universidades nacionales y que han revalidado o convalidado asignaturas de las pertinentes mallas curriculares en otra, para acceder al grado de licenciado del establecimiento donde finalmente aprobaron la licenciatura o examen de grado, que les permite impetrar el título.

Por lo demás, el artículo 520 COT define a los abogados como las “personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”, que se concilia con la garantía esencial del derecho al asesoramiento y defensa jurídica que el mentado artículo 19, número 3°, CPR asegura pues “ninguna autoridad o individuo podrá restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”, lo que se completa con la preceptiva de los títulos XV COT, II del libro primero CPC y de la ley 18.120, de 18 de mayo de 1982, estos dos últimos textos sobre comparecencia en juicio.

Sin embargo, los autores concuerdan en que sus actividades profesionales son mucho más vastas que la sola defensa de las partes ante los tribunales, ya que se prolongan fuera de los estrados judiciales. No afana detallar aquí las funciones

de los letrados, muchas de las cuales recapitula la Academia <sup>1</sup>. Asimismo, cabe consignar que sobre la responsabilidad de los abogados penden en el Congreso Nacional sendos proyectos de ley 23 – 2011 <sup>2</sup>, sin perjuicio que el denominado Consorcio de Facultades de Derecho Tradicionales estudia un examen nacional voluntario consensuado para garantizar los conocimientos mínimos de los egresados de Derecho, necesarios para el ejercicio profesional. También existe un proyecto de ley que “establece la obligación de rendir una prueba de aptitud profesional ante la Corte Suprema para poder ser abogado” <sup>3</sup>.

## 2 COMENTARIO

Ahora bien, sobre la base de la triple categoría acerca del origen de los estudios superiores de los candidatos que mencionamos, abordamos el análisis.

### 2.1 Licenciados con sus estudios superiores completos en una sola universidad chilena

Por lo pronto, insistimos que en nuestro régimen jurídico las universidades otorgan exclusivamente el grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y la Corte Suprema entrega el título o diploma de abogado que franquea el ejercicio de la profesión. Pues bien, a manera de preámbulo es menester aclarar que, el tantas veces aludido artículo 19, números 10 y 11, CPR “asegura [...] el derecho a la educación [...] y la libertad de enseñanza”, que “incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales [...], sin otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, [...] ni podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna”, aunque una ley orgánica constitucional determinará los requisitos mínimos para el reconocimiento y funcionamiento de los diversos niveles de la enseñanza, que no es otra que la ley 18.962, y como se desprende de las normas constitucionales, el rol del Estado es subsidiario: de fomento, estímulo, protección y vigilancia de la iniciativa privada. Por consiguiente, en lo atinente a la enseñanza superior, esa independencia abarca tanto la autonomía económica y administrativa (abrir, organizar y mantener locales), como la autarquía académica (contenido de las mallas curriculares), con las solas restricciones anotadas. Lo expuesto se adiciona con el derecho de los interesados de escoger el plantel educacional que crean ajustado a sus expectativas, y así resulta el marco institucional dentro del cual la ley reglamente esta actividad.

<sup>1</sup> ALESSANDRI. “Derecho Procesal”, tomo II, pp. 159 a 163; Casarino. “Manual de Derecho Procesal”, tomo II, números 505 y 508, pp. 147 y 150 a 152; ANABALÓN. “Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno - Código Orgánico de Tribunales”, tomo I, volumen segundo, números 550, 559 y 560, pp. 71, 75 y 76; RODRÍGUEZ GREZ. “Abogados forenses”, números III y IV, pp. 12-14 y 19; RODRÍGUEZ GARCÉS. “Derecho Procesal Funcional”, tomo I, apéndice, pp. 390 a 394 y HERMOSILLA. “Derecho Procesal Orgánico”, pp. 364 y 365.

<sup>2</sup> Boletines 7.558 – 07; 1.494 – 07; 3.226 – 07; y 6.562 – 07.

<sup>3</sup> Boletín 5.963 – 07.

La libertad de enseñanza beneficia a quien la imparte u otorga y no a favor del educando, de manera que encierra la potestad para decidir por sí misma “la forma como se cumplan sus funciones de docencia, investigación y extensión y la fijación de sus planes y programas de estudio” (artículo 75). En esta prerrogativa se centra la crítica principal esgrimida contra el examen nacional voluntario habilitante para los licenciados prestos a jurar, que propicia la Corte y que hasta 1944 imperaba en Chile con vigencia centenaria, que se suprimió tras un encendido debate. El reproche se sustenta en el menoscabo de la autonomía que representa imponer sobre las universidades una especie de vigilancia estatal contraria a sus fines propios y la inutilidad o redundancia de un examen de competencia después de haber superado las demandas académicas a que los estudiantes son sometidos durante su permanencia de 5 años en las aulas, con la agravante que los reprobados deben repetirlo indefinidamente hasta lograr la aprobación definitiva.

No obstante, el explosivo crecimiento en la enseñanza del derecho redundando en la calidad de la preparación jurídica y, por ende, en la idoneidad de los nuevos letrados, su formación y conocimientos, con una probable saturación del mercado profesional, susceptible de desencadenar una competencia desenfrenada traducida en devaluación y relajación de las conductas éticas. Es una clara percepción que la formación profesional de los abogados, se está dando en condiciones muy disímiles en las numerosas Facultades de Derecho instaladas, la malla curricular, los programas de estudio (más de 100 según datos informales), las exigencias académicas, la extensión de la carrera, los métodos de enseñanza, la capacitación científica del cuerpo docente, difieren sensiblemente de una a otra universidad, al extremo de ofrecerse programas especiales con planes de instrucción por debajo de los 5 años tradicionales, que la experiencia muestra ya insuficientes para dotar a los alumnos de las habilidades y conocimientos que la multiplicidad de nuevas materias y la especialización de la vida moderna requieren para un buen desempeño <sup>4</sup>.

En este escenario no parece equitativo que la Corte Suprema asuma el rol de simple buzón o mero receptor de antecedentes formales, en un trámite burocrático de estricta solemnidad y, en síntesis, el de un neto dispensador automático del título, criterio que no se compadece con la responsabilidad moral que contrae frente a la Nación toda, en su posición de cabeza de un Poder Público del Estado, dotado de las potestades directivas, conservadoras, disciplinarias, económicas y administrativas que le confieren la CPR, y las leyes, que la convierte en garante de la disciplina judicial que alcanza a un cierto control ético en la actividad de esos estrechos colaboradores de la administración de justicia que son los abogados (artículo 4° del Decreto Ley 3.621 de 1981), lo cual la obliga a intervenir en la evaluación académica y axiológica de los candidatos, pero que al mismo tiempo no involucre una intromisión indebida en la competencia que el régimen educacional suministra en exclusividad a las universidades.

En este esfuerzo de armonizar tales extremos para no desembocar en un dictamen del Tribunal Constitucional, en vista de la enorme polémica que ha provocado la idea del examen nacional voluntario de acreditación, adquiere validez

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ GREZ. *Op. cit.* N° II, p. 10.

la sugerencia de la Cátedra cuando invita a profundizar la disparidad entre el grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y el título profesional de abogado, para el cual aquel constituye supuesto indispensable, pero no bastante. En esta línea parece evidente una reforma legal capaz de enmendar simultáneamente ambos tópicos: la modificación de la educación superior conducente al grado de licenciado y el entrenamiento práctico adecuado para obtener el título profesional <sup>5</sup>. Sería conveniente ver las modificaciones que en la actualidad se proponen a la LOCE (artículo 3° del proyecto) <sup>6</sup>.

Creemos que el cariz primigenio no lo puede cuestionar la Corte Suprema sin violentar la libertad de enseñanza, en los términos implantados en Chile. En cambio, el otro tema se inscribe entre los presupuestos que, debe reunir el aspirante y cuyo control queda entregado expresamente a la Corte (artículos 521 y 523, número 5, COT). En efecto, en la actualidad el entrenamiento práctico se concreta a través del ejercicio de 6 meses en la Corporación de Asistencia Judicial, dependiente del Ministerio de Justicia, o de las Clínicas Jurídicas a cargo de las Facultades de Derecho que hayan celebrado convenios con el Ministerio Público o la Defensoría Penal Pública, con arreglo al inciso segundo de dicho artículo 523, número 5. Sobre estos negocios se tramitan en el Parlamento 4 proyectos de ley, a saber, que anexa al artículo 31 de la ley 18.962 y al número 4 del artículo 523 COT sendas declaraciones que reafirman la imposibilidad de calificar “los programas de estudio que han servido de base para acceder al grado previo de licenciado en Ciencias Jurídicas” <sup>7</sup>; otro que abre paso a los postulantes para “cumplir su práctica profesional en los tribunales de Justicia, en labores propias de las primeras cinco categorías del escalafón del personal de empleados” <sup>8</sup> y aquel que obliga a los jueces a denunciar las irregularidades y falta de idoneidad profesional de abogados <sup>9</sup>.

Con todo se estima imprescindible reformular el Decreto Supremo de Justicia número 265, de 2 de octubre de 1985, Reglamento de práctica profesional de postulantes al título de abogado, con las finalidades siguientes:

a) Conferirle una mayor amplitud: no todos los licenciados aspiran a la litigación judicial, de suerte que, previos los pactos, con la supervigilancia del Ministerio de Justicia que la disposición señala y el concurso de monitores, bien podrían implementarse prácticas equivalentes en estudios acreditados de abogados, en los propios tribunales ordinarios de justicia <sup>10</sup>, en el Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, en otros servicios legales de la administración del Estado, en la Fiscalía o dependencias jurídicas de las FFAA y de Orden, o en las fiscalías de empresas u organismos vinculados con el Estado.

b) Prorrogar significativamente la duración de los actuales 6 meses por lo menos a un año, con la intención de que el postulante pueda adquirir

<sup>5</sup> MOHOR. “Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado”, N° 12, p. 86; y Díaz de Valdés. “Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado”, N° VIII pp. 48 y 49.

<sup>6</sup> Boletín 8.041 – 04.

<sup>7</sup> Boletín 6.937 – 07.

<sup>8</sup> Boletín 5.111 – 07.

<sup>9</sup> Boletín 7.558 – 07.

<sup>10</sup> Boletín 5.111 – 07.

verdaderamente las destrezas técnicas y prácticas que justifican la institución <sup>11</sup>.

c) Práctica profesional remunerada: no solo porque el artículo 19, número 16, inciso segundo, CPR proclama el derecho al “trabajo con una justa retribución”, reconocida por las Conferencias Interamericanas del Trabajo, y plasmado en tratados internacionales celebrados por Chile, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23, número 3), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIV, inciso segundo) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7°, letra a), sobre todo en estos tiempos en que la enseñanza hace años abandonó la gratuidad, de modo que los estudiantes no deben compensar a la sociedad el uso de esta garantía, como noción cardinal de justicia, sino que los obligaría a concentrarse únicamente en su tarea que, unida a la dilatación de su permanencia, contribuya claramente a optimizar su preparación.

Las restantes calidades para alcanzar el título que instaurara el art. 523 COT no ofrecen mayores dificultades al asunto de que se trata.

## **2.2 Licenciados que han realizado sus estudios superiores en varias universidades nacionales y han obtenido el grado previa validación o convalidación de asignaturas de las pertinentes mallas curriculares en otro establecimiento**

Esta circunstancia hace decaer considerablemente la rigurosidad de la libertad de enseñanza, puesto que ya no se compromete la independencia académica atinente a los programas de estudio de un plantel determinado, sino que apunta al reconocimiento que se hace a los alumnos procedentes de otras instituciones donde han reprobado ramos, o bien no los han rendido en su local de origen, con apego a sus reglas, agravado por la multiplicidad de licenciados en esta situación, como corolario de la acogida condescendiente y facilidades que reciben para la aprobación del examen de grado o licenciatura apta para suministrarles ese carácter académico, lo cual conspira contra su nivel de preparación técnica, amén de la ética de su función y el prestigio de la misma, y consolida la obligación de la Corte Suprema de comprobar que el candidato efectivamente reúne los requisitos legales para acceder al título, y así asegurar la futura idoneidad de los abogados que inviste. Es así como dentro del margen de sus atribuciones ha emitido 2 instructivos para tramitar expedientes administrativos abiertos sobre juramento de abogados, de 2 de abril y 9 de mayo de 2008, divulgados en la página *web* del Poder Judicial, donde, junto con especificar la documentación que el interesado debe adjuntar, en la hipótesis en comento, es necesario acompañar las certificaciones de convalidación de asignaturas aprobadas en la Casa de Estudios que le concedió el grado de licenciado y de acierto de los ramos homologados en la otra universidad donde cursó parte de los mismos, sin perjuicio que el tribunal pida a las instituciones involucradas los respectivos reglamentos para la obtención del grado académico y de toda regulación especial relativa a convalidación de materias; otro tanto acontecerá con el certificado de aprobación de la práctica profesional

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ GREZ. *Op. cit.*, N° VII, p. 18.

a la Corporación que lo extendió, con la intención de cerciorarse que todo se ajusta a la preceptiva vigente, que se trata de un alumno realmente egresado del establecimiento que le otorga el grado, completando la malla curricular exigida y que efectivamente imparte la disciplina homologada, a la vez que el egresado deberá haber cursado a lo menos el semestre postrero de estudios en la escuela última, formalidades que cuentan con la aquiescencia de las Universidades del Desarrollo y Miguel de Cervantes.

Estos parámetros parecen plausibles y deben conservarse, pese a que algunos limitan el “control al estudiante y no a las universidades”, no es dable desconocer que, sin ser las universidades las responsables del buen funcionamiento de la jurisdicción, tampoco pueden desentenderse de la responsabilidad que les asiste en habilitar, para el ejercicio de una profesión titular, a quienes carecen de la debida preparación, ni podrá impedir la corrección de los eventuales excesos que pudieren cometerse en este sentido, bajo el pretexto de la libertad de enseñanza <sup>12</sup>.

La actualización e innovación de los programas curriculares significa un cambio que abrirá paso a la readecuación de competencias profesionales, reformulación de perfiles de egreso, estrategias de aprendizaje, entre otras aristas, con el propósito de posibilitar la formación de letrados de calidad capaces de responder con eficiencia a los requerimientos de los tiempos modernos, sobre todo cuando los propios alumnos valoran más el logro de un título profesional que la adquisición de destrezas y conocimientos, con desprecio de calidad, vigencia y efectividad de su formación y el agregado que la “experiencia del centenario examen revela” un mejoramiento de los planes y programas de estudio de las Escuelas de Derecho y de los procedimientos de selección del profesorado <sup>13</sup>.

Para estos efectos entendemos por “convalidación” la equivalencia entre asignaturas cursadas en una determinada universidad y los correspondientes ramos que imparte otra Casa de Estudios superiores, dentro de un específico plan de instrucción que le permite fijar ciertos niveles curriculares a cumplir por el candidato, por lo que no resulta compatible confirmar sin la enseñanza de la materia en el plantel que otorga la revalidación.

Señalamos el proyecto de ley que intercala un nuevo número 5 al artículo 523, donde introduce la obligación de rendir una prueba de aptitud profesional ante la Corte para poder ser abogado <sup>14</sup>, que respetando la idea matriz, bien podría destinarse a interrogar al postulante, en particular sobre conocimientos prácticos relacionados con la actividad judicial, para comprobar si cuenta con las percepciones, habilidades y destrezas adecuadas al buen desempeño como abogado litigante o con vocación para la judicatura, todo con la mira de no repasar el examen de grado para alcanzar el grado académico de licenciado, exclusivo de las universidades y encaminado a medir los conocimientos teóricos, pero a la vez, para constatar la comprensión mínima o básica suficiente. Por lo mismo, su naturaleza voluntaria libera a los licenciados de Derecho que no se interesen en el ejercicio forense o judicial de la abogacía, sino cualquiera otra de las numerosas variantes

<sup>12</sup> Rodríguez Grez. “La responsabilidad profesional del abogado”.

<sup>13</sup> MOHOR. *Op. cit.*, letra f, p. 80.

<sup>14</sup> Boletín 5.963 - 07.

profesionales que ofrece la carrera fuera de las indicadas <sup>15</sup>, aunque no falta quien considera falaz la distinción y opta por la obligatoriedad para asegurarle eficacia y que no caiga en desuso <sup>16</sup>.

Por el contrario, otros lo circunscriben a una certificación de calidad de las 5 Universidades tradicionales, sin que constituya requisito habilitante para ejercer la profesión, equivalente al “examen de barra” <sup>17</sup>, que en EEUU rinden los abogados extranjeros o procedentes de otros Estados de la Unión <sup>18</sup>, hasta proponer “una exigencia de actualización periódica demostrable, que en otras latitudes se conoce como “educación legal continua” <sup>19</sup>.

El adjetivo nacional significa una composición pluralista, es decir, con la participación de miembros provenientes del nutrido campo del derecho, pero en lo posible con experiencia docente, en comisiones compuestas por miembros de la magistratura designados por la Corte Suprema, académicos nombrados por el Consejo de Rectores de las Universidades, y representantes de la orden de abogados nominados por el Colegio Profesional A. G. de la capital regional donde debe rendirse la prueba <sup>20</sup>; o una unidad técnica dependiente de las Facultades de Derecho interesadas en integrarse <sup>21</sup>. El texto abrogado del artículo 521 COT imponía una comisión compuesta por los presidentes de la Corte Suprema, de la Corte de Apelaciones de Santiago y del Consejo General del Colegio de Abogados. Las épocas podrían ser trimestrales o semestrales, según la demanda y disponibilidades de los entes requeridos, con evaluación de aprobado o reprobado, sin otra calificación, según se desarrolla en el Auto Acordado al que se remite la iniciativa legal.

### **2.3 Sistema de homologación (reconocimiento, revalidación o convalidación) de títulos profesionales logrados en el extranjero**

El artículo 526 COT estatuye: “Los chilenos y los extranjeros residentes que hayan cursado la totalidad de sus estudios de Derecho en Chile, podrán ejercer la profesión de abogado. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales vigentes”.

De su tenor fluye que los estudios de Derecho efectuados fuera de la nación, sea por chilenos o forasteros, se sujetan a “los tratados internacionales vigentes” suscritos por nuestro país para franquearles el ejercicio de “la profesión de abogado” en el territorio patrio. Es sabido que en Derecho Internacional los tratados o convenios pueden ser bilaterales o multilaterales. Aquellos rigen materias singulares que interesan a dos gobiernos y en lo que toca al asunto de marras, apunta en general al reconocimiento recíproco de los títulos y grados conferidos en los países contratantes y licencian el ejercicio profesional en el territorio de ambas partes, con la salvedad de algunas formalidades extra académicas, como son la

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ GREZ. “Abogados forenses”, N° VII, p. 19.

<sup>16</sup> BALBONTÍN. “Demasiados abogados ¿ese es el problema?”

<sup>17</sup> SCHWEITZER. “Certificación de la calidad profesional”.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ ESPOZ. “Algunas notas sobre el sistema judicial de los EEUU de Norteamérica”, p.15.

<sup>19</sup> GUERRERO. “Calidad profesional”.

<sup>20</sup> DÍAZ DE VALDÉS. *Op. cit.* N° VIII, pág. 49.

<sup>21</sup> BALBONTÍN. *Op. cit.*

exclusiva competencia de la Universidad de Chile para pronunciarse acerca de la homologación del grado de licenciado, el título de abogado lo concede la Corte Suprema y el acto habilitante lo constituye el registro de los antecedentes en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Los tratados internacionales bilaterales firmados por Chile sobre esta cuestión son:

- Convenio sobre mutuo reconocimiento de exámenes y de títulos profesionales con Ecuador (Quito, diciembre de 1917) y posterior interpretación del Acuerdo publicado en Chile el 17 de agosto de 1988

- Convención sobre Ejercicio de Profesiones Liberales con Uruguay (Montevideo, noviembre de 1916) y divulgado el 4 de diciembre de 1918

- Convención sobre Ejercicio de Profesiones Liberales con Colombia (Santiago, junio de 1921) y propagada el 11 de julio de 1922

- Convenio Cultural con España (Santiago, diciembre de 1967) y difundido el 19 de junio de 1969

- Convenio de Intercambio Cultural con Perú, aprobado en 1978 y propalado el 30 de septiembre del mismo año

- Convenio de Cooperación cultural y científica con Brasil, (Brasilia, 1976), publicado el 1° de febrero de 1979

- Tratado sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales con Argentina (Buenos Aires, julio de 1902), y Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Cultural entre ambas Repúblicas, de 10 de abril de 1975, que en Chile no ha sido promulgado, por lo que todavía no entra en vigor; pero no puede olvidarse el art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece la obligación de no frustrar sus objetivos y fines antes de su entrada en vigencia

- Tratado sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales con Guatemala (Santiago, 30 de julio de 1904), difundido el 3 de abril de 1907, pero denunciado por nuestro país el 28 de junio de 1928

- Convenio básico de cooperación educacional, de intercambio cultural y becas con Panamá (Ciudad de Panamá 1962)

A su turno, los tratados multilaterales se conciertan entre varios gobiernos para reglar colectivamente este negocio entre los firmantes. En este conjunto encontramos:

- Convenio Andrés Bello entre Chile, Bolivia, Colombia, Ecuador, España, Panamá, Perú y Venezuela (Madrid, 1990)

- Convención de México para el ejercicio, de profesiones liberales pactado durante la Segunda Conferencia Internacional Americana, entre Chile, Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, EL Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Perú y República Dominicana, propagado en Chile el 2 de julio de 1909

Esta homologación de grados académicos y títulos extraños se asienta en que en el desarrollo de una actividad profesional dentro del territorio, sea en la esfera pública o privada, debe demostrarse con estricto rigor la idoneidad profesional y moral del aspirante, como acontece en EEUU, porque el reconocimiento producirá

en Chile idéntico valor que los otorgados por las universidades nacionales. En realidad dentro de conceptos generales esta operación comprende 3 modalidades:

a) Convalidación o equivalencia de estudios cursados en distintos establecimientos, sean nacionales o extranjeros, en cuanto a las asignaturas impartidas en el contexto de un específico plan de estudios

b) Reconocimiento, acredita que la instrucción para conseguir un grado o título profesional proceden de una formación impartida por instituciones extranjeras de nivel universitario o superior y únicamente se precisa cuando se trata de un título de ese rango en la nación de origen, pero que es presupuesto indispensable para el ejercicio profesional en nuestro país

c) Revalidación de un título profesional alcanzado en el exterior para cuyo desempeño en Chile es imprescindible el título profesional equivalente.

En esta tramitación la Universidad de Chile, es la única encargada de su fiscalización y no es posible asilarse en la libertad de enseñanza por el plantel foráneo, desde que establecen derechos constitucionales, más no son esenciales o fundamentales de la naturaleza humana. Nuestra literatura jurídica disgrega aquí los requisitos o condiciones para obtener el título de abogado contemplados en el artículo 523 COT, de aquellos forzosos para ejercer la profesión, dado que no basta con estar en posesión del título; sino que deben cumplirse otras calidades a fin de quedar habilitado para su desempeño, como lo señala la ley 18.120. Tales son:

i) reserva del ejercicio a los chilenos o extranjeros en las situaciones descritas en el art. 526 COT.

ii) pago de la patente municipal que ordena el art. 36 del D. L. N° 3.637, de 10 de marzo de 1981, sobre rentas municipales <sup>22</sup>.

En concordancia con la nacionalidad del abogado, el artículo 526 consiente oficiar de la profesión a los chilenos, sin discriminar la fuente de aquella, (artículo 10 CPR), sin perjuicio del impedimento para ciertos cargos que inciden en los Poderes del Estado, como por ejemplo el Presidente de la República (artículo 25, inciso primero, CPR). También están capacitados “los extranjeros residentes” (artículo 14 CPR), noción dentro de la cual la Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación comprende a los forasteros con residencia sujeta a contrato, los que ostenten la categoría de refugiados, aquellos con visa de residencia temporal, sea por parentesco y que la autoridad estime útil o ventajoso, sea con permiso de radicación indefinida, y los que tengan residencia para estudiante, previamente admitidos por el Ministerio del Interior para trabajar. Todos ellos siempre “que hayan cursado la totalidad de sus estudios de derecho en Chile” y que reúnan las calidades para acceder al título de abogado que prescribe el artículo 523, según la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema <sup>23</sup>.

A este respecto, junto con ratificar tal predicamento, la Corte en su instructivo de 13 de diciembre de 2007, pormenoriza los medios con los cuales los interesados deberán acreditar dichos requisitos <sup>24</sup>.

<sup>22</sup> QUEZADA. “Derecho Procesal Civil Chileno - De la representación en los actos procesales”, N°s, 75 f y 148 b, pp. 157 y 300; ANABALÓN. *Op. cit.*, N° 548, pp. 68 y 69; Alessandri, *ob. cit.*, pp. 166 y 167; y Casarino: *ob. cit.*, N° 511, págs. 153 y 154.

<sup>23</sup> Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas - Código Orgánico de Tribunales, pp. 192 y 193.

<sup>24</sup> AD 1.375 – 2007.

Los restantes licenciados con aprendizaje de derecho en el exterior, chilenos o extraños, se registrarán por “los tratados internacionales vigentes” entre Chile y la nación donde se cursó esta educación superior en forma íntegra o parcial (artículo 526). Y a falta de semejantes Convenios, sencillamente no podrán practicar la profesión en el territorio patrio.

Igualmente, en el Congreso se halla otro proyecto de ley que deroga el artículo 526 COT, para eliminar la nacionalidad chilena al cultivar la profesión de abogado <sup>25</sup>.

### 3 OBSERVACIONES

Participamos plenamente de la importancia que desde los albores de la historia de la humanidad ha alcanzado la profesión del abogado, de la cual no escapa nuestra propia historia patria; sí se recuerda que son factores sociales y políticos insustituibles debido a la misión que les cabe en la vida nacional, en que la estructura jurídica del Estado ha sido obra de letrados, por su peculiar preparación en la materia, con influencia en la legislación desde siempre, y su participación en los actos o servicio de cargos públicos de la mayor trascendencia, pero que con el transcurso del tiempo y las vicisitudes y variables que representa la verdadera revolución tecnológica, unida a la globalización, enfrenta a todas las actividades internas a numerosas reformas tanto procesales como sustantivas; imprimiendo un inédito carácter al ordenamiento normativo, y a los abogados el conocimiento y dominio de noveles disciplinas, habilidades y destrezas muy dispares de las que tradicionalmente suministra nuestra enseñanza del derecho, a lo cual se suma el gran incremento de estos letrados con preparación muy disímil, según la universidad de que provienen, y que deviene en la imposibilidad de controles sobre las habilidades y conocimiento importantes en las tareas forenses, con sus rasgos propios que no todos los operadores suelen dominar.

Bajo esta perspectiva los abogados (Título XV, artículos 520 a 529 COT), que sin erigirse en auxiliares de la administración de justicia, son colaboradores indiscutidos que contribuyen eficazmente a la función de aquella, que deben desplegar con altura de miras, sin perder de vista el interés común que están llamados a cautelar, máxime si se tiene en cuenta que jueces y abogados provienen de un tronco común que después se diversifica entre las diversas opciones que ofrece la carrera y en las que la función judicial depende de una multiplicidad de variables que controla solo parcialmente. En materia de litigación la administración de justicia “es lo que los abogados hacen”: las deficiencias o insuficiencias profesionales y éticas de los letrados y de los operadores del sistema, impactan negativamente en el quehacer judicial y viceversa, pues las falencias y debilidades de los jueces afectan por igual las labores de los abogados, como vasos comunicantes. Lo que estos hacen depende en gran medida de hábitos inveterados y de las características de su educación legal, en especial sus metodologías donde suele enmarcarse la funesta “justicia del

<sup>25</sup> Boletín 4.264 – 07.

trámite”, en desmedro de los resultados, de la que se ufanan algunos expertos en atajos para dilatar las causas y es en este régimen adversarial, donde el abogado es uno de sus principales protagonistas <sup>26</sup>.

Por ello resulta ineludible la revisión de los planes y programas de la Academia Judicial, que propenda su actualización a los nuevos desafíos, tendencias, inquietudes y avances del Derecho, manifestados durante el transcurso del tiempo, en los siguientes aspectos:

a) Abrir Programas de Formación y Perfeccionamiento Profesional para los postulantes y personal del Poder Judicial, hacia los interesados provenientes de tribunales especiales del artículo 5° COT, como los militares en tiempo de paz y jueces de Policía Local, incluyendo asignaturas propias de estas especialidades para propiciar un cabal enriquecimiento de estas disciplinas en el servicio a la comunidad y una mayor integración entre los magistrados de los tribunales ordinarios y los órganos jurisdiccionales especiales.

b) Profundizar las mallas curriculares de ciertas asignaturas mayormente requeridas por los funcionarios judiciales, con la oferta de capacitación más técnica y profundizada, *verbi gracia*, cursos I, II y III.

c) Habilitar a la Academia para celebrar convenios con universidades nacionales y/o extranjeras que permitan ofrecer a sus usuarios diplomados o posgrado (magíster o doctorado).

Por otra parte, el considerable aumento de abogados, con los peligros anotados impelen a elevar la dignidad de la profesión, en aras a aumentar su perfeccionamiento para rodearla de seguridades de mayor probidad y eficiencia, e intentar suprimir de una vez por todas esa lacra de siempre como son el tinterillaje y rabulismo, fuentes importantes de corrupción y desprestigio para la actividad, que denuncian los autores <sup>27</sup>, al no poseer las calidades legales para actuar en el proceso y así el ejercicio ilegal de la profesión de abogado contamina en gran medida la procuratela, al amparo de controles burocráticos ineficientes que no hacen más que facilitar una impunidad desenfadada <sup>28</sup>, en circunstancias que corresponde no solo a los propios abogados, sino también a los magistrados, auxiliares de la administración de justicia y a todos los operadores judiciales su represión, pues interesa por igual a todos, ya que tal ilícito, amén de ostentar acción pública, “constituye un menoscabo y una merma considerable a la seriedad de las actuaciones judiciales” <sup>29</sup>.

Estos antecedentes prestan asidero a una drástica restricción del jus postulandi, en orden a limitar los sujetos de la procuraduría en los actos procesales convencionales exclusivamente a los egresados de las Facultades de Derecho durante la práctica judicial obligatoria para obtener el título de abogado y a los procuradores de la Corporación de Asistencia Judicial y de las entidades públicas y privadas destinadas a prestar asistencia jurídica y judicial gratuita (artículo 600 COT), a la vez sancionar penalmente no solo el favorecimiento del ejercicio ilegal de

<sup>26</sup> BATES. “Reflexiones sobre la justicia”, N° III b, d y e, pp. 45, 48 y 50.

<sup>27</sup> ANABALÓN. *Op. cit.*, N°s. 544 y 554, págs. 64 y 73; y Quezada: *ob. cit.*, N° 42 b, pág. 101.

<sup>28</sup> *Op. cit.* N° 554, pág. 73.

<sup>29</sup> BARROS y ESPINOZA. “Práctica forense”, tomo II, N° 625, p. 556.

la profesión mediante patrocinios indebidos proporcionados por abogados o que prestaren su nombre para ampararlo, sino también a quien quebranta suspensiones por resolución ejecutoriada, incluso de un Consejo <sup>30</sup>.

Desde otro ángulo la experiencia en estrados muestra en general un pobre aporte de los alegatos de los abogados, más próximo a la pérdida de tiempo, singularmente en los recursos deducidos ante la Corte Suprema, donde una inmensa mayoría se contenta con repetir su exposición en la Corte de Apelaciones, con olvido de su carácter estrictamente de derecho, e incluso muchas veces, a leer el libelo que desarrolla el recurso, en flagrante contravención al artículo 226, inciso segundo, CPC, con la sola e innecesaria novedad de impetrar, en subsidio, el uso de las prerrogativas correctoras de oficio con que cuenta el tribunal, deficiencias que tornan completamente ineficaces estas actuaciones y entonces adquiere relieve el restablecimiento de aquella antigua regla de fijar determinadas obligaciones adicionales a los profesionales que se inscriben para alegar ante la Corte Suprema.

De esta forma, más el aumento a un año de la práctica remunerada obligatoria en la Corporación de Asistencia Judicial, con las franquicias que a los postulantes les confieren los artículos 2º, inciso segundo, de la ley 18.120 y 527 COT, no parece aventurado un avance en el progreso y experiencia oportuna de los egresados y/o licenciados y un real y efectivo perfeccionamiento de la actividad.

#### 4 CONCLUSIONES

Las disquisiciones precedentes suponen ineluctablemente distintas modificaciones legales y reglamentarias tendientes a “asegurar en el futuro la idoneidad profesional de los abogados”, que naturalmente preocupa a la Corte Suprema, las cuales se explicitan en esta exposición, sin perjuicio de acentuar la delimitación entre el grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas, que proporciona la respectiva Facultad de Derecho, del título de abogado que entrega la Corte Suprema, para no entorpecer la libertad de enseñanza en la forma impuesta en nuestra legislación.

En lo que concierne al grado académico de licenciado en Ciencias, Jurídicas, valdría la pena incorporar pautas comunes mínimas a todas las Facultades de Derecho, atinentes a los contenidos de las mallas curriculares de los programas de enseñanza, y a los exámenes de grado o licenciatura finales.

En el evento de reactivarse la tramitación del proyecto de ley referente al boletín 5.963 – 07, es útil esclarecer que el examen nacional es un instrumento de calificación mínima para medir los conocimientos esenciales o básicos, que preferentemente se dirige a constatar las competencias necesarias para el ejercicio profesional bajo criterios de aplicación práctica, con evaluación exclusiva de aprobación o reprobación. Y en el Auto Acordado que propone cabría desarrollar el

<sup>30</sup> El artículo 53, inciso tercero y cuarto, de la derogada ley orgánica del Colegio de Abogados, castigaba como coautor al letrado “que aparente ser el patrocinante de un asunto sin serlo en realidad o que preste su firma para cumplir con las exigencias legales”; y al “que ejerciere su profesión hallándose suspendido por resolución ejecutoriada de un Consejo o de la justicia,” con las penas del artículo 90, número 6º, CP.

examen nacional voluntario habilitante, previa definición de sus contenidos.

Por lo que toca a los “abogados habilitados” a que aluden los artículos 527 COT y 772, inciso final, CPC, sería útil añadir una nueva exigencia de un período mínimo previo de 12 años de ejercicio de la profesión y el pago de la patente municipal de valor especial y superior para los abogados que se desempeñen ante la Corte Suprema.

Sin olvidar la restitución a los Colegios de Profesionales A. G. del control del ejercicio de la actividad de todos los que la desempeñan, sean asociados o ajenos al respectivo Colegio u otros que en este ámbito se han detallado.

## BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, F. *Derecho Procesal*, tomo II, Santiago: Editorial Universitaria S. A., 1955.

ANABALÓN SANDERSON, C. *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno*, tomos I, volúmenes I y II; y II, volumen I, 2ª Ed. Santiago: Ediciones Seminario, 1970.

AVSOLOMOVICH CALLEJAS, A; LÜHRS ANTONCICH, G; y NOGUERA GEORGET, E. *Nociones de Derecho Procesal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965.

BARROS ALDUNATE, D. y ESPINOZA VARGAS, I. *Práctica Forense*, 2 tomos, sexta edición, Santiago: Arancibia Hnos., 1975.

BATES HIDALGO, L. "Reflexiones sobre la justicia". En: Revista *Actualidad Jurídica*. Santiago, n° 14, julio de 2006.

CASARINO VITERBO, M. *Manual de Derecho Procesal*, 6ª Ed. Tomos I, II y III, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, J. M. "Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado". En: Revista *Actualidad Jurídica* N° 16, Santiago, julio de 2007.

Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación de la Excm. Corte Suprema, "Informe 67 -2011", julio de 2011.

GALTÉ CARRRÉ, J. *Manual de Organización y Atribuciones de los Tribunales*, 2ª Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965.

HERMOSILLA ARRIAGADA, G. *Derecho Procesal Orgánico*. Santiago: Editorial PuntoLex S. A.

LÓPEZ PESCIO, E. *Manual de Derecho Procesal Orgánico*, tomo II. Valparaíso: Edeval.

MOHOR ABUAUAD, S. "Reflexiones sobre la constitucionalidad de un eventual restablecimiento del examen de competencia ante la Corte Suprema para la obtención del título de abogado". En Revista *Actualidad Jurídica* n° 16, Santiago, julio de 2007, Santiago.

OTERO LATHROP, J. A. *Código Orgánico de Tribunales (Anotado). Concordancias, jurisprudencia, orígenes*, tomo I, Santiago: Editores Jurídicos Asociados Ltda., 1970.

\_\_\_\_ *Código de Procedimiento Civil (Anotado)*, tomo I, Santiago: Ediciones Albatros Chilena, 1967.

QUEZADA MELÉNDEZ, J. *Derecho Procesal Civil Chileno – De la representación en los actos procesales*. Santiago: Ediar Editores Ltda., 1984.

Repertorios de Legislación y Jurisprudencia:

CHILE. Código Orgánico de Tribunales, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

\_\_\_\_ *Código de Procedimiento Civil*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

RODRÍGUEZ ESPOZ, J. "Algunas notas sobre el sistema judicial de los Estados Unidos de Norteamérica". En: Revista *Gaceta Jurídica*, n° 115, Santiago, enero de 1990.

RODRÍGUEZ GARCÉS, S. *Derecho Procesal Funcional. El proceso judicial; Teoría del proceso; Disposiciones comunes a todo procedimiento*”, tomo I, Santiago: Ediciones Vitacura Ltda., 1993.

RODRÍGUEZ GREZ, P. “Abogados forenses”. En: *Revista Actualidad Jurídica* N° 16, Santiago, julio de 2007.

URRUTIA SALAS, M. *Manual de Derecho Procesal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1949.



# VIII

## Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: construyendo confianza institucional

Jorge Jaraquemada Roblero\*

### SUMARIO

1 El valor de la transparencia como freno a la corrupción - 2 Acceso a la información: presupuesto de la participación y rendición de cuentas - 3 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública - Bibliografía.

### RESUMEN

En una democracia, la confianza de los ciudadanos en sus instituciones públicas, especialmente, políticas, no solo es posible a través del acceso a la información pública de su gestión por parte de la ciudadanía, sino también cuando estos organismos del Estado ejercen su labor de un modo transparente y poseen un sistema de rendición de cuentas que contribuye a frenar el exceso de poder y la corrupción. La ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública es una herramienta jurídica que permite estimular la probidad y la transparencia de la función pública, así como combatir la corrupción, evitando la desconfianza de la población, aumentando la legitimidad de los diferentes actores del Estado y fortaleciéndose la democracia.

**Palabras clave:** transparencia, corrupción, rendición de cuentas, acceso información

---

\* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile. Director ejecutivo de la Fundación Jaime Guzmán. Presidente del Consejo para la Transparencia.

## THE LAW OF TRANSPARENCY AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION: BUILDING INSTITUTIONAL TRUST

### ABSTRACT

*In a democracy, the trust of citizens in their public institutions, especially their political institutions, is not possible only by means of access to public information by the citizenry, but also when state agencies conduct their work in a transparent manner and have a system of accountability that is capable of curbing the excess of power and corruption. The Law of Transparency and Access to Public Information is a legal tool that combats corruption and promotes probity and transparency in public institutions. Moreover, it diminishes the distrust of the citizens, enhances the legitimacy of the various state actors, and strengthens democracy.*

**Key words:** *transparency, corruption, output, access information*

La transparencia del Estado, el derecho de acceso a la información pública y los sistemas de rendición de cuentas son pilares básicos de las sociedades democráticas en cuanto aportan a la construcción de confianza y credibilidad en la ciudadanía en sus instituciones públicas y particularmente en las instituciones políticas, otorgándole legitimidad al régimen democrático<sup>1</sup>. Estos conceptos contribuyen a fomentar el interés y la participación en el proceso político. En efecto, en conjunto, juegan un rol de moderación y contención del poder del Estado. Cuando no existe transparencia o es débil, o cuando el proceso para acceder a información pública relevante no es fácil, ni oportuno ni expedito o encuentra óbices, el proceso de rendición de cuentas se obstruye y puede volverse imposible. Cuando falta o está mermado, las circunstancias favorecen la discrecionalidad, irresponsabilidad, arbitrariedad e impunidad de las autoridades y funcionarios públicos. Por el contrario, la presencia de estos elementos favorece la participación y la confianza en las instituciones y, en último término, afianza la gobernabilidad de la democracia, entendiéndose como la capacidad que tienen las instituciones de administrar la sociedad a su cargo y de adoptar decisiones públicas en un marco de legitimidad política y social.

Se ha sostenido que *“cuando las autoridades pueden justificar sus decisiones en forma transparente generan confianza, confianza democrática. La autoridad democrática puede existir cuando existen posibilidades de exigir rendición de cuentas. Es esa posibilidad la que le permite a la ciudadanía entregarle una cierta autonomía a la autoridad, autonomía basada en la noción de que siempre hay una posibilidad de fiscalización. Es esta confianza democrática la que contribuye a la legitimidad del régimen democrático”* <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OECD): *“Public sector transparency and accountability: making it happen”*, París, 2003.

<sup>2</sup> VALENZUELA, A. “Los partidos políticos y los desafíos de la gobernabilidad democrática en América Latina”. En: Arturo Fontaine et al (editores). *Reforma de los partidos políticos en Chile*, Centro de Estudios Públicos y otros, 2008, p.29.

## 1 EL VALOR DE LA TRANSPARENCIA COMO FRENO A LA CORRUPCIÓN

La transparencia del Estado como valor esencial de la democracia se refiere “al grado de apertura de los procesos de toma de decisiones del Estado y al grado de divulgación de las interacciones que podrían ejercer influencia en esas decisiones”<sup>3</sup>. Es decir, la mayor o menor disposición de apertura con que los órganos de la administración pública enfrentan las demandas de información surgidas de la ciudadanía y de la sociedad civil para conocer su funcionamiento, así como la forma y fundamentos por los que adoptan sus decisiones. Esta disposición permite a quienes estén interesados auscultar la acción y decisiones públicas, y constituye el primer paso en un proceso de genuina participación. La transparencia importa ofrecer, divulgar y facilitar el acceso a información oportuna y confiable.

Por el contrario, la opacidad de las instituciones públicas es terreno fértil para la ineficiencia en la gestión y también facilita el surgimiento de comportamientos corruptos<sup>4</sup>. Las trabas o restricciones a un acceso expedito a la información, así como su manipulación o distorsión, pueden ser utilizadas por aquellos funcionarios que tienen la capacidad de adoptar decisiones discrecionales como una manera de eludir su responsabilidad frente a equivocaciones y negligencias, así como también para esconder irregularidades e ilegalidades. La corrupción está estrechamente ligada a la falta de transparencia y a la posibilidad de que las conductas impropias no sean conocidas por la opinión pública. Por consiguiente, promover la transparencia como un valor que debe estar arraigado en las instituciones públicas es un primer paso para ayudar a detener los procesos de corrupción, así como también a neutralizar o frenar la penetración de otras instituciones informales que tradicionalmente han imperado en América Latina, como son el clientelismo político<sup>5</sup> y el rentismo o extracción de rentas (*rent-seeking*)<sup>6</sup>.

Entendemos por corrupción la utilización abusiva de un cargo público para obtener beneficios privados. Su objetivo es influir en la aplicación de la regulación existente para lo cual entrega recursos y dinero a quienes facilitan esa distorsión. Cuando se anticipa y busca afectar la formación misma de las leyes o políticas públicas para que sean convenientes a determinados intereses y grupos a cambio de algún pago ilícito, se denomina “captura del Estado”. Algunas circunstancias que suelen favorecer el surgimiento de la corrupción son, entre otras, una función pública donde lo que importa no es el mérito, la eficiencia y honestidad de sus funcionarios, sino el cuoteo político; la legislación que entrega excesivo poder de decisión discrecional a los funcionarios públicos sin evaluar sus resultados ni la corrección de sus procedimientos; la superposición de atribuciones entre distintos organismos gubernamentales; la existencia de una frondosa burocracia administrativa que regula

<sup>3</sup> HELLMAN, J. y KAUFMANN, D. “La captura del Estado en la economías en transición”. En: revista *Finanzas y Desarrollo*, Vol.38 N°3, Fondo Monetario Internacional, septiembre de 2001.

<sup>4</sup> HELLMAN, J.; JONES, G. y KAUFMANN, D. “Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición”, En: *Banco Mundial*. Documento de Trabajo N°244, Washington D.C., 2000.

<sup>5</sup> El clientelismo político se caracteriza porque los grupos en el poder o con influencia en el Estado, distribuyen favores o cargos a cambio de apoyo político o electoral, al margen del interés general y las políticas públicas.

<sup>6</sup> Entendemos por rentismo, extracción de rentas o *rent-seeking* el procedimiento mediante el cual se busca ejercer influencia durante el proceso político burocrático para obtener ingresos. Manifestaciones rentistas surgen principalmente donde las injerencias o regulaciones estatales generan distorsiones artificiales de la competencia y de los precios. Una revisión de este fenómeno en América Latina, puede verse en PRITZL, R. *Corrupción y rentismo en América Latina*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung (CIEDLA), 2000.

procedimientos complejos y excesivos; la debilidad de las instituciones formales y de los mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas; y la presencia extendida de instituciones informales, como el ya mencionado clientelismo político.

La opacidad o falta de información sobre las acciones de un gobierno o la sensación de que es incompleta, sesgada o no es oportuna produce desconfianza en los mercados y afecta negativamente los costos de transacción de los negocios. Esta ineficiencia económica origina oportunidades de rentas económicas: los que tienen acceso a más información o la tienen con anticipación al resto de los ciudadanos o empresas pueden utilizar esos datos para obtener un beneficio. En suma, la opacidad en la información provoca asimetrías que generan ineficiencias y rentas económicas que pueden ser fuente de corrupción <sup>7</sup>. Por el contrario, existe abundante evidencia empírica respecto a una correlación positiva entre desarrollo institucional y crecimiento económico y reducción de la pobreza y, ciertamente, un importantísimo indicador de desarrollo institucional lo configuran la transparencia acerca de los actos y decisiones de gobierno, así como el grado de corrupción presente en la sociedad <sup>8</sup>.

## 2 ACCESO A LA INFORMACIÓN: PRESUPUESTO DE LA PARTICIPACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

La experiencia comparada ha llevado a una certeza inapelable: el derecho de acceso a la información pública es esencial para garantizar el ejercicio normal de la participación ciudadana, exigir rendición de cuentas y responsabilizar a las autoridades públicas, por lo cual constituye un componente clave para desarrollar la confianza en las instituciones del Estado y, finalmente, para un adecuado funcionamiento del sistema democrático.

En primera instancia, el acceso a la información es indispensable para asegurar la transparencia y permitir que los ciudadanos se interesen y participen en los asuntos de relevancia pública. El derecho de acceso es un presupuesto indispensable para la participación política, entendida no solo como el derecho a votar y ser elegido, sino también como el derecho a participar en la deliberación de los asuntos públicos. En consecuencia, la inexistencia, debilidad, inexactitud o falta de oportunidad de la información pública perturba el ejercicio del derecho a participación política que los ciudadanos tienen en una sociedad democrática.

Adicionalmente, el acceso a la información permite conocer, para luego evaluar, las decisiones públicas, por lo que puede decirse que cumple la función vital de poner en marcha los mecanismos de rendición de cuentas. En efecto, es consustancial a la democracia la existencia de controles y contrapesos que buscan indagar, fiscalizar y eventualmente sancionar a las autoridades que han incurrido en conductas lesivas a sus deberes públicos. Esos procedimientos son parte del sistema de rendición de cuentas que pesa sobre cualquier autoridad elegida democráticamente. La rendición

<sup>7</sup> GRAHAM, M. *Democracy by disclosure*. Washington D.C: Brookings Institution Press, 2002.

<sup>8</sup> BANCO MUNDIAL. *Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*, Washington D.C., 1998; y KAUFMANN, D. "Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica". En: revista *Perspectivas*, Universidad de Chile, Vol.3, N°2, 2000, pp.367-387.

de cuentas implica que las autoridades den razón de sus atribuciones y deberes. Se trata de que todos los órganos y personas que ejercen poder deben justificar sus acciones y decisiones ante la sociedad, deben responder por qué decidieron hacer lo que hicieron y cuáles fueron las razones para hacerlo de ese modo y no de otro. Esta es la única manera de que la ciudadanía pueda evaluar integralmente a sus autoridades, contradecirlas y, por último, premiarlas o castigarlas con su voto. Es la lógica de una ciudadanía que participa, que controla, que evalúa, que no realiza un simple acto de delegación, sino que se comporta realmente como “soberano”<sup>9</sup>. Si el acceso a información pública relevante es bajo, tortuoso o plagado de obstáculos, entonces cualquier herramienta de rendición de cuentas para responsabilizar a las autoridades públicas se debilita y pierde eficacia.

Un sistema de rendición de cuentas intenta prevenir y corregir los comportamientos abusivos. Primero, obliga a las autoridades y funcionarios a aceptar la indagación pública en las decisiones de su competencia; segundo, les impone el deber de fundamentar y expresar la razón de sus opciones ante la ciudadanía; y tercero, las obliga a asumir las consecuencias de sus actos y decisiones, incluso sujetándolas a sanciones cuando se apartan de sus deberes públicos. Esto es de la mayor relevancia, pues la eventualidad de que las conductas impropias sean develadas a la luz pública y consiguientemente castigadas debiera constituirse, por sí sola, en un disuasivo robusto a incurrir en ellas.

Cualquier sistema de rendición de cuentas tiene tres dimensiones: información, fiscalización y capacidad punitiva<sup>10</sup>. En la primera dimensión lo clave es disminuir la eventual opacidad que envuelve los actos de quienes detentan el poder y por ende, hay que avanzar en otorgar transparencia a los actos y decisiones de las autoridades públicas, así como a las razones que las fundaron y a los procedimientos seguidos para adoptarlas. A pesar de ser una dimensión elemental e indispensable para activar cualquier proceso de rendición de cuentas, por mínimo que sea, nuestro país recién comenzó a ponerse al día cuando se promulgó la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Este ha sido un hito central en el proceso de generar transparencia de la función pública en cuanto habilita a los ciudadanos a exigir a los organismos del Estado el acceso a los documentos fundantes de sus decisiones, mejorando su capacidad de participar en el aseguramiento de la responsabilidad de las autoridades. Todo lo cual debiera redundar en una mejora de los niveles de confianza de la población hacia las instituciones públicas y contribuir a la credibilidad del régimen democrático.

En su dimensión fiscalizadora, la rendición de cuentas puede inmiscuirse en ámbitos bastante disímiles y amplios, tales como el apego y respeto a las reglas,

<sup>9</sup> O'DONNELL, G. “Delegative Democracy”. En: *Journal of Democracy* Vol.5 N°1, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1994, pp.55-69. Guillermo O'Donnell acuñó el término “democracia delegativa” para referirse a algunos procesos democráticos en América Latina durante la década de los noventa y que, a su juicio, no lograron establecer democracias representativas, sino delegativas, es decir, institucionalmente débiles, con presidentes que llegan al poder a través de elecciones libres y competitivas, al margen de los partidos tradicionales, y que una vez en el poder no se comportan como representantes políticos, sino como dueños personales del Gobierno por encima de cualquier sistema de control a su gestión. Ejemplos serían, a nuestro juicio, los gobiernos de Menem en Argentina (1989-1998), Fujimori en Perú (1990-2000) y Chávez en Venezuela (1998-2008). Las “democracias delegativas” tienen repercusiones negativas para la gobernabilidad democrática, pues debilitan los mecanismos e instituciones de responsabilidad política y de rendición de cuentas.

<sup>10</sup> SCHEDLER, A. “Conceptualizing Accountability”. En: *Andreas Schedler, Larry J. Diamond y Marc F. Plattner (editores): The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*. Londres: editorial Lynne Rienner, 1999.

procedimientos y procesos preestablecidos, el control de la legalidad de los actos, los criterios para la adopción de decisiones, el uso adecuado de los recursos públicos y la eficiencia de su ejecución, así como también evaluar la eficacia e impacto de las políticas públicas. Aunque originalmente la rendición de cuentas se orientó a frenar el exceso de poder y la corrupción, hoy también requiere evaluar el desempeño gubernamental en la elaboración y prestación eficaz de políticas públicas. En efecto, también es necesario avanzar en una lógica de resultados y de evaluación de impacto de las políticas y programas sociales: *“El reto es promover la puesta en práctica de sistemas de exigencia y rendición de cuentas compatibles con una gestión pública eficaz y eficiente. Es una exigencia social irrenunciable que los gestores públicos rindan cuentas de la eficacia y eficiencia de su actuación, y no solamente de la corrección formal de sus procedimientos”*<sup>11</sup>. Finalmente, en su tercera dimensión, la punitiva, el control requiere de agencias públicas dotadas de recursos materiales, de protección institucional y de autoridad y autonomía para investigar, exigir e imponer sanciones, así como para neutralizar la capacidad de influencia y de captura que pueden tener los grupos de interés sobre las definiciones de políticas públicas<sup>12</sup>.

En suma, en un sistema democrático los poderes del Estado deben aceptar ser transparentes y promover el derecho de acceso a la información para favorecer un amplio escrutinio de la opinión pública. Esta es la actitud que permite desarrollar, en la práctica, procesos de rendición de cuentas eficaces, permitiendo que los ciudadanos ejerzan su potestad sobre los actos y decisiones de los poderes públicos.

### 3 LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Existe la extendida percepción de que en América Latina ha tendido a primar una “cultura del secreto” sobre los actos y decisiones de las autoridades públicas, así como respecto de su comportamiento funcionario, todo lo cual generó un ambiente propicio para prácticas irregulares, como la corrupción de los servidores públicos, y para la pervivencia de algunas prácticas informales extremadamente perniciosas, como el clientelismo, el nepotismo, la captura y el rentismo.

Esta situación de fuerte opacidad ha primado a pesar de que, ya a mediados del siglo XX, diversos convenios internacionales recogieron los principios de transparencia y publicidad de los actos del Estado, así como el acceso a la información pública, aun cuando, cabe advertir, con distinto énfasis y, la mayoría de las veces, más implícita que explícitamente. Así fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 19) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 19). Poco más tarde, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 13), lo recoge de manera más explícita, enfatizando que el derecho de buscar y recibir información es una prolongación de la libertad de expresión. Más recientemente, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, señala que el acceso a la información pública colabora en la prevención de la corrupción y,

<sup>11</sup> BEHN, R. *Rethinking Democratic Accountability*. Washington:Brookings Institution Press, 2001, p.211.

<sup>12</sup> Características que debiera compartir la autoridad regulatoria que se viene creando en esta nueva ley, vale decir el Consejo para la Transparencia.

finalmente, la Asamblea General de la OEA, en su resolución “*Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia*”, de junio de 2004, sostiene expresamente que los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública y de promover la adopción de la legislación necesaria para su reconocimiento y aplicación efectiva.

Estos acuerdos internacionales ciertamente tuvieron algún grado de influencia en la corriente posterior que empujó a varias naciones latinoamericanas a reconocer en sus respectivas Constituciones principios similares, aunque haya sido un impacto bastante tardío en la mayoría de ellos. En efecto, estableciendo un orden cronológico, estos principios fueron recogidos en la Constitución de Costa Rica de 1949, en la reforma a la Constitución de México de 1977, en la Constitución de Guatemala de 1985, en la de Haití de 1987, de Brasil de 1988, de Colombia de 1991, de Paraguay de 1992, de Perú de 1993, de Ecuador de 1998 y de Venezuela de 1999. A efectos de ejemplarizar el retraso de nuestro subcontinente en esta materia, considérese que la ley Fundamental sobre la Libertad de Prensa<sup>13</sup> de Suecia consagraba similares principios, pero lo hacía ya en 1776. Este dato, que puede parecer meramente anecdótico, ilustra el principal problema que, a nuestro juicio, enfrentará Chile luego de dictar su propia ley de Transparencia y Acceso, cual es comenzar un proceso de transformación cultural que permita que estos principios permeen y se arraiguen tanto en la burocracia estatal como en la sociedad civil, el mismo proceso en el que países escandinavos como Suecia nos llevan más de doscientos años de ventaja.

A pesar que la transparencia y el acceso a la información pública son claves para cualquier proceso de indagación y rendición de cuentas, en Chile hasta ahora también primó esa “cultura del secretismo” que predicaba la normalidad de sustraer del conocimiento de la opinión pública los actos y decisiones de sus autoridades. Nuestro país, incluso, tuvo una reacción posterior a la mayoría de los países de América Latina, pues solo en el año 2005, mediante una reforma constitucional, consagró el principio de la Transparencia de la Función Pública de manera explícita<sup>14</sup>. Hubo un intento previo, en 1999, estableciendo similar principio y el recurso de amparo judicial correspondiente en la ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, que modificaba la ley 18.575, sobre Bases de la Administración del Estado, pero en esa norma el legislador incurrió en el error de habilitar el establecimiento de causales de secreto o reserva en disposiciones legales o meramente reglamentarias. Amparándose en esta potestad, en una reacción que podría calificarse de grotesca, en cuanto, a nuestro juicio, retrata el ánimo de eludir el espíritu de la ley de Probidad Administrativa, se procedió a dictar innumerables decretos y resoluciones por parte de Ministerios y servicios públicos que, en la práctica, sustrajeron del conocimiento público diversas materias de la más variada relevancia. Fue entonces, indispensable, recurrir a la consagración constitucional del principio de transparencia de la función pública, cuestión que se concretó, como ya señalamos, en la reforma constitucional

<sup>13</sup> Suecia no posee Constitución, por lo que las llamadas “leyes fundamentales” son las que sientan los principios e institucionalidad básicos de su sistema jurídico político y garantizan las libertades y derechos individuales.

<sup>14</sup> Antes de la reforma constitucional de 2005, y solo fundado en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución de 1980, hubo un fallo del Tribunal Constitucional (Rol 226 de 1995) que señalaba que se encuentra implícita en la libertad de informar el derecho a recibir información.

de 2005, en el nuevo artículo 8 de la Constitución Política <sup>15</sup>.

La ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado <sup>16</sup>, vino a dar concreción práctica a este novel principio constitucional y a llenar un cierto vacío institucional en la legislación chilena, caracterizada por las serias deficiencias recién descritas para viabilizar que los ciudadanos soliciten y reciban información pública. También está en comunión con la frase inicial del inciso tercero del artículo 1 de la Constitución: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común [...]”*, así como con la frase conclusiva del inciso final de ese mismo artículo: *“y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*; pues las normas de la nueva ley apuntan a mejorar el marco legislativo que regula el derecho de acceso a la información que se genera o se encuentra bajo el control de las distintas reparticiones públicas del Estado y, en este sentido, adscribe a esa idea fundamental de nuestra Constitución que reconoce en la persona el fin y razón de ser del Estado, que posee derechos anteriores que deben ser reconocidos, promovidos y cautelados por éste, al tiempo que está llamado a facilitar la participación de las personas en la vida nacional en función de la búsqueda del bien común <sup>17</sup>.

La ley de Transparencia y Acceso chilena es la única de Latinoamérica que comparte con su símil mexicana, probablemente su más cercana inspiración, la característica de contemplar una autoridad regulatoria específica, que en Chile es el Consejo para la Transparencia y que allá se denomina Instituto Federal de Acceso a la Información (el cual está funcionando desde el año 2003) como encargados de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información. Los demás países latinoamericanos que, luego de consagrarlos constitucionalmente, procedieron a dictar leyes que promueven, regulan y amparan estos principios <sup>18</sup>, no han optado por una autoridad regulatoria específica, sino que han entregado su tutela a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Esta iniciativa legal establece un deber de transparencia activa que obliga a los órganos del Estado a colocar a disposición permanente del público, especialmente a través de sus sitios electrónicos <sup>19</sup>, una serie de antecedentes que deben ir actualizando periódicamente, de manera de facilitar un acceso expedito. Asimismo, consagra el derecho de cualquier persona de solicitar y acceder al conocimiento de información pública que posean esos órganos, y la obligación correlativa de estos de suministrarla o de entregar una respuesta fundamentada de su negativa, cuando la

<sup>15</sup> El inciso segundo del artículo 8 de la Constitución de Chile señala “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”.

<sup>16</sup> Originada en una moción de los senadores Hernán Larraín Fernández y Jaime Gazmuri Mujica (Boletín 3773-06 de 2005).

<sup>17</sup> SILVA BASCUÑÁN, A. y SILVA GALLINATO, M.P. “La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales” y SOTO KLOSS, E. “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad”, ambos En: *Revista de Derecho Público* Vol.57/58. Santiago: Universidad de Chile, 1995.

<sup>18</sup> Por ejemplo, Argentina, Perú y Paraguay.

<sup>19</sup> En este sentido, gran importancia en las facilidades de acceso cotidiano a la información tendrán los avances que puedan hacerse en los sistemas de “gobierno electrónico”, que los Ministerios y servicios públicos deben aplicar en el marco del programa de Mejoramiento de la Gestión.

ley los faculte para restringir el acceso. Para garantizar este derecho de acceso a la información se consagran una serie de principios que tienen el relevante mérito de contribuir a hacer efectivo su ejercicio. A saber, el principio de la relevancia, por el cual se presume relevante toda la información pública; de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona tiene derecho a acceder a la información pública; de apertura, conforme al cual toda la información de los órganos estatales se presume pública; de máxima divulgación<sup>20</sup>, de acuerdo al cual los órganos públicos deben proporcionar la información en los términos más amplios posibles; de segregación o divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda; de facilitación, por el que los mecanismos y procedimientos deben facilitar el acceso a la información pública; de la no discriminación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deberán entregar la información solicitada sin exigir expresión de causa para la solicitud; de la oportunidad, conforme al cual se deben responder las solicitudes de información con celeridad y evitando trámites dilatorios; del control, de acuerdo al cual el ejercicio del derecho de acceso a la información será fiscalizado permanentemente; de la responsabilidad, conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones impuestas a los órganos públicos originan responsabilidades y pueden dar lugar a sanciones; y de gratuidad, de acuerdo al cual el acceso a la información es gratuito<sup>21</sup>.

También se establecen los procedimientos para el ejercicio del derecho de acceso y para su amparo, y las excepciones o límites a la publicidad de la información. Se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información por las siguientes causales de secreto o reserva: cuando su publicidad afecte el cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un delito, si se trata de deliberaciones previas a una resolución o son requerimientos genéricos muy gravosos; cuando su publicidad afecte derechos de personas, particularmente su seguridad, salud, vida privada o derechos comerciales o económicos; cuando su publicidad afecte la seguridad de la Nación, particularmente la defensa nacional, orden público o seguridad pública; cuando su publicidad afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país; y cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política<sup>22</sup>. En su calidad de excepciones al principio constitucional de publicidad de los actos y resoluciones públicos deben, indudablemente, ser interpretadas restrictivamente, pues aquí se juega la vigencia efectiva de un derecho fundamental como es el acceso a la información pública. En consecuencia, por una parte, nace la obligación para el órgano que invoca una de estas causales al denegar el acceso a cierta información de justificar plenamente su

<sup>20</sup> En verdad la norma chilena no recoge en toda su amplitud este principio común a las leyes de acceso a la información, pues su interpretación más extendida es que se presume que toda la información es accesible, sujeta solamente a un sistema restringido de excepciones.

<sup>21</sup> Ley 20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

necesidad y, por otra, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, tales como seguridad de la Nación o interés público, debiera ser el Consejo para la Transparencia, de acuerdo a su propio estatuto jurídico, el soberano para aplicar estos conceptos en cada caso concreto, apreciando los hechos y calificándolos sin más requisitos que respetar los principios generales del derecho y motivar sus resoluciones y eventuales sanciones.

Un elemento perturbador en el evidente avance que esta nueva norma significa para el mejoramiento de la transparencia del Estado, la participación de la ciudadanía y la rendición de cuentas de las autoridades, es que sustrajo a los Poderes Legislativo y Judicial, además de otros órganos, de la obligación de entregar la información solicitada por cualquiera persona, salvo las excepciones legales, y de la tutela del Consejo para la Transparencia, particularmente de su acción de amparo frente a la denegación de acceso. A estos dos poderes del Estado solo se les aplicará lo que dice relación con las obligaciones de transparencia activa, es decir, difundir cierta información relevante de *'motu proprio'*. Se desestimaron, de esta manera, las tendencias internacionales más modernas que propician que el Ejecutivo, el Congreso Nacional y los Tribunales Ordinarios de Justicia deben tener similares deberes en un régimen de acceso a la información pública: *"Los órganos legislativos y las autoridades judiciales desempeñan funciones públicas y son financiadas con dineros públicos; las razones que llaman a la transparencia en el Ejecutivo se aplican con igual fuerza a la legislatura y a la judicatura. La transparencia máxima en estas instituciones permitirá a los ciudadanos formarse una opinión sobre su funcionamiento, fomentará la eficiencia, reducirá la corrupción y, en definitiva, aumentará la confianza pública en ellas"* <sup>23</sup>. La confianza ciudadana en los poderes del Estado, es decir, la confianza en los roles que desempeñan y en su capacidad de respuesta ante las tareas y desafíos nacionales, lo cual expresa credibilidad en sus decisiones y no necesariamente acuerdo con ellas, es un elemento clave en el fortalecimiento de la democracia. No en vano se dice que la confianza es el *'semáforo de las instituciones'* y aquélla ha venido disminuyendo sistemáticamente en toda América Latina y también en nuestro país respecto de los poderes públicos, por lo que, a nuestro juicio, se ha desperdiciado una oportunidad para avanzar en la recuperación de esa confianza, al menos respecto de los Tribunales y del Congreso.

Con todo, la ley de Transparencia ha tenido la suficiente capacidad como para constituirse en una herramienta jurídica de gran envergadura para estimular la probidad y la transparencia de la función pública, así como para combatir la corrupción. En efecto, su principio basal, la publicidad de los actos y resoluciones públicas, considera que toda la información de los órganos de la Administración del Estado debe ser de dominio público, a menos que su reserva se justifique en causas legales. Esta singularidad abrió insospechados derroteros para la participación de la ciudadanía en la indagación de la función pública, así como para fomentar incipientes demandas de rendición de cuentas que permitan asignar responsabilidades a las autoridades y altos directivos públicos, no solo en la lógica de los tradicionales

<sup>23</sup> Open Society Justice Initiative et al: "Briefing regarding the elaboration of a Council of Europe treaty on access to official documents", 2006, En línea: <[www.justiceinitiative.org](http://www.justiceinitiative.org)>.

controles formales, sino también en una moderna concepción de *accountability* que también considere la evaluación de los resultados e impacto de los programas y políticas públicas.

En sus ya cuatro años de vigencia la ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública ha ido sentando las bases para la instalación en el país de una verdadera cultura de la transparencia. Ha sido un proceso ambicioso, cuya consecución plena probablemente tome generaciones, pero ya es posible ver que Chile ha experimentado avances sustantivos. En efecto, asuntos que antes eran casi un tabú, como las remuneraciones de los altos funcionarios públicos o las asesorías contratadas por la administración, hoy resultan de fácil acceso para cualquier ciudadano y pueden ser debatidos con naturalidad y a partir de antecedentes objetivos. Tal vez con menos impacto mediático, también en materias que inciden en la cotidianeidad de las personas, como el conocimiento de las fichas médicas propias y de sus hijos, los criterios para la asignación de beneficios sociales o el funcionamiento de los establecimientos de educación, el Consejo para la Transparencia ha dictado una jurisprudencia clara y a menudo novedosa, en beneficio de los ciudadanos y sus derechos.

Es cierto que el margen de lo que queda por lograr es amplio. El mismo Consejo ha desarrollado un índice que busca medir los avances en el cumplimiento de los objetivos de la ley, el Índice de Transparencia y Acceso a la Información (ITAI). Dicho avance se puede cuantificar en 38 %. A algunos esa cifra podrá parecerles baja; la simple comparación con lo que era la situación del país en este ámbito hace apenas un lustro nos permite leerla de otra manera: como un logro importante y, a la vez, como un desafío que nos apremia.

En esta medida, la nueva ley no sólo cubre una carencia institucional al facilitar la participación política en el proceso de adopción de las decisiones públicas, sino también puede pavimentar la construcción de mayor confianza en las instituciones públicas y, en definitiva, aportar a la credibilidad y legitimidad del sistema democrático.

## BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL. “*Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter*”, Washington D.C., 1998; y KAUFMANN, D. “Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica”. En: revista *Perspectivas*, Universidad de Chile, Vol.3, N°2, 2000.

BEHN, R. *Rethinking Democratic Accountability*. Washington:Brookings Institution Press, 2001, p.211.

CHILE. Ley 20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

GRAHAM, M. *Democracy by disclosure*. Washington D.C: Brookins Institution Press, 2002.

HELLMAN, J. y KAUFMANN, D. “La captura del Estado en la economías en transición”. En: revista *Finanzas y Desarrollo*, Vol.38 N°3, Fondo Monetario Internacional, septiembre de 2001.

HELLMAN, J; JONES, G. y KAUFMANN, D. “Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición”, En: *Banco Mundial*. Documento de Trabajo N°244, Washington D.C., 2000.

O’DONNELL, G: “Delegative Democracy”. En: *Journal of Democracy* Vol.5 N°1, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1994, pp.55–69.

Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OECD): “*Public sector transparency and accountability: making it happen*”, París, 2003.

SCHEDLER, A: “*Conceptualizing Accountability*”. En: Andreas Schedler, Larry J. Diamond y Marc F. Plattner (editores): *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*. Londres: editorial Lyenne Rienner, 1999.

SILVA BASCUÑÁN, A. y SILVA GALLINATO, M.P. “La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales” y SOTO KLOSS, E. “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad”, ambos En: *Revista de Derecho Público* Vol.57/58. Santiago: Universidad de Chile, 1995.

VALENZUELA, A. “Los partidos políticos y los desafíos de la gobernabilidad democrática en América Latina”. En: Arturo Fontaine et al (editores). *Reforma de los partidos políticos en Chile*, Centro de Estudios Públicos y otros, 2008.

# IX

## Reformas para un sistema de financiamiento electoral basado en la confianza y la equidad

Manuel Arís Alonso\*

### SUMARIO

1 Introducción – 2 Donaciones de personas jurídicas – 3 Donaciones reservadas – 4 Financiamiento público – 5 Conclusiones - Bibliografía.

### RESUMEN

El mayor desafío que la democracia chilena enfrenta en la actualidad es la confianza de la ciudadanía en sus instituciones. Esto exige un cambio en la forma en que está regulada la relación entre el dinero y la política. Una de las formas que tiene esta relación es el sistema de financiamiento electoral, el que en la actualidad encuentra sus principales deficiencias en la posibilidad de que las personas jurídicas realicen donaciones a las campañas, la desconfianza que generan las donaciones reservadas y un débil mecanismo de financiamiento público de las campañas electorales. Avanzar hacia la promesa de igualdad de influencia política requiere un debate genuino sobre estos mecanismos.

**Palabras clave:** financiamiento, equidad

### REFORMS FOR AN ELECTORAL CAMPAIGN FINANCE SYSTEM BASED ON TRUST AND EQUITY

### ABSTRACT

*The biggest challenge facing Chilean democracy at this time is the trust of the citizens in its institutions. This requires a change in the way the relationship between money and politics is regulated. One of the ways this relationship works is the financing*

\* Sociólogo y magíster en Estudios Sociales y Políticos Latinoamericanos, Universidad Alberto Hurtado. Actualmente se desempeña como director del área de Investigación y Comunicaciones de la Fundación Ciudadano Inteligente.

*of the electoral system, which, at the moment, is weakened by the possibility that legal entities can donate to the campaigns. These donations generate distrust, while the public financing system of political campaigns is weak. To go forward towards the promise of equality in the influence in politics will require a genuine debate on these mechanisms.*

**Key words:** *finance system, equity*

## 1 INTRODUCCIÓN

En Chile, el mayor desafío que la democracia enfrenta en la actualidad es la confianza. Las instituciones democráticas se han puesto en entredicho por la ciudadanía tanto por sus resultados –problema de expectativas insalvable para muchos países que superan recientemente una dictadura- como también por sus procesos de funcionamiento.

Esta crisis de legitimidad de las instituciones democráticas se funda en la percepción de la incapacidad que tendrían para concretar la promesa de igualdad que trae consigo la democracia. Revertir esta crisis implica tiempo, cambios de conducta y, por supuesto, modificaciones a los mecanismos de funcionamiento de las instituciones. Uno de ellos es el sistema de financiamiento electoral.

No existe un sistema de financiamiento electoral que sea mejor que otro y que, por tanto, pueda aplicarse en cualquier contexto. Los distintos modelos de sistemas de financiamiento electoral pueden responder a diversos objetivos: reproducir el valor de la libertad de expresión política en la competencia electoral, disminuir las posibilidades de extorsión o corrupción en la política, dotar de mayor independencia a los candidatos de las dirigencias de los partidos, fomentar mayor participación electoral en la ciudadanía, favorecer el surgimiento de nuevos liderazgos o movimientos políticos, fortalecer a los partidos políticos para garantizar la gobernabilidad, etc. Para cada uno de ellos, la literatura y la experiencia comparada muestran gran variedad de mecanismos que pueden constituir un sistema de financiamiento electoral a medida.

La tesis que guía este artículo es que en el caso de Chile, el principal desafío de la democracia es, en la actualidad, generar confianza y mejorar las condiciones de igualdad y de influencia política. La persistente desigualdad económica y la exclusión de los beneficios del desarrollo tienen una fuerte relación con la incapacidad de nuestra democracia para garantizar que todos los ciudadanos tengamos el mismo peso en la toma de decisiones.

Tal como se señala en el Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, un país con alta concentración de recursos económicos, como el nuestro, debe hacer un doble esfuerzo por mantener alejada de la política la influencia del dinero, de otro modo la crisis de confianza en las instituciones democráticas no podrá revertirse: “La concentración del dinero puede llevar a la concentración de poder para custodiar, a su vez, la concentración del dinero y el

poder. Cuando se da esa secuencia, las mayorías sociales ven diluirse una de las esperanzas que depositaban en la democracia, la de alcanzar mayor bienestar. Un desafío central de las democracias es evitar o romper ese círculo vicioso”<sup>1</sup>.

Bernard Manin recuerda el principio de Isegoria, que en la democracia ateniense establecía que cualquier ciudadano está lo suficientemente cualificado para participar de la vida política. Bajo este principio, la democracia debe distribuir equitativamente no el poder, sino las posibilidades de acceder a él<sup>2</sup>. El sistema de financiamiento electoral en Chile no garantiza este principio, lesionando así uno de los fundamentos de la igualdad de influencia política a causa de la disponibilidad de dinero<sup>3</sup>.

Las elecciones siempre implicarán situaciones de desigualdad –no podemos imaginar una elección entre candidatos idénticos, o con los mismos programas, o representando a sectores con la misma ideología política o la misma historia, etc.- pero debemos ponerle cerco a las diferencias que tienen origen en el acceso o la disponibilidad de dinero. Esta equidad en la competencia electoral es consustancial a la democracia<sup>4</sup>.

El actual sistema de financiamiento electoral en Chile tiene su origen en un proyecto de ley que envió el presidente Ricardo Lagos al Congreso el año 2001, y que el año 2003 se transformaría en la ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral. En el proyecto, se señalaba entre sus fundamentos que: “La parquedad de la regulación constitucional y legal de los partidos políticos ha puesto en un área más bien nebulosa la forma en que los partidos obtienen el financiamiento que les permite el desarrollo de sus actividades y, especialmente, la forma en que se financian los abultados gastos que deben soportar en los períodos de campaña electoral”<sup>5</sup>. Hoy, a diez años de publicada la ley, el diagnóstico que enunciaba su proyecto original sigue, lamentablemente, en plena vigencia.

¿Habrà sido la discusión legislativa de este proyecto lo suficientemente acuciosa como para establecer en nuestro país un sistema de financiamiento electoral satisfactorio? De acuerdo a lo que se señala en las actas del Congreso, hubo un acuerdo marco entre los partidos y el Gobierno, acuerdo que inhibió a muchos parlamentarios que solo manifestaron reparos hacia el proyecto, pero no plasmaron su opinión en indicaciones o votos de rechazo, respetando así el acuerdo en razón de una expedita tramitación.

Ciertamente la ley era necesaria, pues en nuestro país anteriormente no existía ningún tipo de regulación sobre el financiamiento electoral. Pero, a diez años de entrada en vigencia, debemos reconocer que es necesario revisar la pertinencia del sistema y el funcionamiento de sus componentes, para tener un diálogo genuino que permita su perfeccionamiento.

Entre los principales problemas que presenta el actual sistema de financiamiento electoral, se encuentra la posibilidad de que las personas jurídicas

<sup>1</sup> Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. *Política, dinero y poder: un dilema para las democracias de las Américas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 34.

<sup>2</sup> MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial, 2010, pp. 49 - 56.

<sup>3</sup> Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. *Op. Cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>4</sup> FITOUSSI, J. y ROSANVALLON, P. *La nueva era de las desigualdades*. Manantial, 2010, p. 233.

<sup>5</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Historia de la Ley 19.884*, p. 5. Disponible en línea: <www.leychile.cl>.

realicen donaciones, la posibilidad de hacer donaciones reservadas y un débil mecanismo de financiamiento público de las campañas. A continuación revisamos en detalle cada uno de estos aspectos, y sus necesarias modificaciones para alcanzar un sistema de financiamiento electoral que revierta la crisis de confianza en las instituciones democráticas y genere mayores condiciones de equidad en la competencia electoral.

## 2 DONACIONES DE PERSONAS JURÍDICAS

El financiamiento privado de la política, y en particular de las campañas electorales, puede tener una serie de beneficios para la participación ciudadana, la libertad de expresión, la competencia política y la eficiencia fiscal <sup>6</sup>.

El sistema chileno contempla esta posibilidad en tres formas <sup>7</sup>, a través de donaciones anónimas, reservadas o públicas. El sistema, además, establece límites en dinero según el tipo de donación y límites relativos de acuerdo al gasto total de una candidatura. Permite, además, que en cualquiera de estas tres formas, las donaciones puedan provenir de personas naturales o jurídicas, lo que, a nuestro juicio, presenta una dificultad para la construcción de un sistema de financiamiento electoral que genere confianza en las instituciones democráticas.

Consideramos la donación de personas naturales a las campañas electorales una forma legítima –incluso deseable– de participación política, pero no así las donaciones de personas jurídicas.

Los argumentos que sostienen la legitimidad de las donaciones de personas jurídicas señalan que la relación entre empresa y política está lo suficientemente normada y amparada en el reconocimiento constitucional de la autonomía y libertad de expresión de los grupos intermedios de la sociedad <sup>8</sup>. Las empresas son la concreción del derecho de asociación y también son sujeto del derecho de libertad de expresión. El sistema de financiamiento electoral actual establecería las suficientes salvaguardas para que estas se realicen en un marco de transparencia y no impliquen riesgo de corrupción <sup>9</sup>.

A nuestro juicio, las empresas no tienen opción política <sup>10</sup> (o no debieran tenerla), por lo tanto no debieran, tampoco, utilizar los mecanismos de participación política que la institucionalidad dispone para el ejercicio de los ciudadanos. Una donación a campañas electorales es una acción directa a favor de la elección de un candidato, por tanto expresa una preferencia política, forma de participación ciudadana que, como su nombre señala, sólo debiera realizarse por ciudadanos, de otro modo nos encontramos frente a una distorsión del mecanismo, una falsa equivalencia entre empresas y ciudadanos.

<sup>6</sup> VALDÉS, S. (ed.), *Reforma de Estado. Volumen I: Financiamiento Político*, disponible en línea <www.cepchile.cl>, editado en 2000.

<sup>7</sup> CHILE. Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, Título II, disponible en línea <www.leychile.cl>.

<sup>8</sup> CHILE. Constitución Política, artículo 1. Disponible en línea <www.leychile.cl>.

<sup>9</sup> GARCÍA, J.F. "Empresas y donaciones políticas". En: El Mercurio. Columna del día en Blogs, 10 de mayo de 2013.

SIERRA, L. *Propuesta de reforma a los partidos políticos en Chile*, CEP y CIEPLAN, 2013, disponible en línea <www.cepchile.cl>.

<sup>10</sup> \_\_\_\_\_. *Op. cit.*

Se argumenta también, a favor de la donación de empresas, que estas pueden tener fines altruistas a través de sus donaciones, y que si pueden donar para el desarrollo de actividades culturales o de beneficencia, también podrían hacerlo para las campañas políticas. ¿Estaríamos entonces dispuestos a que las empresas donen a las campañas electorales, pero que su donación se reparta en partes iguales entre los candidatos en competencia? Si lo que anima a una empresa a donar en una campaña electoral es el deseo de aportar al correcto desempeño del ejercicio cívico, ese es el camino.

Otro argumento a favor de la donación de las empresas sostiene que otorgan a la política un caudal de recursos importantes para su funcionamiento. Y que como el aporte financiero a esta actividad data de largo tiempo, intentar restringirlo por la vía legal solo producirá que estos recursos lleguen a la política por 'vías no convencionales'<sup>11</sup>. Este contrapunto a la necesidad de terminar con la donación de empresas a la política lo podemos superar volviendo al horizonte normativo de esta discusión: avanzar hacia un sistema de financiamiento electoral en el que la influencia del dinero no sea un factor relevante, sino solo una dimensión de la participación ciudadana, para que este genere confianza en la ciudadanía y garantice mínimos de equidad en la competencia. La disponibilidad de recursos puede garantizarse con mayores niveles de financiamiento público y fomento de donaciones de personas naturales (más adelante veremos estos puntos), y un sistema con un órgano de control lo suficientemente dotado de capacidad y mandato puede inhibir, vigilar y sancionar la violación de las disposiciones normativas.

"En el año 2005, el 79 % de las donaciones recibidas fueron mayores a \$ 5 millones (96 % en 2005 y 99 % en 2009 en primera vuelta). Dado el nivel de ingreso promedio en Chile, estos montos de donaciones son relativamente altos, por lo que probablemente provienen de empresas más que de personas naturales y la pregunta relevante, si bien no hay información para responderla, es si generan o no algún tipo de compromiso legislativo posterior"<sup>12</sup>. Esta pregunta es natural a un mecanismo de financiamiento electoral que basa gran cantidad de sus recursos disponibles en la donación de empresas. Por esto, avanzar hacia un sistema de financiamiento que revierta la crisis de confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas, exige suprimir o restringir mecanismos como estos, que traen aparejadas dudas razonables sobre la función representativa de nuestras autoridades.

En países como Portugal o Polonia<sup>13</sup>, la donación de personas jurídicas a los partidos políticos está permitida, pero con un límite mucho más estricto que para las donaciones de personas naturales. En Portugal se permite la donación de máximo 25 salarios mínimos al año, mientras que para el caso polaco las donaciones no pueden superar los 15 salarios mínimos al año. Esta restricción puede ser una solución intermedia para el sistema de financiamiento electoral chileno, donde ha existido fuerte resistencia por parte de los legisladores a la idea de no permitir este tipo de donaciones.

<sup>11</sup> PEÑA, C. "Dinero y Política, sobre las formas de financiamiento electoral". En: *Estudios Públicos*, Nº 84, 2001, p. 308.

<sup>12</sup> AGOSTINI, C. "Financiamiento de la política en Chile: Campañas electorales de 2009-2010", En: Díaz, F. y Sierra, L. (editores), *Democracia con partidos*, Santiago, CEP y CIEPLAN, 2012, p. 283.

<sup>13</sup> OHMAN, M. "Regulación del financiamiento político en el mundo". En: Recursos de IDEA Internacional sobre participación política, 2012, p. 21.

### 3 DONACIONES RESERVADAS

Otro mecanismo de nuestro actual sistema de financiamiento electoral es la donación reservada<sup>14</sup>. Este encuentra su principal fortaleza en la suposición de que el candidato no conoce el origen de la donación que recibe, y por lo tanto no queda sujeto a futuros actos de corrupción ni puede extorsionar previa donación a su donante: “La incertidumbre acerca de quién donó y cuánto, provee de un espacio de libertad al candidato que de otra manera no tendría. En el mundo del anonimato (donde tu mano derecha no sabe lo que hace tu izquierda) sobrevivirían solamente las donaciones bien inspiradas: aquellas que no tienen por objeto secuestrar la voluntad del político, sino promover ideas o favorecer la competencia”<sup>15</sup>.

Así, la reserva de las donaciones se considera un mecanismo que permite garantizar que las donaciones no se traduzcan en una suerte de acuerdo entre el donante y la autoridad que pudiera resultar electa. Sin embargo, en nuestro país, la donación reservada, más que producir este beneficio, atenta contra la confianza en las instituciones democráticas y la legitimidad del origen de los recursos que financian las campañas.

Este espacio de opacidad difícilmente puede lograr su objetivo si el número de donaciones reservada que recibe cada candidato es bajo, aumentando así las posibilidades de conocer, pese a la restricción, el origen de los recursos. Con datos de la campaña parlamentaria del año 2009, Agostini señala que: “En el caso de los candidatos a diputado, el 53,4 % de ellos no recibió donaciones [reservadas] (229 candidatos de un total de 429). El 26,6 % del total de candidatos recibió un número positivo de donaciones [reservadas] menor a 8, lo que hace más probable identificar al donante y violar la reserva, especialmente si el Servicio Electoral entrega semanalmente los aportes recibidos la semana anterior”<sup>16</sup>. El bien que supuestamente protege la donación reservada, requeriría, a nuestro juicio, un flujo de actores mucho mayor del que sucede en nuestro país, con lo que la reserva solo produce en la ciudadanía –y en muchos casos en los propios políticos- la desconfianza sobre el origen de las donaciones y las transacciones que implica.

Otro argumento que busca sostener el beneficio de las donaciones reservadas es que la transparencia total supondría que la ciudadanía castigaría a los candidatos que ‘venden’ sus decisiones, y eso se dificulta por la imposibilidad de establecer que existió influencia inapropiada en la autoridad<sup>17</sup>.

La lógica de este argumento es tremendamente peligrosa, pues podría aplicarse también a la obligación de las autoridades de declarar sus intereses y patrimonio para evitar conflictos de interés, mecanismo que busca justamente inhibir, por medio de la publicidad y el control ciudadano, que la toma de decisiones sea en virtud de un interés particular y no del interés general.

Por tanto, incluso, sostenemos que las donaciones recibidas por las campañas electorales no sólo deben ser conocidas, sino también que esta información debe ser

<sup>14</sup> Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, Título II, disponible en línea <[www.leychile.cl](http://www.leychile.cl)>.

<sup>15</sup> PEÑA, C. *Op. cit.*, p. 307.

<sup>16</sup> AGOSTINI, C. *Op. cit.*, p. 285.

<sup>17</sup> PEÑA, C. *Op. cit.*, p. 308.

pública antes de la votación, para que los ciudadanos podamos conocer qué intereses podría proteger un determinado candidato si resulta electo. “Un área en la cual todas las recomendaciones convergen es la transparencia. Se supone que la transparencia debe ser eficaz porque es menos probable que los ciudadanos informados y racionales voten por candidatos o partidos cuyos intereses sean diferentes de los propios”<sup>18</sup>.

Las donaciones reservadas se han constituido como un mecanismo dentro del sistema de financiamiento electoral tremendamente perjudicial para revertir la crisis de confianza en las instituciones democráticas. Aún más, en países como el nuestro, con alto nivel de concentración económica, la sospecha de que este mecanismo es un espacio que permite acuerdos entre intereses económicos y autoridades exige la necesidad de su pronta supresión. La transparencia, previa al acto eleccionario, de las donaciones a las campañas políticas, debe ser la norma, y ciertos aportes anónimos, de bajo monto y en especiales circunstancias, la excepción.

#### **4 FINANCIAMIENTO PÚBLICO**

El financiamiento público es otro mecanismo del sistema de financiamiento electoral chileno que suscita debate. La forma que tiene en nuestro país es a través de la ‘fuerza electoral’, es decir, las candidaturas reciben fondos públicos de acuerdo a la votación que alcanzan, e incluso pueden solicitar anticipos de acuerdo a la votación del partido o alianza que representan que obtuvo en la elección anterior.

En contra del financiamiento público se esgrimen dos argumentos. En primer lugar, que generaría dependencia económica por parte de los partidos políticos, cuestión que está lejos de ocurrir en Chile debido al escaso peso relativo que este mecanismo de financiamiento tiene dentro del gasto total de las campañas, y porque además se encuentra sujeto a la fuerza electoral. En segundo lugar, se señala que el financiamiento público implica un riesgo de manipulación de los recursos por los partidos oficialistas, el que, consideramos, tampoco tiene cabida en nuestro país debido a la independencia del organismo que asigna los recursos y la claridad que expresa la regla.

Avanzar hacia un sistema de financiamiento electoral que genere confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas, y mayor equidad en la competencia, exige ciertas modificaciones al financiamiento público de las campañas en dos sentidos: establecimiento de un mínimo de financiamiento público independiente a la fuerza electoral, y utilización del financiamiento público para incentivar las donaciones de personas naturales.

En la elección presidencial de Chile el 2013 tendremos 9 candidatos, y que consideremos el número de candidatos como alto, adecuado o bajo implica una discusión que no abordaremos aquí. Para todos los candidatos, independiente de las virtudes o defectos que tenga el mecanismo para inscribir candidaturas, debieran garantizarse las condiciones económicas mínimas para una justa competencia. Las campañas electorales no son competencias entre recaudadores de fondos, sino

<sup>18</sup> PRZEWORSKI, A. *Op. cit.*, p. 82.

competencias de ideas y proyectos políticos, por lo que como sociedad debemos garantizar que esas ideas y proyectos puedan ser difundidas y conocidas por todos<sup>19</sup>.

Actualmente el financiamiento público tiene tan poca relevancia dentro del gasto total de campañas que los candidatos no han dejado de observar el financiamiento privado como su principal fuente de recursos. “Únicamente Uruguay, Costa Rica, Panamá, México y República Dominicana superan el nivel de cinco dólares por votante, que a escala internacional no estaría ni lejanamente entre los más elevados del mundo. Esto lleva a los partidos y candidatos a depender de las fuentes privadas de financiamiento”<sup>20</sup>.

Con datos de la campaña del 2005, la Organización de Estados Americanos (OEA) muestra a Chile ocupando el 9º lugar de América (de entre 16 países) en el monto de financiamiento público que reciben las campañas<sup>21</sup>. Si esperamos que el financiamiento público tenga un efecto importante en generar condiciones de equidad en la competencia electoral, debemos establecer montos que sean significativos para el desarrollo de las campañas.

El segundo desafío relacionado con el financiamiento público es que sea un incentivo para fomentar la donación y participación ciudadana de personas naturales. De esta forma, el financiamiento público puede constituirse en un mecanismo que cumple una doble función: genera un piso de equidad en la competencia y promueve la participación ciudadana, el involucramiento de personas naturales con la política, a través de donaciones monetarias.

Este mecanismo se ha denominado *matching funds*, y consiste en que el Estado le proporciona un monto de dinero a las candidaturas de acuerdo al número de donaciones particulares –de personas naturales- que sea capaz de conseguir. Se incentiva, de esta manera, que las candidaturas promuevan la donación a sus campañas y se premia no según el monto obtenido, sino según el número de personas que hicieron donaciones.

El monto de la donación pasa aquí a un segundo plano, pues se entiende que la disponibilidad de recursos entre la población es desigual, y el bien que se quiere promover es el acto de donar, es decir, la participación ciudadana, y no la cuantía de esa donación. Se premiará así a los candidatos que generen confianza en la ciudadanía y que sean capaces de movilizar recursos.

Como cualquier inversión que se haga con fondos del Estado, un aumento en el gasto público en las campañas electorales requerirá mayor capacidad y mandato del ente fiscalizador, para resguardar que los recursos se destinarán a la consecución de la equidad en la competencia y no a otros fines.

---

<sup>19</sup> PEÑA, C. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>20</sup> Secretaría General de la OEA, *Op. cit.*, p. 48.

<sup>21</sup> \_\_\_\_ *Op. cit.*, p. 93.

## 5 CONCLUSIONES

Al revisar la Historia de la Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, podemos observar que su rápida tramitación se debió, en gran parte, al acuerdo previo de los partidos políticos para poner fin a la crisis generada por los casos de corrupción de comienzos de la década del 2000.

Este acuerdo era urgente y la necesidad de contar con un sistema de financiamiento electoral más transparente fue bien entendida por las autoridades de la época. A diez años de la promulgación de la ley, nos urge ahora un genuino debate sobre el asunto, que nos permita reflexionar sobre los valores en juego y los mecanismos de política pública para reproducirlos.

Ciertamente, un cambio legislativo no será suficiente para enfrentar un problema que abarca un amplio espectro de causas y efectos, desde la desigualdad y concentración económica hasta la cada vez mayor desafección política de la ciudadanía. Un problema con una fuerte dimensión cultural, como la relación entre dinero y política, no acaba en una ley, pero sí es posible, gracias a una buena legislación sobre la materia, avanzar hacia un sistema que encarne los valores que deseamos, como sociedad, que gobiernen la relación entre el dinero y la política.

En Canadá, en 1974 se modificaron una serie de aspectos del sistema de financiamiento electoral, introduciendo en aquella oportunidad los límites al gasto electoral y a las donaciones, además de un mecanismo de estímulos fiscales a las pequeñas donaciones de personas naturales. Estas modificaciones provocaron importantes cambios en la composición de las fuentes de financiamiento de la política, desconcentrando éstas de las manos de pocas empresas. Un cambio regulatorio con este enfoque puede, perfectamente, producir efectos semejantes en nuestro país.

El Gobierno de Michelle Bachelet realizó un esfuerzo similar, al presentar en diciembre del 2006 el proyecto de ley que modifica la ley 19.884, sobre Transparencia, Límites y Control de los Gastos Electorales, y establece normas contra la intervención electoral. El proyecto solo avanzó dentro de su primer trámite constitucional, y pese a las urgencias que recibió por parte del Poder Ejecutivo hasta el año 2009 no fue votado en la Sala de la Cámara de Diputados. El proyecto busca corregir una serie de imperfecciones de la ley 19.884 y otros cuerpos legales dedicados a normar la relación entre el dinero y la política. Una de sus contribuciones es la creación de un registro de proveedores, “en el cual deberán inscribirse todas las personas naturales y jurídicas que prestarán servicios o suministrarán bienes a los candidatos y partidos políticos durante el período de campaña. Los candidatos y los partidos políticos solo podrán efectuar pagos por concepto de gastos electorales a proveedores inscritos en este registro”<sup>22</sup>.

El proyecto de ley también prohibía la donación de personas naturales y establecía nuevos estándares, más exigentes, para las donaciones anónimas y reservadas, entre otras modificaciones. Consideramos que este proyecto va en la dirección correcta, y que debe reactivarse su tramitación en el Congreso, para generar el, aún ausente, genuino debate en torno a la construcción de un sistema de financiamiento electoral que genere confianza en la ciudadanía, y provea mayores

<sup>22</sup> Proyecto de ley boletín 4724-06.

condiciones de equidad en la competencia electoral.

El debate debiera propiciar una nueva noción de sistema de financiamiento electoral, en el que se visualice una reforma integral al sistema vigente. En este sentido, se debe revisar el papel que juega el Servicio Electoral, como entidad a cargo de la organización del acto y de velar por el cumplimiento de las disposiciones que norman lo relativo a la propaganda y financiamiento de campañas.

Es momento de preguntarnos si queremos continuar con un sistema de financiamiento electoral que produce que el gasto en campañas sea varias veces más alto que el gasto que realizan importantes empresas en publicidad. ¿Es necesario, para un debate de ideas políticas, una maquinaria publicitaria como la que mueven actualmente las campañas electorales?

Aún si no centramos el debate en los montos de dinero, sí debe, al menos, considerar los formatos de difusión de las ideas políticas. Es deseable que la norma obligue a los candidatos a entregar más contenido, para que el fin que persigan las campañas políticas no solo sea la persuasión del votante, sino el diálogo y el contraste de ideas políticas, de proyectos de sociedad.

Hoy, la tecnología ofrece mayores y más eficaces plataformas de información y comunicación. Un nuevo sistema de financiamiento electoral que busque generar confianza en las instituciones democráticas, y mayor equidad en la competencia electoral, debiera considerar el uso de este tipo de plataformas de manera obligatoria, encauzando el gasto de las candidaturas hacia la difusión de los programas y no tan solo de eslóganes e imágenes.

Ciertamente, la política tiene que realizar esfuerzos por persuadir y ofrecerse a la ciudadanía como un elemento de fácil asimilación. No planteamos aquí suprimir el *marketing* en los períodos de campaña electoral -no sería deseable- pero sí considerar otro tipo de obligaciones a las candidaturas para que los ciudadanos podamos acceder a mejor y más información sobre las propuestas programáticas.

La literatura acerca del financiamiento electoral, y en general sobre la relación entre el dinero y la política, posee una diversidad de argumentos a favor y en contra de los mecanismos para normarla, como el financiamiento de personas jurídicas, las donaciones reservadas o el financiamiento público. La diversidad de estudios e interpretaciones de los datos disponibles muestran que se trata claramente de un problema político: las visiones sobre los mejores mecanismos de política pública responden, generalmente, a un criterio valórico más que a un criterio de eficiencia.

Las direcciones de causalidad entre montos de campañas y candidatos electos, o entre probidad y la dicotomía publicidad-reserva de los orígenes de los recursos que financian las campañas, no han podido ser establecidos con firmeza por los estudios empíricos que existen en esta materia. La discusión que debe ocurrir en nuestro país, entonces, tendrá también este cariz, y tendrá que imponerse la visión que realice el mejor diagnóstico y proponga, en base a este, los mejores mecanismos de política pública.

Por tanto, nuestra propuesta considera como diagnóstico la necesidad de revertir la crisis de confianza que afecta a las instituciones democráticas, y la fuerte desigualdad en la que se desenvuelve el debate de las distintas ofertas políticas. La

norma que rija la relación entre dinero y política en Chile debiera tender a revertir estos problemas.

Para ellos hemos sugerido una reforma al actual sistema de financiamiento electoral que, entre sus mecanismos, considere al menos la prohibición a las personas jurídicas de utilizar mecanismos de participación ciudadana para influir en la política, la supresión del mecanismo de donaciones reservadas para revertir la incertidumbre acerca de la proba relación entre el dinero y la política, y un rol más preponderante del Estado para el financiamiento y la garantía de mayores condiciones de equidad en la competencia electoral.

Acercarse al ideal de igualdad de influencia política es una condición para la consolidación de nuestro sistema democrático, sobre todo en una sociedad con niveles de concentración y desigualdad económica como las que exhibe Chile. Una relación transparente y sana entre el dinero y la política pueden impedir que la concentración del poder económico y político continúe mermando la legitimidad de las instituciones democráticas.

Somos consientes que la construcción de esta sana relación entre el dinero y la política no se agotan en el sistema de financiamiento electoral. Es necesario revisar, también, cómo los partidos políticos están financiando sus actividades de manera permanente, qué transacciones está realizando la política para financiar su funcionamiento, etc. La igualdad de influencia política y revertir la crisis de desconfianza de la ciudadanía hacia las instituciones democráticas implica la gestión de una amplia serie de reformas y un cambio cultural por parte de la ciudadanía y, por cierto, de las autoridades. Por esto, hemos sostenido que será un proceso que tomará tiempo, pero se puede avanzar generando debate sobre importantes reformas aún pendientes en materia de transparencia y probidad, como una regulación exigente al *lobby*, la explicitación del derecho de acceso a información pública o la reforma al sistema de financiamiento electoral.

## BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ, F. y SIERRA, Lucas (editores), *Democracia con partidos*, Santiago: CEP y CIEPLAN, 2012.

\_\_\_\_\_. *Propuesta de reforma a los partidos políticos en Chile*, CEP y CIEPLAN, 2013, disponible en línea: <[www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl)>.

FITOUSSI, J. y ROSANVALLON, P. *La nueva era de las desigualdades*. Manantial, 2010.

GARCÍA, J. *Empresas y donaciones políticas*, Columna del día en Blogs, El Mercurio, 10 de mayo de 2013.

MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial, 2010

OHMAN, M. "Regulación del financiamiento político en el mundo". En: Recursos de IDEA Internacional sobre participación política, 2012

PEÑA, C. "Dinero y Política, sobre las formas de financiamiento electoral". En: *Estudios Públicos*, Nº 84, 2001.

Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. *Política, dinero y poder: un dilema para las democracias de las Américas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

VALDÉS, S. (ed.), *Reforma de Estado. Volumen I: Financiamiento Político*, disponible en línea: <[www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl)>, editado en 2000.



## Esfuerzos legislativos por regular el *lobby* en Chile: avanzando en la dirección correcta

Cristián Mönckeberg Bruner\*

### RESUMEN

Luego de casi diez años de fracasos por regular el fenómeno del *lobby*, esta aspiración hoy está próxima a la realidad. Ha sido una década donde los intentos fallidos dicen relación con el objeto mismo del proyecto: el *lobby*. Sin embargo, las fórmulas originales difieren sustancialmente a las de la iniciativa que -al momento de escribir este artículo- se encuentra en su tercer trámite constitucional. Ahora, la regulación se centra en la autoridad o “sujeto pasivo” de la acción de *lobby*, prescindiendo de registros o catastros de conformidad a los proyectos originales.

**Palabras clave:** *lobby*, transparencia

### LEGISLATIVE EFFORTS TO REGULATE *LOBBYING* IN CHILE: ADVANCING IN THE RIGHT DIRECTION

### ABSTRACT

*After almost ten years of failure to regulate the phenomenon of lobby, this aspiration is now nearing reality. It was a decade in which unsuccessful attempts have been related to the object of the project: the lobby. However, the original formulas differ substantially from those of the initiative, which is -as I write this article- in its third constitutional processed. Now, the regulation focuses on the authority or “passive subject” of the lobbying action, dispensing registry records in opposition with the original plans.*

**Key words:** *lobbying*, transparency

---

\* Abogado y diputado de la República de Chile. Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia durante la tramitación del proyecto de ley que establece Normas sobre la Actividad del *Lobby*.

Uno de los temas que más preocupación genera en la opinión pública, con ocasión de la discusión de temas de alcance nacional, es el interés que pueden tener distintos grupos de presión, organizaciones o gremios, por sacar adelante una determinada norma o política pública. Este interés, que por lo demás puede ser muy legítimo (cualquier grupo organizado tiene derecho a defender una postura, o explicar por qué es conveniente avanzar en una dirección en particular), se conoce como *lobby* cuando busca influir directamente en los legisladores, asesores, autoridades gubernamentales, o en general cualquier responsable de la toma de decisiones en el marco público. De hecho, suele decirse que este concepto fue inventado en el Hotel W (originalmente llamado Hotel Washington) que se encuentra al costado de la Casa Blanca, en Washington DC, pues por su ubicación estratégica, era usual que empresarios o dirigentes gremiales acudieran al *lobby* de dicho hotel para compartir -con hombres de gobierno o congresistas- sus impresiones sobre cierta política en discusión. En aquel entonces, como era previsible, el *lobby* no se encontraba regulado en la sociedad norteamericana; en la actualidad, por el contrario, es imperativo contar con un intermediario, que se relacione entre aquella organización, y quien tiene a su cargo la toma de decisiones en el plano público. Y en Chile caminamos, desde hace ya hace algunos años, en la misma dirección.

Con el despacho del proyecto de ley que establece Normas sobre la Actividad del Lobby (boletín 6.189) <sup>1</sup>, se pone fin a un proceso que se inició hace ya una década, y que tuvo como primer hito el mensaje presidencial del entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, ingresado el año 2003 (boletín 3.407) <sup>2</sup>. En dicha oportunidad, y a pesar de haber sido aprobado en todos sus trámites, el proyecto finalmente no fue promulgado, toda vez que la Administración siguiente, a cargo de doña Michelle Bachelet, hizo uso en 2008 de las facultades de veto contempladas en nuestra Carta Fundamental para frenar el proyecto. No obstante, a finales del mismo año, el mismo Ejecutivo presentó un nuevo mensaje presidencial, el que hoy se encuentra ya en su tercer trámite constitucional en el Senado, luego de la indicación sustitutiva presentada por el actual presidente Sebastián Piñera.

Sin embargo, y a pesar de lo buena de esta noticia, cabe preguntarse: ¿Por qué tuvieron que pasar 10 años para que una iniciativa de esta naturaleza se hiciera realidad?

Y la respuesta a ello podría estar en la verdad que encierra una frase que hemos escuchado frecuentemente durante la tramitación de esta iniciativa: *El lobby mató al lobby*.

Esto nos permitiría explicar por qué no tenemos ley. En efecto, hay muchos interesados en que este proyecto no vea la luz, dejando el tema en la más absoluta desregulación. Las dificultades para avanzar en esta materia pasan, precisamente, por el temor a lo desconocido; por el temor a abrir la ventana, al aire fresco, a que se sepa lo que está ocurriendo.

<sup>1</sup> CHILE. Mensaje 881-356, de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, con el que inicia un proyecto de ley sobre la actividad de *lobby*, ingresado el 5 de noviembre de 2008 en el Senado.

<sup>2</sup> CHILE. Mensaje 7-350, del Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, con el que inicia un proyecto de ley que regula el *lobby*, ingresado el 5 de noviembre de 2003 en la Cámara de Diputados.

Pero las reformas no pueden tardar, ni debemos paralizarnos ante la incertidumbre que generan los cambios. En una sociedad cada vez más informada, y donde las redes sociales e Internet han penetrado a un ritmo exponencial, los ciudadanos se tornan cada vez más cautelosos respecto a cómo sus intereses se ven representados en la arena de la política pública. Lo anterior se ve sensiblemente potenciado, a la luz de los recientes escándalos que dejan en evidencia una íntima relación entre los grupos de presión y la autoridad<sup>3</sup>. La percepción ciudadana de la influencia indebida a la que se exponen quienes tienen a su cargo la determinación de las políticas públicas ha dado origen a una crisis de confianza, que redundará en una creciente demanda de regulación de los grupos de presión y la transparencia del proceso de elaboración de políticas públicas<sup>4</sup>.

Sin ir muy lejos, recuerdo que a propósito de la discusión de la ley de Transparencia<sup>5</sup>, se radicó en la sede legislativa una incertidumbre similar. En ese entonces, el Gobierno de turno tomó la decisión de patrocinar la iniciativa, que profundizaba en el principio de transparencia que debe imperar en el ámbito público, profesionalizándolo y tornándolo más ejecutivo. Los resultados saltan, hoy, a la vista; en la actualidad, nadie duda que dicha reforma fuese positiva, sin perjuicio de su perfectibilidad.

Este recuerdo nos trae al presente, y al real impacto que puede llegar a tener el actual proyecto del *lobby*, una vez que se convierta en Ley de la República. En efecto, es cierto que el proyecto de ley cuyo despacho celebramos, contiene normas relacionadas con el fenómeno del *lobby*, pero no lo regula. Se trata de disposiciones que contribuyen a mejorar la transparencia en el sector público y, en este caso, también en el privado y la relación que se produce entre ambos.

Soy un convencido que el mejor remedio contra la corrupción y la oscuridad en la que operan quienes accionan al margen de la legalidad es precisamente la dictación de leyes que favorezcan la transparencia y permita a los ciudadanos un acceso expedito a la información pública. Ejemplos abundan, y además de la ya citada ley de Transparencia, podemos agregar también el proyecto de Fidecomiso Ciego, aun en el Senado.

Y es que la democracia no solo se perfecciona con la inscripción automática y el voto voluntario, con leyes que mejoren la participación ciudadana o con la modificación del sistema binominal. También es fundamental la implementación de normas sobre transparencia y la creación de parámetros de gestión que permitan a la ciudadanía conocer y evaluar el actuar de sus representantes. Esto -por cierto- no puede limitarse solo a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, sino que también debe considerar las decisiones técnicas y administrativas que trascienden a estos poderes del Estado. Lo anterior, en todo caso, se logra perfectamente con la indicación sustitutiva que introdujo este Gobierno, como se explicará a continuación.

A decir verdad, mucho ha cambiado la fórmula de solución, desde el primer

<sup>3</sup> Si bien el Gobierno del presidente Sebastián Piñera se comprometió desde un primer momento a impulsar la regulación de los grupos de presión, la iniciativa se instala fuertemente en la agenda pública con ocasión de la aprobación de la ley de Pesca y las denuncias de relaciones entre parlamentarios y la industria pesquera.

<sup>4</sup> OCDE, "Lobbyists, Government and Public Trust, Volume 1". 2009.

<sup>5</sup> CHILE. Ley 20.285, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto del año 2008.

proyecto ingresado en el año 2003, al actual, que ya se encuentra en su tercer trámite constitucional.

Pasamos de un proyecto que recogía en gran medida la fórmula norteamericana, plasmada en la *Lobbying Disclosure Act*<sup>6</sup>, a uno en el que, si bien se mantienen algunos enclaves de dicho procedimiento, se basa en el predominio del sistema utilizado en Gran Bretaña. En otros términos, dejamos atrás una propuesta de regulación que se centra en la conceptualización de qué se entiende por *lobby* o *lobbysta*, y que concentra sus esfuerzos en un registro acabado de quienes ejercen esta actividad, para centrar la atención en la autoridad o sujeto pasivo del *lobby*, transparentando el proceso a través del cual ésta toma sus decisiones.

Regular la actividad del *lobby* mediante registros, con el objeto de catastrar a quienes la llevan a cabo, parece a simple vista insuficiente; y ese era quizás uno de los defectos que tenía la iniciativa hasta hace algunos años atrás. Es insuficiente porque regularíamos en forma precisa y perfecta a quienes llevan adelante esta actividad, pero dejaríamos afuera un sinnúmero de personas que también realizan *lobby* ante las autoridades, de manera menos visible o inorgánica. Y esto lo menciono de forma positiva porque, de alguna manera, el *lobby* es constructivo en cuanto transmita ideas a las autoridades para que tomen mejores decisiones, siempre que se sepa quién es el que transmite esas ideas.

Lo verdaderamente importante, podría creerse con razón, es que estos actos de influencia -cuyo objeto es que las autoridades tomen una u otra decisión- dejen un margen de autonomía para deliberar, y no importe a estos o a sus cercanos un beneficio. Sin embargo, no es solo eso lo que debemos cautelar, pues tanto o más importante resulta que la opinión pública sepa que dichas reuniones tuvieron lugar.

Así se puede cumplir con el objetivo de satisfacer los intereses de los distintos actores involucrados. Por un lado, se tranquiliza a la autoridad, que recibe información legítimamente en ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución Política<sup>7</sup>, pero también a la ciudadanía, porque puede saber con exactitud quién se reunió con la autoridad y con qué objetivos.

Hacer hincapié en la publicidad de las agendas públicas, tal como lo hace el proyecto, es a mi entender una medida concreta para avanzar hacia una sociedad basada en principios de transparencia. Aquí radica una de las fortalezas de la iniciativa, y esperemos se mantenga hasta su futura publicación, al momento de escribir estas líneas.

Sin embargo hay más fortalezas a destacar, y quisiera profundizar en un par de ellas, antes de concluir este artículo.

En primer lugar, hay que considerar que la iniciativa establece dos conceptos: el de "*lobbysta*" y el de "gestor particular". La diferencia radica en que, si bien ambos buscan en la autoridad una decisión cercana a sus intereses, el primero lo hace mediante una remuneración. Y es a propósito de la gestión particular que se produjo un interesante debate en la Comisión de Hacienda. ¿Es necesario, o incluso sano para la simbiosis entre ciudadanos y autoridades, que estos últimos deban

<sup>6</sup> EEUU. U.S. Public Law 104-65, *Lobbying Disclosure Act*. 19 de diciembre de 1995.

<sup>7</sup> OCDE. "Lobbyists, Government and Public Trust, Volume 1". 2009.

incorporar en su agenda pública las reuniones que tienen con gestores particulares, en ejercicio de su deber de representación? En otros términos, ¿debe por ejemplo un parlamentario, publicar en su agenda la reunión que sostendrá con una junta de vecinos, a propósito de los problemas de seguridad ciudadana que se suscitan en un determinado cuadrante del distrito que este representa? A mí me parece que no, ya que eso no responde a *lobby*, sino al deber de representación que tiene toda autoridad electa con su comunidad.

En segundo término, cabe referirse al registro de *lobbysta*. Este fue uno de los temas que causó mayor debate durante el trámite legislativo. Y cómo no, si pasó de ser el corazón de los primeros ensayos legislativos, a ser desestimado en favor de fórmulas más cercanas al modelo europeo. Debo reconocer que mi modo de pensar fue mutando durante la discusión del proyecto, toda vez que las fórmulas planteadas inicialmente en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia -que me ha tocado presidir durante la discusión de este proyecto- adolecen de ciertas deficiencias. En efecto, en ellas solo se debían inscribir quienes reconocieran la acción de lobista, quedando excluidos todos los demás que, a pesar de realizar esta acción, no reconocen que son tales.

Esto no hace más que reafirmar mi convicción en un modelo centrado en las autoridades, esto es, en quienes somos el objetivo final de la acción de *lobby*. De esta forma iremos confeccionando un registro de *lobbysta* mucho más completo, puesto que la inscripción no dependerá del sujeto activo, sino de la propia autoridad.

Por lo anterior, y enfocando la problemática desde mi perspectiva como parlamentario, creo imprescindible tomar las medidas para hacer de la sede legislativa, un espacio político transparente y central del debate de las grandes reformas, aumentando la interrelación entre autoridades y ciudadanos, con el fin de evitar que el debate nacional se radique en foros irregulares y con asimetrías de información. Esto último solo se logrará aumentando la transparencia y probidad, y para tal efecto, las normas sobre *lobby* y otras que se han impulsado, parecen ir por la senda correcta.



# XI

## Regulación del *lobby* en Chile: historia de un proyecto

Sebastián Soto Velasco\*

María Jaraquemada Hederra\*\*

### SUMARIO

1 Objetivos de los proyectos – 2 Iniciativas en la materia – 2.1 Proyectos del 2003 – 2.2 Proyectos del 2008 – 2.3 Indicación del 2012 – 3 Sujetos pasivos – 4 Actividades reguladas – 5 Agendas públicas – 6 Portal único – 7 Registro público de *lobbyistas* y gestores de intereses – 8 Igualdad de trato – 9 Obligaciones sujetos activos – 10 Sanciones – 11 Cohecho – 12 Conclusiones - Bibliografía.

### RESUMEN

La regulación por medio de una ley de la actividad *lobby*, que pretende influir en las decisiones por parte de los funcionarios públicos ha presentado a lo largo de 10 años grandes dificultades y fuertes discusiones en el Congreso Nacional; por medio de tres proyectos de ley, dos centrados en el sujeto activo, es decir, aquel que realiza la actividad *lobbyista* y el tercero en el sujeto pasivo sobre el que se intenta obtener un tipo de decisión determinada y acorde a ciertos intereses.

En la actualidad el *lobby* está pronto a contar con una ley regulatoria que va a ayudar a transparentar la labor de los funcionarios y a permitir un acceso a la información de esta actividad por parte de la ciudadanía, contando con un registro central y estipulándose las sanciones y obligaciones de todos los implicados.

**Palabras clave:** *lobby*, sujeto activo, sujeto pasivo, cohecho, transparencia, conflicto interés.

\* Abogado. Jefe de la División Jurídico Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Máster en Derecho, Universidad de Columbia. Profesor de Derecho, Universidad Católica.

\*\* Abogada de la División Jurídica Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Máster en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III (España).

THE REGULATION OF *LOBBYING* IN CHILE: THE HISTORY OF A BILL OF LAW

## ABSTRACT

*A law to regulate lobbying that attempts to influence the decisions made by public officials has encountered great difficulties and resulted in heated discussions in the National Congress for 10 years. Three bills of law have been introduced, two of which are centered on the active subject, that is, the lobbyist who performs the lobbying, and a third which focuses on the passive subject with regard to the specific outcome that the lobbying is attempting to obtain in accordance with certain interests.*

*Lobbyists will soon have to comply with a regulatory law that will help make the work of public officials more transparent and will allow citizens to access information about lobbying, providing a central registry and stipulating the sanctions and obligations of everyone involved.*

**Key words:** *lobbying, active subject, passive subject, bribery, transparency, conflict of interest.*

El debate en torno al *lobby* lleva más de una década en Chile. El primer proyecto de ley fue ingresado en noviembre del 2003 y, desde entonces, diversas iniciativas no han podido ser aprobadas.

Esta dificultad para avanzar en diez años en la aprobación de una iniciativa legal en esta materia contrasta con el acuerdo que, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo, han concitado otros proyectos de ley vinculados con reglas de transparencia y probidad. Así, en esta década se han aprobado diversas leyes regulando la declaración de patrimonio e intereses de autoridades y funcionarios públicos<sup>1</sup>, el acceso a la información pública y la creación del Consejo para la Transparencia<sup>2</sup> e incluso reformas constitucionales que han consagrado la transparencia como un principio de nuestro ordenamiento constitucional exigiendo además la solución a los conflictos de interés<sup>3</sup>.

Una de las razones que permiten comprender el avance en estas materias es que las reglas de transparencia concitan un acuerdo transversal. En cambio cuando se trata de regular el *lobby* surgen diversas dificultades al momento de definir qué actividades son reguladas por una ley de *lobby* y cuáles no lo son y quiénes son los sujetos activos de esta actividad.

En este documento, analizaremos el contenido de los distintos proyectos que se han discutido en nuestro Congreso, las dificultades que estas iniciativas han enfrentado y el debate que se ha dado en torno a ellas. Posteriormente analizaremos en más detalle las nuevas reglas contenidas en el proyecto de ley que actualmente se discute en el Senado –en Tercer Trámite–, que exigen la publicidad de las agendas y reuniones de autoridades y funcionarios.

<sup>1</sup> Ley 20.088, que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública. El proyecto de ley ingresó a tramitación en el año 1999 y fue aprobado por el Congreso Nacional en el año 2005.

<sup>2</sup> Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Esta ley empezó su tramitación el año 2005 y fue aprobada por el Congreso Nacional el año 2008.

<sup>3</sup> Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. Su discusión comenzó el año 2000, siendo aprobada 5 años después.

## 1 OBJETIVOS DE LOS PROYECTOS

No deja de ser paradójico que uno de los elementos centrales para fortalecer la confianza de la ciudadanía en sus autoridades sea regular una actividad que, en todos los países y culturas, trae consigo una cuota de sospecha, de opacidad. Pero lo cierto es que el *lobby*, que no es otra cosa que la legítima participación de los interesados en los procesos regulatorios o, dicho de un modo más jurídico, el ejercicio de un derecho reconocido desde los inicios del constitucionalismo como es el derecho de petición a la autoridad, juega un papel fundamental en la elaboración de la política pública. Es un mecanismo de participación ciudadana y una necesaria fuente de información que permite contrastar opciones regulatorias. Por eso, sugiere la OCDE, legislar sobre *lobby*, más que extender una sábana blanca sobre algo que no queremos ver. Es requisito de un buen gobierno para así crear reglas que generen confianza, en que el contacto con las autoridades se realiza de un modo transparente, en igualdad de condiciones y conforme a normas preestablecidas.

Los objetivos sobre los cuales se han construido los diversos proyectos de ley debatidos en Chile pueden agruparse en los siguientes:

a) El primero mira a los ciudadanos y busca que éstos tengan a su disposición información sobre las gestiones que se realizan ante las autoridades públicas en representación de intereses particulares, cualquiera sea la persona o institución que la realiza. De este modo, se inhiben conductas reprochables y se fortalece el control social de los actos de todos los grupos de interés.

b) El segundo objetivo mira a los interesados y pretende que todos ellos cuenten con igual oportunidad y opciones de acceso para dar a conocer sus opiniones a la autoridad u órgano público llamado a regular una determinada materia.

c) Finalmente, un tercer objetivo se enfoca en la autoridad para que esta cuente con toda la información que considere disponible a fin de decidir con miras al bien común. En otras palabras, que la regulación no aleje a la autoridad del ciudadano.

En todo este análisis no debe perderse la perspectiva que nos entrega el derecho comparado donde, hasta hace una década, pocos habían regulado el *lobby* y solo recientemente diversos países que integran la OCDE han aprobado legislación sobre la materia. Las experiencias comparadas han ido desde registrar los intereses que se presentan ante comisiones legislativas hasta requerir una divulgación extensiva de la industria del *lobby*, por lo que la normativa varía de acuerdo al contexto cultural y constitucional respectivo. Los principales objetivos de dichas leyes son la transparencia e integridad de las autoridades y funcionarios.

No obstante, pocos países cuentan con legislaciones detalladas -como es el caso de Estados Unidos y Canadá-, ya que la mayoría de estos descansa en la autorregulación del *lobby* (por ejemplo, Reino Unido y la Unión Europea). Así, por ejemplo, la Comisión Europea no considera que un sistema de registro obligatorio resulte adecuado, inclinándose más bien por un sistema reforzado de transparencia y registro voluntario.

## 2 INICIATIVAS EN LA MATERIA

### 2.1 Proyecto del 2003

En noviembre de 2003, el Gobierno presentó al Congreso Nacional, por primera vez, un proyecto de ley destinado a regular el *lobby*<sup>4</sup>. Su texto tomaba como base algunas mociones presentadas por diputados, especialmente, los diputados Nicolás Mönckeberg y Jorge Burgos. El proyecto fue discutido por cerca de dos años en la Cámara de Diputados, luego el Senado lo analizó en un plazo similar y, tras los últimos trámites que incluyeron un informe de la Comisión Mixta y un veto presidencial, el proyecto detuvo su tramitación.

Desde el inicio un punto altamente debatido fue la definición del sujeto activo del *lobby*, esto es, a quien se aplicaría las obligaciones que establecía la ley. En sus diversas versiones, este primer proyecto de ley contenía una regulación destinada exclusivamente a los *lobbistas* profesionales. Y el argumento para ello lo entregó al inicio del trámite legislativo el ministro Eduardo Dockendorff en la Cámara de Diputados, quien señaló que: *“El espíritu del proyecto, es normar la actividad cuando se vincula al ámbito económico, dejándolo de lado cuando se relaciona con aspectos valóricos o de otra índole, pues la influencia o presión que se ejerce en estos últimos no es equivalente”*. Concluyendo que *“no se debe ampliar el concepto de lobby a ésas pues rigidiza las relaciones entre las autoridades y los grupos de interés que no son de carácter económico”*<sup>5</sup>. En igual sentido, en las últimas etapas de la tramitación del proyecto, el ministro José Antonio Viera Gallo argumentaba *“En el fondo, se pretende circunscribir con bastante precisión la actividad de lobby a aquella que se realiza cuando se contrata a una empresa de lobbistas y se paga por eso, y a aquella que una empresa efectúa por sí misma en defensa de sus propios intereses. Y la forma de determinar esto último es la habitualidad con que la practica”*<sup>6</sup>.

En sus últimos trámites el proyecto fue objeto de críticas que detuvieron su tramitación y llevaron al Gobierno a presentar un nuevo proyecto de ley. Alguno de los reparos decían relación con el tratamiento especial que se daba a *“directivas de organizaciones gremiales, sindicales, organizaciones no gubernamentales, fundaciones, centros de estudio y colegios profesionales”*<sup>7</sup>. Todos ellos no eran calificados como *lobbistas* y quedaban excluidos de la regulación que se le aplicaba. Lo mismo ocurría con los directores, gerentes y abogados de las personas jurídicas que persigan fines de lucro, a los que también se exigían menores obligaciones que a los *lobbistas* registrados. Por último, se cuestionó también que no estaban suficientemente reguladas las obligaciones que el proyecto imponía a las autoridades en sus relaciones con grupos de interés. Por esto el proyecto detuvo su tramitación a la espera del ingreso de una nueva iniciativa que corrigiera estos aspectos.

<sup>4</sup> Boletín 3407-07, proyecto de ley que regula el *lobby*, iniciado por iniciativa del Presidente de la República en noviembre del 2003. Disponible en línea: < <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>.

<sup>5</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que Regula el Lobby. 14-09-2004, p. 11.

<sup>6</sup> Sesión del Senado. Miércoles 10 de septiembre de 2008.

<sup>7</sup> Mensaje 183-356, de 30 de abril del 2008, del Presidente de la República. Disponible en línea: <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>, boletín 3407-07.

## 2.2 Proyecto del 2008

El segundo proyecto de ley que regulaba el *lobby* ingresó a tramitación en noviembre del 2008<sup>8</sup>. En él se incorporaron observaciones que parlamentarios y especialistas hicieron durante la tramitación del proyecto anterior.

En esta iniciativa el sujeto activo del *lobby* era aquella persona que, de manera remunerada y habitual, promoviera o representara intereses frente a la autoridad. Con todo, se excluían de la calificación de *lobbystas* las gestiones realizadas por diversas personas e instituciones tales como las juntas de vecinos, las ONG, sindicatos, iglesias y comunidades indígenas. Una vez más, esta fue una de las materias más debatidas. En este sentido, se expresó la directora ejecutiva de la Organización Independientes en Red, Cristina Bitar, ante la Comisión de Gobierno del Senado, señalando que a su juicio: “[...] *No hay razón para no considerar como lobby las actividades desarrolladas por las directivas de las asociaciones gremiales, especialmente considerando que la referencia a la **gestión de intereses individuales** no es, a su juicio, lo suficientemente clara. Igual advertencia hizo respecto de la exclusión de las ONG*”<sup>9</sup>.

En el mismo sentido se manifestó en dicha Comisión Max Cano, que asistió en representación de Burson Marsteller, ICC Crisis, Imaginación Consultores, y Hill & Knowlton Captiva, al señalar como un punto negativo de la iniciativa en discusión “*la exclusión de las gestiones de lobby de las desarrolladas por asociaciones gremiales, sindicatos, ONGs, corporaciones, fundaciones y colegios profesionales, entidades religiosas, juntas de vecinos y clubes deportivos que no sean sociedades anónimas*”<sup>10</sup>.

Por su parte, el vicepresidente de Chile Transparente, Edgardo Boeninger, criticó tanto el concepto de *lobby* como la exclusión de dichas organizaciones de esta regulación. En cuanto al primero, señaló que “*De acuerdo a esta definición, por ejemplo, no constituirían lobby las reuniones que sostenga una organización sin fines de lucro (ONG) con distintos senadores, a través de las cuales aboga por la promoción de la transparencia o la protección del medioambiente, expresándoles sus observaciones sobre un determinado proyecto de ley y recomendándoles realizar ciertas modificaciones. Estas acciones, que de acuerdo a los parámetros internacionalmente aceptados constituyen un legítimo lobby, no quedarían reguladas por esta ley, dado que la acción de la ONG no tiene como finalidad que esta organización reciba un **beneficio no económico individual**, sino que se fundarían en el bien común o el interés general de la Nación*”<sup>11</sup>.

Respecto a la exclusión de ciertas organizaciones, indicó que “*Al respecto, consideramos que la exclusión a priori de determinadas organizaciones carece de todo fundamento, ya que el objetivo de una ley de lobby es transparentar el ejercicio de una actividad que es legítima. Siendo la esencia de esta regulación la **acción de lobby** y no el sujeto que la realiza. Por lo tanto, si las acciones realizadas por una **persona o entidad**, no importando sus particulares características o finalidades,*

<sup>8</sup> CHILE. Boletín 6189-06, proyecto de ley que establece normas sobre la actividad de *lobby*. Ver en <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>>.

<sup>9</sup> Primer Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización, p. 18, disponible en: <<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>>.

<sup>10</sup> *Ídem*, p. 19.

<sup>11</sup> *Ídem*, p. 22.

*constituyen actividades de lobby entonces esas acciones deben estar reguladas bajo esta normativa. De hecho, esta exclusión sería contraria a la realidad política nacional, en la que el lobby es desarrollado principalmente por las organizaciones que precisamente son excluidas por el proyecto”<sup>12</sup>.*

Dicho proyecto de ley se aprobó en el Senado en el plazo de un año y luego detuvo su tramitación en la Cámara de Diputados.

### 2.3 Indicación del 2012

La tercera versión fue ingresada el año 2012, como indicación sustitutiva al proyecto del año 2008. En esta oportunidad el enfoque de la regulación cambió a fin de obtener finalmente la aprobación del proyecto. Así, mientras en las primeras versiones el foco estaba dirigido hacia el sujeto activo o lobbysta profesional, la nueva versión se concentra en el sujeto pasivo, es decir, en la autoridad o funcionario que es objeto de *lobby*. Y a este último le impone obligaciones vinculadas principalmente con la transparencia de su agenda de reuniones y contactos.

De esta forma, la iniciativa en actual discusión, como veremos, exige que diversos funcionarios y autoridades informen quiénes se han reunido con ellos a fin de hacer una gestión de *lobby* o cualquier otra gestión de interés particular que busque influir en una decisión administrativa o legislativa, sea que se reciba o no una remuneración por dicha gestión y se realice este tipo de gestiones de manera habitual o una sola vez. Así, con información disponible, la ciudadanía sabrá quién accede a sus autoridades y con qué objeto. Por otra parte, aquel que se reúna con la autoridad tendrá la obligación de entregar diversa información como por ejemplo, si actúa a nombre propio o en representación de un tercero, quién es ese tercero, si es remunerado o no, entre otras cosas.

De este modo, el proyecto en discusión, además de informar, cumple un segundo objetivo: no discriminar. Están obligados a informar tanto los *lobbystas* como aquellos que, diciéndose o no *lobbystas*, buscan influir en una decisión de autoridad en representación de un interés particular. Estos pueden ser profesionales del *lobby*, las ONG, iglesias, abogados, etc. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes y con las iniciativas anteriores, no hay exclusiones. Todos entran al mismo registro de audiencias.

En esta nueva versión del proyecto también se ha discutido la necesidad o no de regular un registro de *lobbystas*, es decir, la obligación de los *lobbystas* de inscribirse en un registro legal con ciertas obligaciones y prohibiciones asociadas. Si bien los proyectos anteriores contemplaban la existencia de un registro, todos ellos excluían de manera expresa de éste a los diversos grupos de interés que gestionan intereses particulares ante la autoridad y no son “*lobbystas* profesionales”. Por lo demás, al exigir la publicidad de las agendas de autoridades y funcionarios se alcanza un objetivo similar pues, como veremos, se elabora un registro tanto de *lobbystas* profesionales como de aquellos que no lo son, a través de la información que se obtiene de las reuniones realizadas por la autoridad. Si bien esta fórmula no es

<sup>12</sup> *Ídem*, p. 25.

propriadamente una ley que regula la industria del *lobby*, como ocurre en Estados Unidos o Canadá, sí logra transparentar esta actividad sin distinguir quién hace la gestión, cuestión que es un primer paso importante en la relación entre la autoridad y los ciudadanos.

Se ha señalado como una de las fortalezas de esta iniciativa la amplitud con que define tanto a los sujetos pasivos como a los activos de *lobby*, lo que redundará en una ley de amplia aplicación sobre la mayor parte del Estado y una definición inclusiva de lo que constituye la gestión de intereses particulares que evita discriminaciones arbitrarias entre sujetos activos<sup>13</sup>.

### 3 SUJETOS PASIVOS

El proyecto de ley que hoy se discute constituye un avance respecto de las iniciativas anteriores, ya que amplía de un modo notable los sujetos pasivos regulados, que son aquellos llamados a adoptar las decisiones públicas que nos afectan y objeto del control social.

De esta manera se incluye en la Administración Central a los ministros, subsecretarios, jefes de servicios, los directores regionales de los servicios públicos, los intendentes y gobernadores, los secretarios regionales ministeriales y los embajadores.

Por otra parte, también son sujetos pasivos los consejeros regionales, los alcaldes, los concejales, los secretarios ejecutivos de los consejos regionales, los directores de obras municipales, los secretarios municipales, autoridades de la Contraloría General de la República, del Banco Central, de las Fuerzas Armadas, del Congreso Nacional, de la Fiscalía y de otros órganos públicos –Consejo para la Transparencia, Instituto de Derechos Humanos, entre otros-. También se incorpora a las personas que participan de comisiones que evalúan licitaciones públicas mientras se lleva a cabo ese proceso.

En el Poder Judicial, es sujeto pasivo el director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial –ente encargado de la gestión administrativa-. No se incorporan los jueces ya que nuestra legislación establece que: *“Deben igualmente abstenerse de dar oído a toda alegación que las partes, o terceras personas a nombre o por influencia de ellas, intenten hacerles fuera del tribunal”*<sup>14</sup>. No obstante, se establece que tanto el Poder Judicial, como el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, puedan someterse voluntariamente a las disposiciones de esta ley.

Otra innovación de este proyecto es que incorpora una norma de autorregulación, es decir, anualmente se determinará a las personas que, en razón de su función o cargo, tengan atribuciones decisorias relevantes, por la cual reciban una remuneración regular, que estarán sujetos a esta ley. Ello, independiente de su forma de contratación. En relación con esto, se incorpora una reclamación

<sup>13</sup> Una ley de *lobby* para Chile, Horizontal-Escuela de Gobierno UAI, Agosto de 2013, p. 29. Disponible en línea: <<http://www.horizontalchile.cl/publicaciones/una-ley-de-lobby-para-chile/>>.

<sup>14</sup> CHILE. Código Orgánico de Tribunales. Artículo 320.

administrativa, ante la autoridad que adoptó dicha decisión, en única instancia, de rápido conocimiento, en caso que una persona considere que un determinado funcionario o servidor público cumple con dichos requisitos y no ha sido incorporado al listado que exige llevar agenda pública.

#### 4 ACTIVIDADES REGULADAS

Las actividades que se pretenden regular por esta ley son aquellas destinadas a obtener las siguientes decisiones por parte de los sujetos pasivos:

a) La elaboración, dictación, modificación, derogación o rechazo de actos administrativos, proyectos de ley y leyes, como también de las decisiones que adopten los sujetos pasivos.

b) La celebración, modificación o terminación a cualquier título, de contratos que realicen los sujetos pasivos y que sean necesarios para su funcionamiento.

c) El diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas efectuados por los sujetos pasivos.

d) Las actividades destinadas a que no se adopten las decisiones y actos señalados precedentemente.

#### 5 AGENDAS PÚBLICAS

La esencia del proyecto es la regla que obliga a los sujetos pasivos a publicar de manera mensual lo que se ha denominado su “agenda”. En ella debe incluirse la siguiente información:

a) Las audiencias y reuniones sostenidas y que tengan por objeto el lobby o la gestión de intereses particulares respecto de las decisiones reguladas por esta ley.

En dichos registros debe consignarse la persona, organización o entidad con quien se sostuvo la audiencia o reunión; a nombre de quien se gestionan dichos intereses particulares; la individualización de los asistentes o personas presentes en la respectiva audiencia o reunión; si se percibe una remuneración por dichas gestiones; el lugar y fecha de su realización, y la materia específica tratada.

b) Los viajes realizados por alguno de los sujetos pasivos, en el ejercicio de sus funciones. Deberá publicarse el destino del viaje, su objeto, el costo total y la persona jurídica o natural que lo financió.

c) Los donativos, que reciban los sujetos pasivos, con ocasión del ejercicio de sus funciones, señalando el regalo o donativo recibido, la fecha y ocasión de su recepción y la individualización de la persona natural o jurídica de la cual procede. A este respecto, cabe aclarar que los funcionarios de órganos de la Administración del Estado solo están autorizados a recibir donativos oficiales y protocolares, así como aquéllos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación<sup>15</sup>. La infracción a lo anterior implica una contravención al principio de probidad administrativa lo que puede derivar en su destitución.

<sup>15</sup> CHILE. Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Artículo 62.

Se exceptúan de la obligación de publicación aquellas reuniones, audiencias y viajes cuando su publicidad comprometa el interés general de la Nación o la seguridad nacional, sin embargo, se deberá rendir cuenta anual, en forma reservada, a la Contraloría General de la República.

De esta manera, se podrá conocer quiénes se reúnen con las autoridades, porque **todas las personas** que soliciten una audiencia o reunión –en el lugar que sea, no sólo en los despachos públicos-, con el objeto de influir en la toma de decisiones públicas, deberán indicar previamente a quién representan y si perciben o no una remuneración por estas gestiones, entre otra información, lo que deberá publicarse mensualmente en los sitios electrónicos.

## 6 PORTAL ÚNICO

Toda la información que debe publicarse de acuerdo al numeral precedente, es sistematizada por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en un portal único, con el objeto de facilitar su acceso a la ciudadanía y así fomentar el control social de la función pública. Asimismo, se crea un registro a cargo del mismo Ministerio, en el cual se deberá publicar de manera semestral una **nómina de las personas** que han sostenido audiencias o reuniones con las autoridades y funcionarios.

## 7 REGISTRO PÚBLICO DE LOBBYISTAS Y GESTORES DE INTERESES

Se crea un registro de *lobbyistas* y de gestores de intereses particulares al que se incorporarán las personas que desempeñen estas actividades ante los sujetos pasivos en los últimos seis meses.

El registro será administrado por cada uno de los sujetos pasivos.

Las personas inscritas en el registro a que hace referencia este artículo deberán cumplir las obligaciones establecidas en la ley.

El reglamento y demás normativas establecerán los requisitos, exigencias, procedimientos, plazos, antecedentes e informaciones requeridas para poder inscribirse en el registro público, así como la forma, periodicidad de actualización y los demás aspectos que sean necesarios para su funcionamiento.

## 8 IGUALDAD DE TRATO

Si bien el proyecto actual mantiene la definición de *lobby* centrada en la remuneración –eliminando la referencia a la habitualidad que incorpora el proyecto del año 2008-, agrega un nuevo concepto: la gestión de intereses particulares, que realizada por personas sin que medie una remuneración por dicha actividad. **Ambas se rigen por las mismas normas**, a diferencia de los proyectos anteriores.

Así, la regulación que hoy se discute en el Congreso, elimina la diferencia de trato y de requisitos respecto de personas que gestionan intereses particulares de manera profesional que de las que no –tales como asociaciones gremiales, juntas de vecinos, iglesias, organizaciones no gubernamentales, etc.–, poniendo el **acento en la publicidad y transparencia de esta actividad**, de modo de “nivelar la cancha” entre las personas que quieren acceder a la autoridad para influir en la toma de decisiones, sea que reciban o no una remuneración por estas actuaciones.

## 9 OBLIGACIONES SUJETOS ACTIVOS

Por otra parte, se establecen ciertas **obligaciones** para las personas que realicen *lobby* o gestiones de intereses particulares, tales como entregar de manera oportuna y veraz a las autoridades y funcionarios respectivos cierta información; informar el nombre de las personas a quienes representan y si reciben una remuneración por parte de ellas; entregar, en el caso de las personas jurídicas, la información que se le solicite respecto a su estructura y conformación.

## 10 SANCIONES

Se establece un sistema sancionatorio para las autoridades que no registren la información a que están obligados o que lo hagan de manera inexacta o falsa, a cargo de la Contraloría General de la República en el caso de la Administración Central y descentralizada y los órganos bajo su competencia. La sanción prevista es una multa de entre 10 a 50 UTM.

Respecto de los otros sujetos pasivos, se establece un sistema de fiscalización acorde con su autonomía constitucional. En el Congreso Nacional, por ejemplo, son las respectivas Comisiones de Ética y Transparencia Parlamentaria las competentes para conocer y resolver acerca de la aplicación de las sanciones precedentes.

En el caso de los sujetos activos –*lobbyistas* y gestores de intereses particulares– hay una sanción penal de multa –del mismo rango anterior– en caso de omitir inexcusablemente cierta información o entregar a sabiendas información falsa o inexacta, cuando le sea requerida en virtud de esta ley, tal como el nombre de las personas a quienes representan, si reciben una remuneración por las gestiones, información respecto de su estructura y conformación en el caso de las personas jurídicas, entre otras.

## 11 COHECHO

Por su íntima relación con esta materia, las normas que sancionan el cohecho contenidas en el Código Penal fueron revisadas. Manteniendo la proporcionalidad de las penas, en el caso de soborno del particular, si es que es a propuesta del funcionario,

se aumentó la extensión de la pena a determinar por el tribunal (de reclusión menor en su grado mínimo a reclusión menor en su grado mínimo a medio). Por otra parte, se eliminaron las inhabilidades especiales en todas las normas de cohecho (tanto para los funcionarios como para los particulares) dejando sólo la inhabilitación absoluta.

## 12 CONCLUSIONES

Tal como se puede apreciar, el proyecto de Lobby que está pronto a aprobarse, sin duda constituye un avance en el propósito de darle mayor transparencia a la actividad pública y al control social de los contactos con las autoridades.

Asimismo, facilita que todas las personas puedan eventualmente acceder a la autoridad en el marco de una toma de decisión pública pues exige una igualdad de trato tanto a los *lobbyistas* profesionales como a las personas que gestionan un interés particular ante la autoridad.

Por otra parte, contiene una serie de registros que le dan publicidad a esta actividad y ponen los acentos en el lugar adecuado, es decir, la agenda de la autoridad o funcionario público.

## BIBLIOGRAFÍA

- CHILE. Código Orgánico de Tribunales.  
\_\_\_ ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.  
\_\_\_ ley 20.050. Reformas a la Constitución Política.  
\_\_\_ ley 20.088, Declaración Jurada Patrimonial.  
\_\_\_ ley 20.285 Acceso a la Información Pública.  
\_\_\_ Boletín 3407-07, proyecto de ley que regula el *lobby*.  
\_\_\_ Boletín 6189-06, normas sobre la actividad del *lobby*.  
\_\_\_ Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización.

# XII

## Comisiones Especiales Investigadoras en el Derecho

Hernán Almendras\*

*“Las Comisiones de investigación son un tema muy resistente al estudio. Porque les falta algo que suele buscar el analista del derecho: la previsibilidad. No es suficiente para el investigador con referirse a la escasa normativa que regula tales comisiones parlamentarias. Hay que ir más allá –o más acá- hacia la realidad política práctica que nos ayuda a entender el porqué de tal regulación.*”

*Como todo lo que ocurre en el Parlamento, las comisiones de investigación están orientadas y contaminadas por completo de la batalla entre gobierno y oposición. La decisión de creación de una comisión parlamentaria de investigación es siempre dramática, patológica, extraordinaria. Es difícil que una mayoría acepte un instrumento de control tan poco regularizado o normalizado como es una comisión de investigación, cuya sola constitución es ya una implícita crítica al funcionamiento del propio Gobierno, la Administración o las instituciones públicas”.*

Prólogo del profesor Diego López Garrido, en la obra de Marcos Francisco Massó Garrote *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional Español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2001.

---

\*Abogado. Magíster en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Secretario de Comisiones de la Cámara de Diputados.

### SUMARIO

1 Preámbulo - 2 La crisis del Parlamento – 3 El control del Gobierno - 4 Transformación de la función de control - 5 Objetivo de la tesis - 6 Comisiones Especiales Investigadoras desarrolladas entre 1990 y 2012 - 7 Análisis Comisiones Investigadoras 1990-2012 - 8 Conclusiones - Bibliografía.

### RESUMEN

A lo largo de la historia parlamentaria chilena, las Comisiones de Investigación creadas en el Congreso han jugado un papel importante de control y fiscalización del Poder Ejecutivo y de las diferentes instituciones públicas. Desde la vuelta a la democracia en 1990, junto a las Comisiones Permanentes, se han conformado comisiones especiales de investigación. Solo a partir de 1994 comenzó a regularse legalmente estas comisiones para que a partir de 2005 ya estuvieran incorporadas, por medio de una reforma constitucional, en la Carta Magna. No son pocas las dificultades que surgen en torno a estas Comisiones, debido a una falta de regulación jurídica clara y profunda de su constitución, funcionamiento, competencias y aplicación de resultados, sino porque atraen desconfianzas, intereses particulares de manejo de poder que llevan a la conclusión de que son ineficaces, poco transparentes o innecesarias por contar con otros mecanismos de fiscalización.

**Palabras clave:** comisiones especiales investigadoras, transparencia, fiscalización

### SPECIAL INVESTIGATIVE COMMITTEES IN CHILEAN PARLIAMENTARY LAW

### ABSTRACT

*Throughout the history of the Chile, congressional investigating committees have played an important role in overseeing the Executive branch and other public institutions. Since the return to democracy in 1990 and in conjunction with the permanent committees several special investigating committees have been created. Beginning in 1994, these committees began to regulate legally and in 2005 they were, by means of a constitutional amendment, incorporated into the Constitution. However, many issues have arisen with regard to these committees due to the lack of clear legal regulations as to how they are formed, the way they operate, their sphere of competences, and the application of their results. Moreover, they have generated distrust and been viewed as serving special interests in manipulating power, which has led to the conclusion that they are ineffective, lack transparency, and/or are unnecessary since there are other oversight mechanisms that can deal with problematic situations.*

**Key words:** special investigative committees, transparency, inquiry

## 1 PREÁMBULO

En los últimos años la Cámara de Diputados se ha abierto a entender la necesidad de apoyar fuertemente la profesionalización del personal y en el caso de la Secretaría de la Corporación, a incentivar la participación en cursos de postgrado dentro y fuera del país. En este nuevo contexto tuve la oportunidad de obtener el grado de Magíster en Ciencia Jurídica y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, sede Santiago, con mi tesis denominada “Las Comisiones Especiales Investigadoras en el Derecho Parlamentario Chileno”, bajo la dirección del profesor Doctor José Luis Cea Egaña.

Debo confesar, con cierto pudor, que la primera inquietud que me motivó a realizar la investigación fue el amor propio. No, ciertamente, consecuencia de una crisis personal, sino de un hecho mucho más fundamental: creo profundamente en la democracia como régimen de gobierno, valoro el Parlamento como Poder representativo del Pueblo y entiendo la Política como instrumento insustituible en la búsqueda del bien común.

Sin embargo, durante 20 de los últimos 40 años, asistimos como mudos espectadores al derribamiento constitucional de nuestro país, al cierre del Congreso Nacional y a atropellos contra los Derechos Humanos, que como país nos avergüenzan. Recuperada la democracia, el Parlamento tardó muy poco en recibir una crítica descarnada sobre su actuación y en forma especial recayó sobre las Comisiones Investigadoras, centrada en su presunta ilegalidad e inconstitucionalidad y en la ineficacia de sus resultados <sup>1</sup>.

Desde 1990, año en que nuestro país puso término a un prolongado interregno democrático y vuelve a transitar en un Estado de Derecho, el Congreso Nacional y, en forma particular, la Cámara de Diputados, readquiere un lugar importante en el desenvolvimiento del quehacer político. El paso de un Régimen de gobierno militar a un gobierno civil está marcado, sin embargo, por los rasgos de una Constitución pensada para un fuerte presidencialismo <sup>2</sup>, en el cual el Parlamento, ve profundamente disminuida su participación en las decisiones más importantes, que, a poco andar y como un reflejo de lo que sucede en otros países, comienza a

---

<sup>1</sup> La mayor parte de los iusconstitucionalistas chilenos cuestionaron reiteradamente, al menos hasta el año 2005, fecha en que se aprobó la ley 20.050, de reforma constitucional, la legalidad y constitucionalidad de las Comisiones Especiales Investigadoras.

<sup>2</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, H: Introducción en la obra de GUTENBERG MARTÍNEZ, *Fiscalización parlamentaria y comisiones de investigación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 11-27.

“Es un régimen democrático con un Ejecutivo monista, donde un Presidente de la República elegido por sufragio universal directo es a la vez Jefe de Estado y de Gobierno, desempeña importantes competencias colegisladoras y se constituye en el órgano hegemónico del sistema político, estando limitado por un período fijo de gobierno, generalmente susceptible de reelección inmediata, y donde el Parlamento desempeña funciones colegisladoras, de control del Gobierno y tiene la atribución de hacer efectiva la acusación constitucional del Presidente y de otros órganos relevantes del Gobierno y la Administración del Estado”.

A nuestro juicio, uno de los fenómenos que atraviesa tanto al régimen parlamentario como al presidencial es el denominado Estado de partidos, que implica el traslado del centro de toma de decisiones políticas fuera del Parlamento y su adopción de acuerdo con las directrices impuestas desde el interior de los propios partidos, lo que, a su vez, provoca un cambio en las relaciones Gobierno-Parlamento. Este concepto ha sido llevado al extremo de plantear lo que se ha denominado “Democracia de Partidos”.

experimentar lo que se ha llamado “la crisis del Parlamento”<sup>3</sup>, que se hace patente en un profundo desdibujamiento en la percepción que sobre su actuación tiene la opinión pública.

Nos preguntábamos: ¿A qué viene esta incordia? Tratamos de encontrar la respuesta en el temor de los intereses económicos siempre renuentes al control o a la fiscalización o a siembra incesante de desprestigio y crítica a que ha sido sometido el Congreso Nacional y, en forma especial, la Cámara de Diputados, primero por el Gobierno Militar y en forma reiterada por los medios de comunicación social.

Sin embargo, la pregunta es: ¿Cómo se construyó este país? ¿Solo con un Ejecutivo, muchas veces desbordado en su hiperpresidencialismo? ¿Quién, sino el Parlamento, con sus escasos instrumentos pudo controlar o fiscalizar al Gobierno? Las preguntas, las interpelaciones, el juicio político, las Comisiones Investigadoras no son una creación constitucional de estos últimos años, sino que se funden en la historia misma del país y del Congreso Nacional.

Es verdad que el Derecho Parlamentario ha sido casi enmudecido por el desarrollo brillante del Derecho Constitucional: podemos nombrar grandes constitucionalistas, pero ¿cuántos de ellos han dirigido su inteligencia y trabajo preferente hacia el Derecho Parlamentario? Muy pocos; lo nuestro será entonces una pequeña contribución en ese camino.

He ahí la respuesta del amor propio más allá de la obligación académica. Como partícipe del equipo profesional de Comisiones de la Cámara de Diputados, hemos buscado la posibilidad de comprobar una hipótesis inicial: las Comisiones Especiales Investigadoras, no obstante su orfandad normativa de prácticamente 200 años, han estado siempre presentes como instrumentos de fiscalización y han sabido sobreponerse a la adversidad constitucional y legislativa, porque encuentran su origen y fundamento en las facultades implícitas<sup>4</sup> que tienen las asambleas legislativas, cuestión que -reconozco- está lejos de ser compartida por nuestra doctrina.

<sup>3</sup> Solé Tura ha señalado que a menudo se habla de crisis de un Parlamento que nunca ha existido, de un modelo desarrollado por la teoría, pero inexistente o caso inexistente en la práctica. SOLE TURA, J. “El futuro de la institución parlamentaria” (Mesa Redonda). En: *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia, Madrid, 1990, p. 379. Sobre lo mismo, Ana Gude Fernández sostiene que la supuesta crisis del parlamentarismo descansa sobre un mito sin consistencia, incapaz de encontrar la más mínima evidencia en que apoyarse. “No ha existido nunca en parte alguna Parlamento que sirva de canon con el que juzgar a “los” Parlamentos realmente existentes, como tampoco ha habido una “edad de oro parlamentaria respecto de la cual se haya ido produciendo un deterioro paulatino y progresivo”. Asimismo, véase: LÓPEZ GUERRA, L. “El control parlamentario como instrumento de las minorías”. En: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional Murcia, núm. 8, 1996, pp. 81-104, 1996 y del mismo autor “El titular del control parlamentario”. En: *Problemas actuales del control parlamentario, VI Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados*, Madrid, 1995, pp. 155-178.

<sup>4</sup> El poder de encuesta por los Parlamentos, en sus orígenes, según Martínez Elipe, no tiene su habilitación en una norma constitucional sino que se deriva de la propia soberanía que corresponde a las Cámaras, que gozan de un “*implied power*”, como una “*facultad inmanente*” en las atribuciones de las Asambleas parlamentarias, para el adecuado ejercicio de sus funciones. Reconoce el autor que, -al igual que lo acontecido en Chile-, su constitucionalización es posterior a su práctica. Véase MARTÍNEZ ELIPE, L. *Tratado de Derecho Parlamentario: Fiscalización política del Gobierno, Fiscalización parlamentaria y extraparlamentaria. Inspección parlamentaria, vol. I*. Ed. Aranzadi, España, 2000, p. 353 y ss.; KORZENIAK, J. *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación y sus Facultades*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1998, pp. 84-87; ANDREOZZI, M. *Facultades implícitas de investigación legislativa y privilegios parlamentarios*. Buenos Aires: Editorial Ideas, 1943. Sostenemos en nuestra tesis que hasta el año 2005, fecha en la cual las Comisiones Especiales Investigadoras fueron reconocidas constitucionalmente, la Cámara de Diputados obró respecto de su creación y funcionamiento, en el pleno ejercicio de sus facultades implícitas. Lo contrario, pensar que durante dos siglos se debatieron en el llano de la ilegalidad e inconstitucionalidad es un agravio inmerecido e injusto para la clase política chilena y para nuestra propia historia.

## 2 LA CRISIS DEL PARLAMENTO

Resulta un lugar común y hasta repetido hablar de la crisis del Parlamento, no así de la crisis de los sistemas de gobierno. Artificialmente separamos la *tríada* constitucional para presentar a las Cámaras como el paradigma de la ineficiencia y del fracaso de la democracia. La historia de Chile, desde la constitución de la Primera Junta de Gobierno y de su Primer Congreso, a través de dos siglos, muestra el tránsito desde una representación limitada y censitaria a un sistema actual de amplia cobertura electoral. El Congreso chileno, uno de los más antiguos del mundo, exhibe solo dos quiebres en su vigencia democrática, y ambos emanados de golpes militares. Si se revisa el desenvolvimiento constitucional estaremos contestes en que la presencia del Parlamento fue siempre una constante en el aseguramiento de un proceso democrático. No se puede desmentir las demasías en que incurrieron los parlamentarios en algunos períodos, especialmente en el seudoparlamentarismo que transcurre entre 1891 y 1924, pero de ahí a suponer una permanente crisis, significaría que el país, como un todo, viviría igual crisis, y que el Gobierno y los electores-mandantes han pecado de absoluta ceguera política.

Pérez Royo sostiene que la “supuesta crisis del parlamentarismo, descansa sobre un mito sin consistencia, puesto que no ha existido nunca en parte alguna un Parlamento que sirva de canon con el que juzgar a los Parlamentos realmente existentes, como tampoco ha habido una edad de oro parlamentaria respecto de la cual se haya ido produciendo un deterioro paulatino y progresivo”<sup>5</sup>. Santamaría Ossorio hace notar su escepticismo cuando se habla de crisis del Parlamento y afirma que, se trata de “un tema escurridizo y delicado, ya que por más que se habla de ella no siempre está claro de qué crisis se trata, ni cuáles son sus manifestaciones ni mucho menos se concretan y especifican siempre de manera suficiente y diferenciada sus causas y consecuencias”<sup>6</sup>.

En términos similares López Guerra<sup>7</sup> advierte que: “La proclamación de que la situación moderna de los Parlamentos supone una desviación –podría decirse incluso, una degradación- respecto de una situación ideal y original, un pasado mítico que caracterizó a los Parlamentos y al que, si se quisiera recuperar la esencia de la institución, habría que volver a un pasado caracterizado por la autonomía del parlamentario individual, no mediatizado por la presencia de los todopoderosos partidos políticos; en suma lo que se ha designado como la centralidad política del Parlamento. Se trataría de establecer la existencia de un pasado parlamentario que se configuraría como un pasado perdido, y que aparecería como un paradigma o punto de referencia a la hora de pretender recuperar la esencia y la naturaleza de la institución, frente a pretendidas desvirtuaciones producidas a lo largo del siglo”.

Sin embargo, la historia nos muestra que esa época dorada del Parlamentarismo probablemente nunca ha existido, no solo en Chile, sino que en ninguna parte del

<sup>5</sup> Citado por GUDE FERNÁNDEZ en *Las comisiones Parlamentarias de Investigación*, Ed. Universidad Santiago de Compostela, España, 2000, pp. 11-14.

<sup>6</sup> SANTAMARÍA-OSSORIO, J. “El papel del parlamento durante la consolidación de la democracia y después”. En: *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 84, 1995, págs. 9-25.

<sup>7</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “Organización y funcionamiento del Parlamento del Futuro”. En: *El Parlamento del siglo XXI, VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Frances Pau i Vall (Coordinador), Madrid: Ed. Tecnos, 2002, pp. 29-33.

mundo, salvo en los primeros meses posteriores al término de una dictadura en que las esperanzas de la población siempre se cifran en la recuperación de la democracia y el Parlamento. No queremos ser pesimistas, pero creemos que el Parlamento está condenado indefinidamente, sin posibilidad de recurso alguno, a sobrellevar sobre sí el estigma de considerársele un órgano privilegiado, con derechos más que obligaciones, con privilegios irritantes a la luz de la situación general del país, sin que se le conceda por la población, más concretamente por quienes generan la opinión pública, un análisis ponderado e inteligente del trabajo que desarrollan. Es el blanco perfecto en cualquier situación en que se enfrenten los intereses divididos del país: para el empresario, sus acciones pondrán en tela de juicio el Estado de Derecho y el orden constitucional económico; los trabajadores, desde la otra ribera, resentirán que los parlamentarios no han sabido defender con entereza sus pretensiones, ignorando que en un régimen presidencialista, como el chileno, sus mandatarios son los hermanos pobres en el trabajo legislativo.

Hace varios decenios Karl Schmitt aseguraba que estamos en presencia de una crisis global del Parlamento, que equivaldría a una crisis más amplia, la de la democracia parlamentaria, que, a nuestro entender, no sería tan diferente a la crisis del Parlamento en el sistema presidencial. Es un hecho indesmentible de la causa que el Parlamento ha perdido su protagonismo político que hoy detenta el Poder Ejecutivo, los partidos políticos y los medios de comunicación. Ello se debería no solamente a una pérdida de la legitimidad, sino también a las deficiencias de funcionamiento inherentes a un órgano complejo y numeroso, incapaz de responder a las necesidades de una sociedad en perpetuo movimiento y desarrollo. Incluso, el producto por excelencia del Parlamento, la ley, habría perdido su posición central en el ordenamiento y sus mismas características de norma general situada en la cúspide del ordenamiento.

Si analizamos el dogma indiscutido de la separación de poderes, veremos que ha perdido toda legitimidad y vigencia por el desmesurado crecimiento del Ejecutivo, y el consiguiente decaimiento del Legislativo. Para Pereira Menaut este “gigantismo del ejecutivo significó gigantismo de la Administración, que lo invade todo y que lleva a cabo funciones no solo ejecutivo-administrativas, sino también funciones materialmente legislativas y judiciales”<sup>8</sup>. Como lógica consecuencia, ello ha producido un general decaimiento del Legislativo. Las asambleas han quedado muy sometidas a los gobiernos, particularmente en los sistemas parlamentarios, pero nada distinto a lo que acontece en los poderosos Regímenes Presidenciales.

Distinto es reconocer que los Parlamentos, al igual que todas las instituciones del Gobierno, requieren de una continua redefinición y adaptación, en su estructura y funciones, para enfrentarse a las exigencias y desafíos del cambio social y político. Pocos pueblos en el mundo –si se llegara a encontrar alguno- no se mostrarían ávidos de cambios, porque el hombre y su organización política, social o económica, vive una continua necesidad de renovación. Ahora bien, en ese sentido, todas las instituciones del Estado estarían en permanente crisis. Bastaría hablar hoy de la discusión que se ha instalado en el país respecto del sistema electoral, de la calidad de la educación, de la seguridad pública, de la puerta giratoria de la justicia, y de otros tantos temas.

<sup>8</sup> PEREIRA MENAUT, A. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Madrid: Colex, 1997, pp. 144 y ss.

Como nos señala Cea Egaña “el discurso crítico del Parlamento sostenía que este no era –como se pretendía– el foco de discusión transparente y argumentada ni de libre elaboración de decisiones racionales, pues sus miembros carecían de la preparación indispensable; eran meros delegados obedientes a las órdenes de partidos o se mezclaban en conflictos de intereses con secuela de corrupción”<sup>9</sup>.

No podría entenderse la negativa a aceptar o poner en duda siquiera que el Parlamento, entendido como una institución y no separada en sus distintos componentes, sobrevive a pesar de su crisis. Significaría que como toda institución, llámese iglesia, club deportivo, partido político u otra organización integrada por seres humanos, esté libre de imperfecciones o limitaciones que requieran la adopción de nuevas perspectivas sobre el papel que desarrollan.

Pero tampoco es aceptable sostener que las falencias que muestra el Parlamento son la consecuencia exclusiva de un mal diseño y funcionamiento de su estructura jurídica, de la mediocridad de sus parlamentarios o de la ineficiencia de sus funcionarios, como si fuera una isla dentro del país, a la cual no la alcanzan el sistema político que lo rige, la cultura de su pueblo o la inoperancia de sus órganos y gobernantes. Empero, hay que reconocer que hoy, más que nunca, en una sociedad absolutamente tecnificada, en que el conocimiento se difunde con extraordinaria rapidez por una multiplicidad de medios, parece ser que las fórmulas legislativas ya no responden a los tiempos y exigencias de la ciudadanía, que no están dispuestas a esperar el mañana que a veces nunca llega, enmarañada en discusiones interminables, empates políticos o en decisiones unilaterales de la autoridad ejecutiva. La crítica, entonces, de tanto repetirse, por injusta que sea, termina por traspasarse al subconsciente colectivo<sup>10</sup>. La desaprobación también la practican, a veces en forma más violenta e injusta, los movimientos sociales y quienes aspiran a representarlos sin conocer el verdadero papel que cumple el Parlamento en un sistema presidencial que lo asfixia en sus residuales atribuciones.

<sup>9</sup> CEA EGAÑA, José Luis: ““El Congreso en la historia y futuro de Chile”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. I, N° 1, diciembre de 1990, p.14.

<sup>10</sup> En un trabajo elaborado por el investigador DAVID VÁSQUEZ, de la Biblioteca del Congreso Nacional, sobre la base de una serie de sondeos realizados por diversas instituciones y empresas, tales como Centro de Estudios Públicos, la empresa Adimark, la consultora Geminis, Sociología de la Universidad Católica y los del Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea (CERC), se muestra el rápido cambio que experimenta la población en su visión del Congreso Nacional. En junio de 1990, en una calificación de instituciones, el Parlamento es calificado con 5.0, y la mayor calificación la obtiene la Iglesia Católica con 5.45. En 1991, cuando se pregunta a la gente por aquellos sectores que concitan mayor confianza ciudadana los senadores y diputados presentan el 19% frente al 43% de la Iglesia. En 1994 en una encuesta del Instituto Nacional de la Juventud, consultados los jóvenes sobre el grado de confianza en las instituciones, los senadores y diputados alcanzan las siguientes cifras: mucha (2,8), algo (38,7), nada (58,2). En 1995, recién pasados cinco años de la vuelta a la democracia, según una encuesta de BBDO Chile S.A., sobre la evaluación de la labor de los parlamentarios, de 631 entrevistados, un 79% la califica como regular o mala. Adimark, en una encuesta de 1996, para determinar el papel que están jugando diversas instituciones en la marcha económica del país, los empresarios asignan un 92,7 % al Banco Central y al Congreso un 6,2 %. En cuanto a la confianza en las instituciones políticas y sociales, una encuesta de Barómetro CERC, en julio de 2002, da un 57 % a las radios y el 12 % al Senado y el 11 % a la Cámara de Diputados, que sólo logran aventajar a los partidos políticos que presentan el 4 %. Respecto a los parlamentarios y los partidos políticos, la relación directa entre ambos actores es de una evidente interacción y dependencia, explica que ambas instituciones compartan tan baja evaluación, que al 2012 se han hecho aún más críticas. Ver Biblioteca del Congreso Nacional, departamento de Estudios, extensión y publicaciones: “El Congreso Nacional en las encuestas de opinión pública 1990-2002”. Depesex/BCN/ serie estudios, año XII, N° 271, Santiago, noviembre de 2002.

### 3 EL CONTROL DEL GOBIERNO

Siguiendo a Aragón Reyes <sup>11</sup>, pensamos que “hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder” y que “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo”, todo lo cual lo lleva a afirmar que ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados. La existencia de un control es indispensable para la existencia de un auténtico sistema constitucional. Así, el autor entiende el control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder y tiene un sentido unívoco “capaz de englobar coherentemente las varias formas que el control adopta en el Estado constitucional” <sup>12</sup>.

Sin embargo, para otros autores el concepto de control es multívoco, de naturaleza imprecisa y ambigua, y, por lo tanto, de difícil delimitación formal y material. De la multitud de acepciones que tiene el término control, hay que destacar las dos primeras que entrega el diccionario de la Real Academia Española: en primer término, significa “comprobación, inspección, fiscalización e intervención” (el vocablo proviene del francés *contrôle*), y, en segundo lugar se puede entender como “dominio, mando y preponderancia” <sup>13</sup>. En su primera acepción se considera equivalente a fiscalización, palabra que el diccionario entiende como sinónimo de criticar, hacer el oficio de fiscal y criticar y traer a juicio las acciones u obras de otro; mientras que en la segunda la considera un anglicismo, toda vez que para los ingleses la voz controlar dice relación al poder social de mandar o dirigir.

En la doctrina nacional, Silva Bascuñán separa ambas acepciones y entiende la fiscalización como la más amplia expresión de control, en cuanto cabe en ella toda especie de crítica de la actividad del controlado; y por control, “el ejercicio, por un determinado órgano estatal, de toda facultad dirigida a procurar prevenir, impedir o representar el comportamiento de otra persona u órgano que infrinja la sustancia o la forma que habrá de respetar o habrá debido respetar” <sup>14</sup>. Para Bertelsen, en cambio, la voz fiscalizar es “la actitud de vigilar la conducta de personas o autoridades para que su comportamiento se conforme a ciertas pautas” <sup>15</sup>.

En los regímenes democráticos “a la función de gobierno se corresponde inexorablemente la función de control” <sup>16</sup>, que a veces implica limitación y en

<sup>11</sup> ARAGÓN REYES, M. *Constitución y control del Poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Buenos Aires, 1995, p. 12. También, del mismo autor, “Control parlamentario”. En: Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, Madrid, 1995; “Estado Constitucional”, en la obra colectiva *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas 2001; vol. I., pp. 75-189; “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 19, 1987, págs.15-52; “El control parlamentario como control político”, en la obra colectiva *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, Tomo I, pp. 3-35; “Información parlamentaria y función de control”. En: *Instrumentos de información en las Cámaras parlamentarias*, debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en colaboración con el Congreso de los Diputados y el Senado, el 14 de marzo de 1994, Cuadernos y Debates Nº 52, Madrid, 1994, pp. 13-35; *Constitución, democracia y control*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, UNAM, México, 2002, núm. 67.424,

<sup>12</sup> ARAGÓN REYES, M. *Constitución y control del Poder*. Madrid: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 69.

<sup>13</sup> Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, 2001, Madrid: Ed. Rodesa, 2001, p. 645.

<sup>14</sup> SILVA BASCUÑÁN, A. “Control y Responsabilidad en la Constitución de 1980. En: *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, tomo X, 1986, pp. 169-200.

<sup>15</sup> Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, Santiago, Chile, 1981.

<sup>16</sup> AIZAGA VILLAMIL, O. “Fiscalización parlamentaria y extraparlamentaria. Inspección parlamentaria”. En: Preámbulo del *Tratado de Derecho Parlamentario: fiscalización política del Gobierno*, vol. I, Navarra, España: Ed. Aranzadi 2000, p. 26.

otras, coparticipación en la decisión política de los actos de gobierno. Por lo tanto, controlar o fiscalizar no significa tomar decisiones, sino persuadir o disuadir, limitar la discrecionalidad de la actuación gubernamental. Distinta es la opinión de Gutenberg Martínez <sup>17</sup>, para quien controlar es un concepto más determinante que fiscalizar, porque conlleva la facultad de examinar determinado acto en cuanto a su correspondencia con el derecho positivo y, además, implica poseer la capacidad jurídica para resolver su nulidad si contraviene el orden normativo. La fiscalización, en cambio, es una forma de control, sin carácter jurídico (por lo tanto sin facultades coercitivas de anulación del acto fiscalizado), pero que sí tiene un importante grado de efectividad política.

Pero cualquiera que sea en definitiva la concepción que se tenga del término “control”, lo cierto es que todos los medios de control (parlamentario, judicial, administrativo) tienen un fin único: fiscalizar la actividad del Poder, con el objeto de limitar o impedir la comisión de abusos o arbitrariedades de parte del controlado.

#### **4 TRANSFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN DE CONTROL**

Así como se sostiene (como una verdad revelada) que el Parlamento está en crisis, también se habla de la crisis del control. Durante el siglo XIX, el Parlamento ejercía sobre el Gobierno, como poder independiente de este, una labor fiscalizadora. Hoy, en el Régimen Parlamentario, se asiste a una práctica desaparición de la función fiscalizadora al resultar imposible que pueda controlarse a sí misma (porque los partidos de Gobierno más que controlar al Gobierno, lo que hacen es mantenerlo y darle su apoyo). Y en el régimen presidencial o presidencialista, no sucede algo distinto, por cuanto también existe una mayoría que apoya al Gobierno y está pronta a contrarrestar cualquier acción que vaya en desmedro de él. Ello conduce a que en la actualidad la función de control ha pasado del Parlamento a los partidos políticos <sup>18</sup>, que se encargan de criticar la acción del Gobierno; al electorado mismo, que le corresponde renovar o revocar la confianza otorgada al Gobierno; a los medios de comunicación social <sup>19</sup>, a los tribunales de justicia (judicialización de la política); a los grupos de presión, que son organizaciones sociales a las cuales el hombre se integra en defensa de intereses sectoriales, destinados a obtener la adopción de decisiones políticas gubernamentales y, sin duda, el más importante, en los regímenes democráticos, es el que le corresponde al electorado, no obstante que siempre puede estar expuesto a la manipulación de sus ideas y emociones.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ OCAMICA, G. *Fiscalización Parlamentaria y Comisiones Investigadoras*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 30.

<sup>18</sup> El llamado “Estado de Partidos”.

<sup>19</sup> En todos los países existe una fuerte concentración de los medios de comunicación social, cuestión a la que no está ajeno nuestro país, y ello conlleva el peligro de que generalmente pertenecen a importantes grupos económicos que, a su vez, encuentran sus lazos de relacionamiento político con los partidos de derecha. El Grupo Edwards controla la cadena de diarios El Mercurio (El Mercurio, La segunda, Últimas Noticias y un sinnúmero de diarios regionales); COPESA es dueño de La Tercera, La Cuarta, Revista Que Pasa, canal de televisión y radios.

## 5 OBJETIVO DE LA TESIS

Sostenemos que hasta el año 1994, las Comisiones Investigadoras fueron creadas al amparo de las facultades implícitas y recién en el año 1994 se dictó la primera normativa reglamentaria, como producto de una de las proposiciones que hizo la Comisión Investigadora de los Servicios de Inteligencia; que en el año 2005, fueron reconocidas en la Constitución, y en el año 2010, se dictó la ley 20.447, que adecuó la ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional a la reforma constitucional anterior. Asimismo, que pese a todas las limitaciones normativas, durante casi dos siglos las Comisiones Investigadoras estuvieron presentes en el control parlamentario del Gobierno, como lo atestiguan autores como Larraín Zañartu, Néstor Sánchez, Ismael Valdés y más recientemente Jorge Valdés, Cea Egaña, Andrade Geywitz y Silva Bascuñán.

Este marco se ha dado, por supuesto, bajo el imperio de un Presidencialismo que, en algunas etapas de la historia del país, ha adquirido ribetes de hiperpresidencialismo o como se dado en llamarle un “cesarismo presidencial”, que, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, siguió o pretendió seguir el rumbo marcado por el Presidencialismo norteamericano, pero cruzado por un incesante ir y venir de dictaduras militares y de caudillismos criollos.

La hegemonía presidencial en nuestro país, quebrada solo por la corta experiencia de un seudoparlamentarismo entre 1891 y 1924 -guerra civil de por medio-, hizo necesaria la existencia de diversos instrumentos de control del Gobierno que, en la mayoría de los casos, constituyó un foco de críticas para los agentes y un desprestigio para la institución parlamentaria.

Instrumentos como las interpelaciones o preguntas, los proyectos de acuerdo, la citación a los ministros, el control presupuestario, las investigaciones y otros, no lograron establecer una suerte de equilibrio de poder entre el Gobierno y el Parlamento. Más aún, la escasa normativa existente y en ciertos casos una orfandad casi absoluta, como Comisiones Investigadoras sin facultades e imperio formal de ninguna especie, frente a un Ejecutivo que simultáneamente crecía en hegemonía y en atribuciones, ha hecho concluir, no obstante, a la doctrina constitucional, en la inoperancia del control político, sin reparar en el hecho de que las sucesivas Cartas Fundamentales y, para qué decir, los propios reglamentos parlamentarios no fueron capaces, sino hasta fines del siglo XX y a principios del siglo XXI, de normativizar a algunos de estos institutos.

La reforma del Reglamento de la Cámara de Diputados, en 1994, no hizo otra cosa que recoger tímidamente algunas ideas del Derecho comparado, pero sitiando a las Comisiones investigadoras en el estrecho campo de la fiscalización de los actos de Gobierno, en tanto que en el resto de los países latinoamericanos –ni que decir de Europa o de Estados Unidos- la competencia se extendía a todo asunto de interés público.

Por su parte, la reforma constitucional de 2005, fruto de una intensa negociación, marcó el reconocimiento de este instituto en la Carta Fundamental, encomendando su desarrollo a la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional.

Desde ese año hasta el 2010, transcurrió un largo período de aletargada discusión de la adecuación de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional a la reforma de la Constitución.

Se perdió, por cierto, la oportunidad de contar con un fuerte y vigoroso instrumento de fiscalización parlamentaria, pues las nuevas normas difieren en poco de las disposiciones reglamentarias vigentes desde el año 1994. Al contrario, se hizo más patente la debilidad de la normativa, con excepción de la posibilidad de que una minoría calificada pudiera solicitar la creación de una Comisión Investigadora, pero cuyo desarrollo y toma de decisiones continúa entregado al principio de la mayoría.

Sobre este escenario histórico normativo hemos desarrollado la investigación principal, estructurada en cuatro capítulos, más un anexo, que presentan el siguiente contenido:

a) El primer capítulo, que hemos denominado “Introducción al Derecho Parlamentario chileno”, es un intento, atrevido quizá, de poner en discusión algunas materias de estudio que, a nuestro entender, no han sido suficientemente tratadas por la doctrina nacional. Así, entramos a considerar las nociones fundamentales del Derecho Parlamentario vistas desde el campo del Derecho comparado, en busca de su asiento en el ordenamiento jurídico nacional, léase: conceptos, naturaleza jurídica, principios generales, autonomía científica, fuentes y funciones, relación con los sistemas de gobierno presidencial y parlamentario, papel de los partidos políticos, etcétera.

Respecto del escaso desarrollo del Derecho Parlamentario en Chile, no pretendemos poner en duda la capacidad e idoneidad de la poderosa bancada académica constitucionalista –para usar un término parlamentario- pero creemos que ha estado absorbida en la discusión y estudio de la nueva arquitectura institucional de nuestro país, por lo cual todo lo relativo al Parlamento, ha sido visto sólo en la perspectiva de un componente más en el plano de la regulación legislativa y fiscalizadora y siempre dentro del Derecho Constitucional<sup>20</sup>.

b) En el segundo capítulo abordamos la controversia doctrinaria sobre el concepto de control y fiscalización y su pertinencia en los regímenes parlamentario y presidencial y la no menos importante discusión sobre su relación y prevalencia con la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados. A continuación, nos detenemos a analizar las diversas formas de control-fiscalización que contempla el Derecho comparado, y específicamente la legislación interna de nuestro país. Así entramos a estudiar los alcances del control jurídico y su carácter necesario, el control social y electoral, como objeto a quien se dirigen especialmente las comisiones investigadoras; el control desarrollado por los medios de comunicación social, y especialmente el control político desarrollado ampliamente en la Cámara de Diputados, bajo el principio rector de la mayoría y hoy reclamado como un derecho preferente asignado a las minorías.

A dos materias asignamos especial importancia: las fuentes del Derecho Parlamentario y las funciones parlamentarias. Respecto de las fuentes nos interesa el estudio de la ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

<sup>20</sup> Sin embargo, a riesgo de ser injusto con algunos autores, no podemos desconocer los aportes de Alejandro Silva Bascuñán, Humberto Nogueira, José Luis Cea Egaña, Francisco Zuñiga, Juan Carlos Ferrada, y muy especialmente Alan Brofman.

y la ley 20.247, que la adecuó a la reforma constitucional del año 2005. Sobre los reglamentos nos interesamos en analizar su naturaleza jurídica, antecedentes históricos, formalidades, reforma, aplicación e interpretación, entendiendo la importancia que tiene en la tramitación legislativa.

De mayor importancia nos parece el estudio relativo a las funciones parlamentarias y nos hemos permitido desarrollar los conceptos fundamentales de las funciones legislativa, representativa y constituyente, como también de los agentes que las desarrollan. Lo anterior nos conduce al estudio del llamado control político parlamentario, sus agentes y naturaleza jurídica, el objeto de su actividad y su diversa realización como facultad del Parlamento y como instrumento usual y ordinario “en” y “por” el Parlamento. Por lo mismo, su relación con los partidos políticos, agentes que han venido a sustituir la voz y representación de los ciudadanos, quebrando el mandato entre elector-mandante y el parlamentario-mandatario. Con preocupación asumimos la discusión en torno a lo que se ha llamado en denominar “democracia de partidos” y “Estado de partidos”.

Terminamos este capítulo con un breve análisis de los diversos instrumentos de fiscalización que nos ofrece el Derecho Parlamentario comparado y específicamente en la multiplicidad de medios que nos entrega la normativa y la praxis nacional. Nos referiremos, entonces, a la fiscalización que como facultad exclusiva practica la Cámara de Diputados, a través de la petición de información, acuerdos, preguntas o interpelaciones, tramitación legislativa y presupuestaria, intervención en la aprobación de los tratados internacionales y nombramiento de autoridades, entre otras facultades. Dentro de estos instrumentos se contiene el objeto principal de esta tesis: las Comisiones Investigadoras, que se desarrollará en el cuarto.

Una materia, de por sí polémica, la tratamos al referirnos al Senado, que aunque no ha llegado al extremo de constituir una Comisión Investigadora, en los hechos ejerce importantes facultades fiscalizadoras, no obstante la imperativa disposición constitucional del artículo 53, inciso final.

La doctrina, casi en forma unánime<sup>21</sup> reconoce la extrema facilidad y seguridad con que el Senado traspasa la prohibición constitucional, bajo el pretexto de solicitar antecedentes necesarios para cumplir su labor legislativa. Así, el Senado estableció en el Reglamento ciertas prácticas a través de las cuales ponían en debate asuntos que consideraban de interés público o conveniente. Se cuidó el Senado, no siempre, de adoptar acuerdos que pudieran considerarse fiscalización, pero en forma individual lo practicaban a través de la solicitud de antecedentes sobre actos del Gobierno. Basta leer un boletín de Sesiones del Senado para darse cuenta de la ilicitud.

La polémica resurgió a propósito de la modificación que se introdujo en el artículo 37, inciso segundo, de la Constitución Política (ley 20.050) que dispone que: “Los Ministros deberán concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara de Diputados o el Senado convoquen para informarse sobre asuntos que,

<sup>21</sup> Señala el profesor Jorge Tapia, recordado ex funcionario del Senado, que frente a la norma constitucional que prescribía que la fiscalización era una atribución exclusiva de la Cámara de Diputados, el problema reside en determinar si el Senado podía ejercer o no facultades fiscalizadoras, cuestión que fue planteada reiteradamente, en particular a raíz de reclamos formulados por el Ejecutivo, siempre muy sensible a la crítica proveniente de la Cámara Alta. Ver TAPIA VALDÉS, J. “Funciones y atribuciones del Parlamento entre 1960-1990”. En *Diagnóstico histórico jurídico del Poder Legislativo en Chile, 1960-1990*, ed. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, 1992, Universidad Católica de Valparaíso, pp. 118-119.

perteneciendo al ámbito de atribuciones de las correspondientes Secretarías de Estado, acuerden tratar”. A juicio de la constitucionalista Luz Bulnes<sup>22</sup> la obligación que se impone a los ministros de Estado de concurrir personalmente a las sesiones especiales de la Cámara o del Senado se aparta abiertamente del modelo clásico de régimen presidencial y “podría interpretarse en el sentido que se le dan atribuciones fiscalizadoras al Senado lo que ni aun en el período parlamentario se admitía”.

Según el profesor Bronfman la práctica parlamentaria de los últimos veinte años ha desdibujado la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados, “dejándola en una suerte de ambigüedad de difícil solución, especialmente, ante la ausencia de órganos institucionales que delimiten el ejercicio de las funciones parlamentarias y los eventuales conflictos que se puedan suscitar entre las Cámaras legislativas. Reconoce el autor, que el Senado ha realizado veladas de fiscalización mediante la solicitud de información al Gobierno, la citación de los ministros de Estado a las sesiones de sus Comisiones y a las sesiones especiales de la Sala, para tratar temas de interés público no vinculados necesariamente al proceso legislativo y para ello cita el denominado caso “La Polar”, en que incluso se citó al ministro de Hacienda y se celebró una sesión especial para debatir aspectos sobre el sistema bursátil, bancario y de pensiones de Chile, a propósito del mentado caso. A su vez, la explicación de esta situación ha encontrado varias respuestas, que en su conjunto permiten comprender el fenómeno<sup>23</sup>.

c) El capítulo tercero lo destinamos a abordar las comisiones investigadoras, en relación con su génesis y antecedentes históricos, específicamente, y en términos muy generales en el Derecho comparado: Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania, Italia, España por el viejo mundo, y en los casos que nos han parecido más importantes dentro de América Latina: Argentina, Perú, México, Brasil y Uruguay. Creemos que nuestra mirada no puede quedar circunscrita ni aprisionada en el estrecho ámbito del derecho parlamentario interno –amén de su escaso desarrollo– sin recurrir forzada y felizmente al amplio horizonte que nos brinda el Derecho comparado. Buscamos en cada materia mirar hacia la norma externa, que por años, experiencia, dedicación y estudio nos ofrece un camino para fortalecer el control parlamentario en Chile.

En el caso de Chile, planteamos para el efecto de abrir una discusión más profunda, la efectividad que, desde los albores de nuestra independencia y hasta el año 1994, la Cámara de Diputados desarrolló su función fiscalizadora, haciendo uso de su facultad autonormativa o de los poderes implícitos que se reconoce a las Asambleas Parlamentarias, al amparo que le brindaba la constitución de las comisiones especiales en el Reglamento.

<sup>22</sup> BULNES ALDUNATE, L. “La reforma constitucional al Congreso Nacional”. En: *La Constitución Reformada de 2005*, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2005, pp. 251-273.

<sup>23</sup> La explicación para esta anómala actuación del Senado, Bronfman cree encontrarla en los siguientes hechos: 1° La facultad fiscalizadora está necesariamente asociada a la crítica política que puede realizar cualquier persona o sujeto que demuestre interés al respecto; 2° El Senado y sus miembros disponen de una serie de mecanismos e instrumentos que permiten ir en dicho línea, y que la propia LOCCN le ha entregado a ambas Cámaras, y 3° La integración del Senado por una cantidad no menos de parlamentarios que se han desempeñado como diputados, también se ha considerado una de las causas de estas prácticas parlamentarias de control y fiscalización. BRONFMAN, A. et al: *Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, Legal Publishing Chile, 2013, pp. 295 y ss.

Damos una somera mirada a los principales cuerpos constitucionales que se ha dado nuestro país, 1828, 1833, 1925 y 1980, a los principales Reglamentos de la Cámara de Diputados de 1846, 1904, 1926, 1973, 1994 y posteriores, a la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y a los proyectos de regulación legal y constitucional de la fiscalización parlamentaria, y dentro ella, la práctica de las Comisiones investigadoras, que constituyen el marco dentro del cual se han desarrollado durante 200 años.

d) Por último, en el capítulo cuarto intentamos realizar un estudio más exhaustivo sobre la regulación jurídica de las comisiones investigadoras en nuestro ordenamiento, en sus tres instancias históricas fundamentales: la regulación reglamentaria de 1994, la reforma constitucional de 2005 y la adecuación normativa de 2010. Buscamos hacer claridad sobre su naturaleza jurídica, creación, quórum, aprobación y, en general, a toda la mecánica interna de su actividad y desarrollo investigativo. Especialmente, indagamos sobre su objeto, límites, comparecencia y situación de los particulares. Nos importa también, en este capítulo, considerar la relación y diferencias de la actividad de estas Comisiones con la que desarrolla el Poder Judicial.

## **6 COMISIONES ESPECIALES INVESTIGADORAS DESARROLLADAS ENTRE 1990 Y 2012**

En el resumen de las Comisiones nos abocamos a estudiar los antecedentes de su creación, composición, asistencia de los diputados y comparecientes, relación de los antecedentes que fundamentan su creación, términos principales de sus informes, consideraciones, conclusiones y proposiciones. Asimismo, nos referimos a las Comisiones que no se constituyeron o concluyeron sus mandatos o que, habiéndolo hecho, sus conclusiones no fueron conocidas por el Plenario. Buscamos en esta parte de la investigación rescatar una serie de antecedentes contenidos en su praxis, que nos permitan hacer propuestas para hacerlas más operativas y eficientes, en las profundas y urgentes modificaciones que requiere su regulación.

Nuestro propósito al emprender el trabajo de la tesis fue realizar un catastro de las Comisiones Especiales Investigadoras a contar de 1925 en adelante, que nos sirviera como material de apoyo para el desarrollo de nuestra investigación. Lamentablemente, la documentación de aquel período, a consecuencia del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 y el cierre del Congreso Nacional, quedó diseminada en un desorden increíble en una de las bóvedas del edificio de la Cámara de Diputados en Santiago <sup>24</sup>. Permaneció así, en condiciones inapropiadas por

<sup>24</sup> En esa bóveda están depositadas las actas manuscritas de las primeras asambleas legislativas y otros documentos que guardan relación no solo con la historia de la Cámara de Diputados, sino con la historia del país, que debido a su antigüedad y fragilidad, y ausencia de microfilmaciones, corren el serio peligro de perderse para siempre. Parece ser un sino de los países jóvenes, el no reverenciar su memoria histórica y destruir con una facilidad enfermiza su relación con el pasado. Así, también, se derriban construcciones históricas en nuestro país para edificar sobre sus cimientos edificios que son un monumento a la mediocridad arquitectónica. Ojalá existiese respecto de esta documentación, la misma preocupación que la entregada a la restauración física del antiguo edificio del Congreso Nacional, ocupado primero por los militares y después por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de lo cual resultó la pérdida importante de obras de arte y otros bienes que nunca pudieron ser recuperados. Aun es tiempo de recuperar nuestra historia.

muchos años, y hoy recién se están tomando las primeras medidas para rescatar esa parte tan importante de la historia del país. Esta situación nos privó hasta hoy, de la posibilidad de acceder a esas fuentes, y marcó el comienzo de nuestro trabajo en la primera Comisión Investigadora creada en 1990 <sup>25</sup>.

La razón de este trabajo reside en el convencimiento de la relación constante que se produce entre el conocimiento teórico y la praxis, entre la norma jurídica considerada en su generalidad y su aplicación al caso concreto. Lo propio sucede con las Comisiones Investigadoras. Si bien es cierto, como lo hemos dicho anteriormente, la primera normativa formal la tenemos en 1994, con el reconocimiento reglamentario de su existencia, el principio de la autonormación y la facultad implícita de las Cámaras, y los usos y prácticas parlamentarias que la complementan e integran, permitió a la Cámara de Diputados, durante casi 200 años, utilizarlas como un instrumento valioso de control del Gobierno, al margen de la valoración que se tenga sobre ellas.

Así, asumimos la tarea de hacer un resumen esquemático de las Comisiones Especiales Investigadoras creadas entre los años 1990 y 2012. Específicamente, explicitar su competencia material fijada en el proyecto de acuerdo y más tarde, a contar de la reforma constitucional del 2005, simplemente en la solicitud de creación; individualizar los autores de la iniciativa, generalmente polarizados entre Gobierno y Oposición, y raras veces, transversal; cuantificar la asistencia de los comisionados, en número de sesiones y porcentaje, asumiendo desde ya, que esta última información es poco fidedigna, porque la asistencia formal consignada en las actas no se compadece con la asistencia real, que es la que se logra con una permanencia y participación durante todo el desarrollo de la sesión y no en el ingreso de minutos en la Sala de Comisiones. Hacer, además, una sucinta relación de los hechos y antecedentes que motivan la creación de la Comisión, su desarrollo, personas e instituciones que participaron de ellas, acuerdos y conclusiones, y en los casos en que hayan logrado trascender, considerar los cambios legislativos, de conducción política o de impacto social que hayan producido, sin olvidar que su verdadera eficacia la encontramos, en el desarrollo de su actividad fiscalizadora más que en los resultados, en el llamado que se hace al electorado para que confronte la actuación del Gobierno y la Oposición, y en palabras de Aragón Reyes, en la trascendencia que ello pueda tener para la opinión pública, poniendo en marcha posteriores controles sociales o acentuando el control político electoral, como una esperanza de sanción.

También están consignadas todas aquellas iniciativas que abortaron prontamente a su creación o que fueron abandonadas en medio de su desarrollo al perder atractivo mediático o interés político, y lo que es peor, algunas comisiones cuyos antecedentes desaparecieron sin dejar más rastros que su certificado de nacimiento en los boletines de sesiones.

<sup>25</sup> Gracias a una investigación desarrollada por el profesor José Luis Cea, denominada "Fiscalización Parlamentaria de los actos del Gobierno, 1925-1973", hoy podemos rescatar parte de la información relacionada con las Comisiones Investigadoras en dicho período, sin que, por ahora, podamos recurrir a otras fuentes directas. En este trabajo se consigna que se constituyeron alrededor de 600 Comisiones de Investigación, en un clima de absoluta polarización política, en que se desataron 200 crisis totales y parciales de Gabinete y que en 29 ocasiones las conclusiones obtenidas fueron un "antecedente preciso invocado en las subsecuentes acusaciones en juicio político contra Ministros de Estado". Véase CEA EGAÑA, J. "Fiscalización Parlamentaria de los actos del Gobierno, 1925-1973". En: *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, p. 41-42.

La investigación abarca la generación de 108 Comisiones Especiales Investigadoras entre 1990 y 2012, consignando que en este período la Cámara de Diputados también asignó facultades investigadoras, como mandatos a las Comisiones Permanentes, en una gran cantidad, que, salvo raras excepciones, languidecieron y se extinguieron sin ningún resultado, y en ocasiones, sin siquiera entrar a conocer su cometido, postergadas en el tráfico incesante de la labor parlamentaria <sup>26</sup>. A todas estas, habría que sumar las Comisiones Especiales, para entender los grados de asistencia de los diputados y el cumplimiento de sus cometidos. Por lógica consideración, estos mandatos de investigación quedaron al margen de nuestro estudio.

Buscamos, en lo posible, que el resumen de las Comisiones contenga lo esencial de cada una de ellas, indicando las fechas de su creación, constitución e informe, conclusiones y proposiciones, que pueda servir de primario material de consulta para aquellos que deseen profundizar el estudio del Derecho Parlamentario, en esta arista de la fiscalización.

Una última observación: la generalidad de las Comisiones Investigadoras se constituyeron durante este período como instancias separadas e independientes de las Comisiones Permanentes y Especiales de la Cámara de Diputados. No obstante, muchas de ellas, fueron asignadas en calidad de mandatos a las Comisiones Permanentes.

Hemos indicado que la Cámara de Diputados ha ejercido su función fiscalizadora en lo que dice relación con las Comisiones Investigadoras, a través de estas y mediante mandatos otorgados a Comisiones Permanentes. Desde el 2006 esta última fórmula ha quedado en un plano de absoluta inconstitucionalidad, por cuanto la Cámara de Diputados solo está facultada para crear Comisiones Investigadoras y no para delegar facultades.

En el curso de 22 años, que comprende cinco períodos legislativos y parte del sexto, se crearon 108 comisiones investigadoras lo que significa que en promedio, cada año, se constituyeron 5 comisiones, con excepción del período 2006-2010, que abarcaron diversas materias de carácter político, económico, social y coyuntural, que importan a la sociedad chilena.

## **7 ANÁLISIS COMISIONES INVESTIGADORAS 1990-2012**

### **7.1 Período 1990-1994**

Merecen destacarse las Comisiones destinadas a considerar la situación de Televisión Nacional de Chile, cuyos resultados determinaron la dictación del ordenamiento jurídico que hoy la rige; el caso de las uvas envenenadas con cianuro, en gran parte llevada en secreto no solo por la Comisión, sino también por el Gobierno de Chile, que terminó no siendo más que una maniobra ilícita por parte del Gobierno Norteamericano, hecha con una clara intencionalidad política.

<sup>26</sup> A las Comisiones Especiales Investigadoras y mandatos, habría que sumar las Comisiones Especiales y Mixtas, las Comisiones Permanentes y todo el trabajo de Sala, si se quiere ser justos en el análisis que nos arroja la asistencia de los diputados en las investigadoras.

Llama la atención en este período la Comisión destinada a estudiar la gestión de la ex Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo, cuyos resultados quedaron en una absoluta nebulosa hasta el día de hoy. En esa época ya se creó una Comisión Investigadora sobre el sistema de comercialización de los medicamentos y productos farmacéuticos, que fue un anticipo de lo que sería en estos dos últimos años el escandaloso acuerdo de precios entre las grandes cadenas farmacéuticas. Hubo de pasar más de 20 años para que se tomara una mediana conciencia sobre esta acción de los empresarios farmacéuticos en contra de la población.

Sin duda entre las que tuvieron mayor atención mediática, porque involucraron al General Pinochet y familia, fue la investigadora de giros de dinero por el Ejército, que incluso provocó que los hombres de armas hicieran sus famosos ejercicios de enlace en la ciudad de Santiago y la Comisión Investigadora de los servicios de inteligencia, en que aparecieron claramente implicados importantes políticos y sectores militares y de investigaciones.

Una preciosa oportunidad para clarificar la situación de las empresas privatizadas en nuestro país fue la Comisión encargada de estudiar la administración de Corfo, que no alcanzó la relevancia esperada.

## **7.2 Período 1994-1998**

Merecen destacarse las dos Comisiones destinadas a investigar la situación de la ex Colonia Dignidad y la encargada de estudiar el cumplimiento del desarrollo estratégico de la empresa de Ferrocarriles del Estado. Respecto de estas, llama la atención que los años anteriores al 1973 ya se habían impulsado Comisiones Investigadoras sobre ellas. También, se crearon dos Comisiones que investigaron el convenio de cooperación financiera entre los Gobiernos de Alemania y de Chile destinados a fomentar la reinserción social de chilenos que han retornado al país y cuya administración por parte del Banco del Estado de Chile fue cuestionada por todos los sectores.

Sin duda la que marcó el mayor interés mediático y la mayor controversia sobre la posibilidad de que las comisiones fiscalizaran a privados fue la que estudió los traspasos de acciones controladoras en el grupo Enersis, que también involucró a connotados hombres públicos.

## **7.3 Período 1998-2002**

En este cuatrienio se crearon 18 Comisiones Investigadoras, algunas de ellas de carácter político coyuntural: la del libro de Joaquín Lavín "Chile una sociedad emergente" y la de la renuncia a su cargo del Almirante en retiro y Comandantes en jefe de la Armada Jorge Arancibia Reyes, ambas con escaso desarrollo y sin informe final. En este periodo habría que destacar además las Comisiones que estudiaron las posibles irregularidades en el proceso de licitación de Emos S.A. y la que investigó el actuar de las sectas religiosas en nuestro país.

#### **7.4 Período 2002-2006**

Varios escándalos públicos sacudieron al país y fueron objeto de las Comisiones Investigadoras: caso coimas en las plantas de revisión técnica, las actividades financieras del Grupo Inverlink, y la que terminó simplemente en un informe y sin desarrollo fue la encargada de recabar los antecedentes de las cuentas secretas del General Pinochet en el Banco Ritz y la encargada de estudiar las irregularidades del caso Mopgate, que involucró una dura lucha entre Gobierno y Oposición y una larga investigación judicial.

#### **7.5 Período 2006-2010**

En este período se constitucionalizaron las Comisiones Investigadoras y se facultó a las minorías para pedir su creación. En cuatro años se constituyeron 28 Comisiones, entre las cuales destacan la que le correspondió investigar el proceso de diseño e implementación del Transantiago, la que investigó las carreras de criminalística impartidas por varias universidades; la que comprometió a personal militar y del Gobierno en la adquisición de los aviones Mirage y de los Leopard (terminaron con un informe que nunca se discutió ni votó).

En este periodo fueron lugar común las investigaciones realizadas a Codelco y a la Dirección de Deportes.

#### **7.6 Período 2010-2012**

En este corto periodo que llega hasta el 2012, cierre de esta investigación, se constituyeron dos Comisiones que captaron la atención de la opinión pública y tuvieron enorme gravitación mediática, la primera se refirió a la Educación Superior en Chile, conocida como la Comisión “Lucro”, que develó la actuación de grupos económicos que han hecho de la educación un negocio y la segunda que investigó las condonaciones efectuadas por el Servicio de Impuestos Internos, y que involucró directamente a las empresas Johnson’s y Cencosud. Los informes de ambas comisiones fueron rechazados en la Sala y sin embargo determinaron la posterior destitución del ministro de Educación en juicio político y la renuncia del Director del Servicio de Impuestos Internos.

Los antecedentes de estas 108 comisiones, detallados en cuanto a su creación, constitución, desarrollo, conclusiones, asistencias y otros antecedentes se encuentran en el Anexo de la tesis doctoral.

En las conclusiones de la tesis, esperamos confirmar la hipótesis inicial sobre la importancia que asignamos a las Comisiones Especiales Investigadoras como instrumento necesario e insustituible en el control de la acción del Ejecutivo, cada día más desbocado de la tríada constitucional, en palabras de Pereira-Menaut.

## **8 CONCLUSIONES**

a) La institución parlamentaria, bajo el régimen presidencialista de Chile, ha sufrido una lenta y paulatina pérdida de sus funciones legislativas y controladoras, desde la Constitución de 1925 hasta su culminación en la Constitución de 1980, cuya primera redacción estuvo destinada a imponer una democracia protegida, con fuerte injerencia militar y plena de enclaves autoritarios. En este escenario era impensada la existencia de un Congreso dotado de funciones fiscalizadoras que le hicieran un contrapeso al Ejecutivo.

b) La función fiscalizadora de la Cámara de Diputados se circunscribió a la adopción de acuerdos, observaciones y solicitudes de antecedentes, que en ningún caso afectarían la responsabilidad política de los ministros de Estado. La posibilidad de darle reconocimiento constitucional a las Comisiones Especiales Investigadoras fue desechada por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, ignorando la importancia que este instituto, más allá de todas las críticas que puedan formularse, ha sido una realidad en nuestro país desde la temprana hora de la independencia nacional y la instauración del Congreso Nacional.

c) A pesar del silencio reglamentario, legal y constitucional, la Cámara de Diputados en 1990, reiniciado su camino democrático, de inmediato comenzó a crear Comisiones Especiales Investigadoras, cuya práctica parlamentaria fue vista por parte de la generalidad de la doctrina como ilegal e inconstitucional. Solo en el año 1994, se reformó el Reglamento de la Cámara de Diputados, y se integró en su normativa a las Comisiones Investigadoras. Una década después en el 2005 se les dio reconocimiento constitucional, con las limitaciones y restricciones que se han analizado.

d) Es nuestro convencimiento que el desarrollo de este instrumento fiscalizador pudo hacerse imprescindible en la función fiscalizadora, pese a no contar en parte importante de la historia parlamentaria con ninguna regulación jurídica, porque es la expresión de su capacidad autonormativa y de los poderes implícitos que tiene el Congreso Nacional. Poderes que, en nuestro juicio, son anteriores a la regulación legal o constitucional.

e) La crítica más acerva en contra de las Comisiones Investigadoras se centra en la falta de resultados concretos de su cometido, ignorándose conscientemente por algunos y en forma interesada por otros, que el ordenamiento jurídico chileno le ha negado las atribuciones y el imperio que gozan en otros, herederos como nosotros del constitucionalismo norteamericano.

f) La regulación jurídica de las Comisiones Especiales Investigadoras requiere de una profunda reforma, que establezca que su competencia abarcará todo asunto de interés público y que se le otorguen facultades que le permitan realizar eficientemente su cometido y hacer cumplir sus decisiones, no por sí, sino por los órganos establecidos en el ordenamiento jurídico chileno.

g) El verdadero destinatario de la fiscalización de los actos del Gobierno no es el Ejecutivo como tal, sino el electorado y la comunidad nacional, a quien se le

traslada el conocimiento de la función fiscalizadora que desarrollan las comisiones investigadoras, para que en sus procesos electorales decida sobre la continuidad de una fuerza política o su sustitución por la minoría que ha ejercido la fiscalización de sus actos. Entonces, es claro, que más que los resultados, lo que importa es el desarrollo mediático y público de su gestión, y el conocimiento que toma la ciudadanía, en el contexto de la llamada responsabilidad política difusa.

h) Entre 1990 y 2012 la Cámara creó 108 Comisiones Especiales Investigadoras, una cifra igual de mandatos de investigación fueron asignados a Comisiones Permanentes y se crearon innumerables Comisiones Especiales, que se sumaban a las ya existentes. No es fácil, entonces, demandar eficacia en el resultado de las Comisiones Investigadoras, cuando los diputados no tienen la capacidad física para multiplicarse en tal variedad de funciones, si a lo anterior se le suman sus obligaciones de representación política.

i) Analizado el comportamiento de las 108 Comisiones Especiales Investigadoras es posible concluir que este instituto requiere de modificaciones reglamentarias, que se sintetizan en los siguientes puntos:

- Reducir la composición de las comisiones de trece diputados a un número no mayor de cinco o siete. El índice asistencia a las Comisiones, según nuestro estudio en el periodo de 1990 a 2012, en fue del 47,71 por ciento, lo que arroja una inasistencia del 52,29 por ciento.

- Establecer plazos definidos y acotados para que las Comisiones emitan sus informes y para que ellos sean debatidos y votados en la Sala. La experiencia de los últimos veinte años nos muestra cifras alarmantes de distanciamiento entre el plazo otorgado a las Comisiones y el de su votación.

- Entender por parte de los diputados que deben ser objeto de las Comisiones -investigadoras materias relevantes que importen a toda la comunidad nacional, en que se encuentre cuestionada la actuación del Gobierno, y no problemas coyunturales de escasa significación, que terminan por abortar prontamente las Comisiones. Hay muestra suficiente de estas últimas que, además, terminan por desprestigiar la institución.

Necesidad de que todas las Comisiones –no solo las Investigadoras-, cuenten con una adecuada asesoría. Los temas sometidos a investigación, son cada día más complejos y requieren de conocimientos especializados, que muchas veces rebasan la capacidad profesional y técnica de la Secretaría.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Problemas actuales del control parlamentario*, VI Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.

AA.VV. *La constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Coordinador Humberto Nogueira Alcalá, Librotecna, Santiago de Chile, 2005.

AA.VV. *Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*. Legal Publishing Chile, 2013.

Actas oficiales de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1925. Santiago: Imprenta Universo, 1925.

Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones Encargadas del Estudio de Nueva Constitución Política de la República. Santiago: Imprenta Universitaria, 1925.

Actas oficiales de las sesiones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, Sesiones 319-327-339-340-341-342-353. Santiago: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1981.

Actas de la historia fidedigna de la ley 18.918, Junta de Gobierno, Santiago 1989.

ANDRADE GEYWITZ, C. *Las Comisiones Parlamentarias en la Cámara de Diputados*, Memoria de Título para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 1945.

ANDREOZZI, M. *Facultades implícitas de investigación legislativa y privilegios parlamentarios*. Buenos Aires: Ideas, 1943.

ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución y control del poder*, Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1995.

ARÉVALO GUTIÉRREZ, A. "Reflexiones sobre las comisiones de investigación o encuesta parlamentarias en el ordenamiento constitucional español". En: *Revista de las Cortes Generales*, número 11, Madrid, 1987.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL: *Rol fiscalizador de la Cámara de Diputados, Valparaíso*, Serie de Estudios, año VII, N° 165.

\_\_\_\_ *Historia de la Ley 20.447*, Valparaíso, julio de 2010.

BIDART CAMPOS, G. *Derecho Constitucional Comparado*. Argentina: Ediar, 1998.

BRONFMAN, A. *El Congreso Nacional. Estudio constitucional, legal y reglamentario*, CEAL, Universidad Católica de Valparaíso, 1993.

CARRASCO DELGADO, S. *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

CEA EGAÑA, J. "Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados", en *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen XVIII 1996, pp. 67-73.

\_\_\_\_ "Fiscalización Parlamentaria de los Actos de Gobierno, 1925-1973", en *Revista de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile*.

GUDE FERNANDEZ, A. *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Servi-

cio de Publicaciones y de Intercambio Científico de la Universidad Santiago de Compostela, España, 2000.

CAMARA DE DIPUTADOS. *Informes de Comisiones Investigadoras de la Cámara de Diputados*, boletín de Sesiones, 1990 y 2012.

KORZENIAK, J. *Las Comisiones Parlamentarias de Investigación y sus Facultades*. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

LARRAÍN ZAÑARTU, J. *Derecho Parlamentario Chileno*. Santiago: Imprenta Nacional, 1896.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España: Ariel, 1983, p. 262.

LÓPEZ GUERRA, Luis: "El titular del control parlamentario", en *Problemas actuales del control parlamentario*, VI Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ-ELIPE, León: *Tratado de Derecho Parlamentario: Introducción al Derecho Parlamentario: conexiones históricas y político-jurídico-parlamentarias*. Pamplona: Aranzadi S.A., 1999.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Parlamentario: Fiscalización política del Gobierno: Fiscalización parlamentaria y extraparlamentaria. Inspección parlamentaria*, vol. I Ed. Aranzadi, España, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Parlamentario: Parlamento e información. Acceso parlamentario a la documentación. Audiencias extra-parlamentarias. Comparecencias*, vol. II, España: Aranzadi, 2002.

MARTÍNEZ OCAMICA, G. *Fiscalización Parlamentaria y Comisiones Investigadoras*, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

NAVARRO BELTRAN, E. "La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados", en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 49, Santiago, Chile, 1991, pp. 71-90.

NAVAS CASTILLO, F. *La función legislativa y de control en comisión parlamentaria: comisiones de investigación y comisiones legislativas permanentes con competencia legislativa plena*. Madrid: Colex, 2000.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *El Congreso Nacional: introducción al Derecho parlamentario chileno y comparado latinoamericano*, Corporación Participa, Santiago, 1992.

\_\_\_\_\_. "El control parlamentario en Chile", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 202, 1997, pp. 187-209.

\_\_\_\_\_. "El control parlamentario en Chile", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 202, 1997, pp. 187-209.

PEREIRA MENAUT, A. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Madrid: Codex, 1997.

SANCHEZ, N. *Derecho escrito y las prácticas parlamentarias: Estudio sobre el reglamento interno de la Cámara de Diputados*. Valparaíso: Universo, 1911.

SANTAOLALLA, F. *El Parlamento y sus instrumentos de información: preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación*. Madrid: Edersa, 1982.

SCHMITT, C. *Sobre el Parlamentarismo*, (Thies Nelsson y Rosa Grueso trad.). Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1990.

TORRES BONET, M. *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Congreso de los Diputados, Madrid, España, 1998.

TORRES MURO, I. *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

TAPIA VALDES, J. "Funciones y atribuciones del Parlamento entre 1960 y 1990". En: *Diagnóstico histórico jurídico del poder legislativo en Chile, 1960-1990.*, CEAL, Valparaíso, 1990, s/e.

ZÚÑIGA URBINA, F. "Control parlamentario y comisiones investigadoras: Parlamento ante la reforma constitucional". En: *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1999, Nº 45, pp.363-392.



## 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 legislación, fiscalización y 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 aquellas que traten sobre “El legado de los diputados a un cuarto de siglo de reinstalado el Congreso”. 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 siguiendo el formato ISO 690. Disponible en Internet: <<http://www.academiaparlamentaria.cl>>.

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 marzo de 2014.

Presentación del libro en homenaje a don Alejandro Silva Bascañán  
sobre el Congreso Nacional

María Pía Silva Gallinato

Reseña del libro “Derecho Parlamentario chileno. Funciones y  
atribuciones del Congreso Nacional”

Cristián Ortiz Moreno

Congreso Nacional, participación y era informática: las necesidades  
democráticas de nuestro Ágora actual

Ramón Mayorga González

Limitaciones a la reelección de diputados, ¿mejoran la  
representatividad política en las zonas extremas y favorecen la  
descentralización?

Cristóbal Llanca Vivallo

Protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores.  
Modificaciones introducidas por ley 20.543 a la Admisibilidad de la  
Demanda

Andrés Celedón Baeza

Entre la descentralización y la desconcentración regional. Análisis  
del proyecto de Fortalecimiento de la Regionalización que modifica  
la ley orgánica constitucional de Gobierno y Administración Regional

Manuel Tobar Leiva

Abogados en el actual régimen de enseñanza

Jaime Rodríguez Espoz

Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: construyendo  
confianza institucional

Jorge Jaraquemada Roblero

Reformas para un sistema de financiamiento electoral basado en la  
confianza y la equidad

Manuel Arís Alonso

Esfuerzos legislativos por regular el lobby en Chile: avanzando en la  
dirección correcta

Diputado Cristián Mönckeberg Bruner

Regulación del *lobby* en Chile: historia de un proyecto

Sebastián Soto Velasco, María Jaraquemada Hederra

Las Comisiones Especiales Investigadoras en el Derecho Parlamentario  
chileno

Hernán Almendras Carrasco