



50 + UNO

REVISTA CHILENA DE
DERECHO PARLAMENTARIO

SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO PARLAMENTARIO Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

CUARTO NÚMERO, PRIMAVERA 2016

50
+UNO

50 +UNO

DIRECTOR

- Rodrigo Obrador Castro

EDITOR

- Julián Saona Zabaleta

CONSEJO EDITORIAL

(Directorio Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario)

- Rodrigo Pineda Garfias

- Francisco Zúñiga Urbina

- Rodrigo Obrador Castro

- Miguel Landeros Perkić

EDITORIAL

Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario

IMAGEN

- Sofía Calvo Foxley

FOTOGRAFÍAS

- Aref Cosma

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

- Osvaldo Fernández Fernández

Diseño y Publicaciones

Cámara de Diputados de Chile

ISSN: 0719-2673

Impreso en:

Diseño y Publicaciones

Cámara de Diputados de Chile

ÍNDICE

■	EDITORIAL	06
■	PRESENTACIÓN DE LAS QUINTAS JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO Y LANZAMIENTO DEL CUARTO NÚMERO DE LA REVISTA CHILENA DE DERECHO PARLAMENTARIO	
■	Rodrigo Pineda	11
■	Gonzalo Vicente	15
■	Rodrigo Obrador	19
■	1 DERECHO PARLAMENTARIO	
■	REFLEXIONES ACERCA DEL UNICAMERALISMO Y EL BICAMERALISMO Hernán Larraín	22
■	UNICAMERALISMO Y BICAMERALISMO Raúl Bertelsen	28
■	LA UNICAMERALIDAD DEL CONGRESO NACIONAL COMO REPARACIÓN DE LA ASIMETRÍA INSTITUCIONAL A FAVOR DEL STATU QUO Fernando Muñoz	34
■	BICAMERALISMO/MONOCAMERALISMO EN PERSPECTIVA HISTORICA Y CIUDADANA Eric Palma	46
■	2 TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN	
■	ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY EN CHILE Allen Guerra	52
■	3 ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA	
■	LA ADHESIÓN VOLUNTARIA DEL SENADO AL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN Y A LOS CONVENIOS MARCO SUSCRITOS POR LA DIRECCIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS Carlos Becerra	72
■	CONVOCATORIA	91



EDITORIAL

En este número de 50+1 deseamos contribuir al debate acerca de nuestro texto constitucional. Pensar nuestras instituciones políticas fundamentales y buscar caminos para hacerlas más democráticas constituye una seña distintiva de nuestro quehacer intelectual y práctico. En esta perspectiva, el Parlamento ocupa un lugar preferente de nuestras reflexiones. Por lo mismo, su adecuada estructuración y relación con los otros poderes del Estado, constituye una tarea permanente del pensamiento democrático.

En el contexto de una revisión crítica de nuestras instituciones, estimamos razonable que 50+1 continúe con el ejercicio de pensar y proponer fórmulas que traten de responder a la pregunta ¿cómo puede funcionar mejor “nuestra casa”? Por lo demás, múltiples mediciones de opinión pública vienen, desde hace años, mostrando que los chilenos mayoritariamente declaran no estar satisfechos con la calidad de las leyes ni con el desempeño de algunos de sus parlamentarios ni con el funcionamiento del Congreso Nacional.

Una cuestión inevitable que se debe plantear al momento de proponer fórmulas para mejorar el trabajo legislativo y recuperar la estimación de la ciudadanía respecto del Parlamento es la de las formas de organización de éste.

Para este efecto, pedimos a un juez constitucional, a un senador y a algunos académicos especializados en esta materia, que nos informaran acerca del estado de la discusión en este ámbito.

En el capítulo primero, dedicado al derecho parlamentario, el ex Ministro del Tribunal Constitucional, señor Raúl Bertelsen Repetto, cuya tesis de doctorado se refirió precisamente a la estructuración del Senado, y el Senador, señor Hernán Larraín Fernández, profundizaron en las razones que justifican un congreso bicameral.

El profesor de Derecho de la Universidad de Chile, señor Eric Palma, y el profesor de Derecho de la Universidad Austral, señor Fernando Muñoz entregan antecedentes históricos y observaciones constitucionales que llevan a pensar una forma distinta de conformación del Congreso Nacional en nuestro país.

En todos los casos, y a pesar de las distintas perspectivas que defiende cada uno de ellos, se afirma la necesidad de fortalecer el Parlamento y mejorar el cumplimiento de sus tareas. Todos coinciden en que sin un Parlamento fuerte y eficiente no hay una auténtica democracia.

En el capítulo relativo a la teoría de la legislación presentamos un interesante estudio del abogado señor Allen Guerra sobre la publicación de los textos legales, tema que todavía presenta múltiples vacíos y desafíos por resolver.

Finalmente, en la sección referida a la Administración Parlamentaria se incluye el trabajo del abogado del Senado, señor Carlos Becerra Farias, referido a la participación de esta Corporación en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración del Estado y en los Convenios Marcos suscritos por la Dirección de Compras Públicas. Se trata de una materia muy poco conocida por la opinión pública e incluso por el mundo académico, que es muy relevante desde el punto de vista de lo que debiera ser la administración de los recursos públicos que utiliza el Senado.

Agradecemos sinceramente los valiosos aportes que nos hicieran llegar cada uno de nuestros invitados a colaborar en este número de 50+1.







PRESENTACIÓN DE LAS QUINTAS JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO

1.- RODRIGO PINEDA

PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE DERECHO PARLAMENTARIO

Don Raúl Bertelsen, Ministro del Tribunal Constitucional.

Señor Subdirector de la Biblioteca del Congreso Nacional.

Señor Director de la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados.

Estimados amigas y amigos.

El directorio de la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y Teoría de la Legislación les da la más cordial bienvenida al acto de inauguración de las Quintas Jornadas de Derecho Parlamentario que organiza nuestra Corporación, con la ayuda -muy valiosa- de la Academia Parlamentaria. Participamos de esta iniciativa un conjunto de funcionarios, profesionales y académicos interesados en fomentar en nuestro país los estudios sobre el Parlamento, el Derecho Parlamentario y la Teoría de la Legislación.

Para el logro de este objetivo, nuestra sociedad se propuso celebrar, anualmente, Jornadas que sirvieran para reflexionar acerca de los mencionados temas y, asimismo, establecer puentes para un diálogo constructivo entre quienes nos desempeñamos en el ámbito legislativo y aquellos que, desde otros espacios, especialmente universitarios, están interesados en reflexionar acerca de la función del Parlamento en el sistema político, la normativa vinculada con su organización y funcionamiento y, también, acerca del proceso de elaboración, discusión y aplicación de nuestras leyes.

Cada rama del Congreso Nacional cumple importantes tareas políticas, fiscalizadoras y legislativas. Sabemos que las leyes, las normas jurídicas que regulan la convivencia de los sujetos en sociedad inciden positiva o negativamente en el progreso de un país y en las mayores o menores condiciones de libertad, justicia y seguridad de que pueden gozar los individuos que habitan un estado.

Acogiendo estos propósitos, nuestra sociedad ha orientado su quehacer en tres ámbitos. En primer lugar, los estudios de Derecho Parlamentario, área que se ocupa de todo lo relativo a la Constitución, organización y funcionamiento del Parlamento: sus relaciones con los otros poderes del Estado y, de manera especial, su vinculación con la opinión pública y los ciudadanos. En segundo lugar, el área de la Teoría de la Legislación, ámbito en que estudiamos la forma en que se legisla, el desarrollo de sus marcos teóricos y prácticos, con el fin de incrementar la racionalidad o calidad de las leyes. Finalmente, un área también muy importante para nosotros es la referida a la Administración Parlamentaria, cuyo propósito es analizar y formular propuestas para organizar de mejor manera los servicios administrativos que sustentan la labor de nuestros legisladores.

Las Jornadas de este año estarán centradas, básicamente, en el debate acerca de las virtudes y eventuales problemas que tendría la ruptura bicameral de nuestro Congreso Nacional. Según los datos contenidos en el Informe Parlamentario Mundial del año 2012, elaborados por la Unión Parlamentaria Internacional y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, de los 190 (ciento noventa) parlamentos registrados, 110 (ciento diez) son unicamerales y 75 (setenta y cinco) bicamerales. Estos últimos son predominantes en los países más poblados y en las democracias más consolidadas.

Nuestro país, desde el año 1822, se ha organizado siguiendo esa estructura bicameral, lo que ha constituido una constante institucional, tal como lo demuestran las Constituciones de 1828, 1833, 1925 y 1980. En el plano legislativo, nuestra estructura parlamentaria ha sido clasificada en la categoría de lo que la doctrina ha denominado “bicameralismo perfecto”. En consecuencia, en esta función ninguna cámara predomina por sobre la otra. Las diferencias se presentan, como ustedes saben, en el ejercicio de las funciones exclusivas de cada Corporación.

En todo caso, este no es un tema cerrado, como lo demuestran los debates académicos y políticos que se han venido realizando desde hace algunos años. También contribuye a este análisis el hecho de que países de nuestro entorno más cercano, como son, Perú y Ecuador, hayan decidido avanzar hacia estructuras unicamerales.

Reflexionar sobre las virtudes y problemas que podría presentar la actual estructura bicameral de nuestro Parlamento y, por ejemplo, su impacto en nuestro sistema político y legislativo, y cómo un cambio a un sistema unicameral podría, de alguna manera, obligar a una reforma más sustantiva de todo el funcionamiento del aparato legislativo constituye un interesante ámbito de análisis que queremos abordar esta mañana.

Desde ya agradezco a cada uno de los expositores que nos acompañarán en esta sesión por su valiosa colaboración al éxito de estas Jornadas.

Concluyo estas palabras de bienvenida señalando que estamos convencidos que si avanzamos en el desarrollo de los estudios acerca del Parlamento, la Teoría de la Legislación y la Administración Parlamentaria, alcanzaremos los objetivos por los cuales nos constituimos y ayudaremos a construir en nuestro país un estado democrático de derecho donde tengan una mejor protección los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica.

Muchas gracias a todos.



CONSIDERACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LAS QUINTAS JORNADAS DE DERECHO PARLAMENTARIO

2.- GONZALO VICENTE

DIRECTOR DE LA ACADEMIA PARLAMENTARIA

Señor Ministro del Tribunal Constitucional, don Raúl Bertelsen

Señor Subdirector de la Biblioteca del Congreso, don Edmundo Serani

Señor Presidente de la Sociedad de Derecho Parlamentario, don Rodrigo Pineda

Señor Director de la Revista de Derecho Parlamentario 50+Uno, don Rodrigo Obrador

Estimados funcionarios y asesores parlamentarios

La Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados y la Sociedad de Derecho Parlamentario han aunado una vez más sus esfuerzos en el objetivo de convocar a esta quinta versión de las Jornadas de Derecho Parlamentario que hoy comienzan. En coherencia con su definición misional de generar tiempos y espacios de discusión sobre temas de interés nacional, en esta ocasión hemos estimado pertinente invitar a un selecto y destacado conjunto de panelistas del ámbito político y académico para debatir sobre la problemática del uni-bicameralismo como alternativas institucionales de organización de la función parlamentaria.

Nuestra historia constitucional ha conocido, con participaciones notoriamente desiguales, ambas experiencias de estructuración. En efecto, la reconstrucción de la evolución de nuestro devenir parlamentario da cuenta que la actividad legislativa surge junto con el comienzo mismo de la Emancipación, el 4 de julio de 1811, ocasión en que se materializó una instalación incipiente del Congreso Unicameral. Entre 1811 y 1830 se sucedieron en nuestro país diversos intentos por reglamentar la convivencia nacional -todos ellos de corta duración y escaso éxito- etapa considerada como un necesario periodo de aprendizaje, de ensayos constitucionales o de organización de la República. Los reglamentos constitucionales provisorios de 1812 y 1814 y la Constitución de 1818 mantuvieron la fórmula congresista de unicameralidad, con diferentes variaciones en cuanto a su composición y atribuciones. Sin embargo, la Constitución de 1822 se inclinó por un sistema bicameral, el cual se consolidó con la Constitución de 1833, Carta Fundamental que concedió casi cien años de estabilidad

institucional que se sumó al contexto que permite explicar el desarrollo experimentado en el país durante ese largo periodo.

En el mismo sentido, comenzado el siglo XX; la Carta Fundamental de 1925, vigente hasta 1973, y luego también la Constitución de 1980 que nos rige hasta nuestros días, reafirmaron la elección de un sistema bicameral y otorgaron al Congreso un rol diferenciador en el desarrollo social y político del país. En consecuencia, la mayor parte de la historia republicana de Chile ha sido acompañada por un Parlamento bicameral, con un papel de protagonismo diverso, pero siempre presente. Para algunos pareciera entonces que en Chile es el bicameralismo la mejor herramienta para cumplir las funciones que el modelo republicano asigna al Congreso Nacional. Sin embargo, y a pesar de que esas se imponen en buena parte de nuestro país, en el Derecho Comparado generado en las últimas décadas existe un número cada vez mayor de estados que han adoptado una alternativa de sistema unicameral: tanto en América Latina, en naciones como Perú, Ecuador, Venezuela, Costa Rica, Panamá, Honduras, El Salvador, Puerto Rico y en la mayoría de los países centroamericanos, y en el Viejo Mundo, en estados como Dinamarca, Suecia, Grecia, Portugal, Hungría, Eslovaquia, Bulgaria y Bielorrusia. Asimismo, otras tantas naciones mantienen sistemas bicamerales, en los que se ha restado a una de las cámaras total o parcialmente de sus funciones legislativas, o bien una de sus ramas prevalece claramente por sobre la otra, como acontece en el Reino Unido, la República Checa, Eslovenia y –recientemente- en Italia. Debe también destacarse que en Chile, durante la última década, se han presentado al menos dos proyectos de ley que han pretendido sustituir el sistema bicameral por otro unicameral, y ya se ha anunciado un tercero en la misma dirección.

Respecto de los beneficios y desventajas de cada uno de estos sistemas, no existe acuerdo entre los tratadistas ni tampoco se visualiza una nítida corriente de opinión pública en favor de una u otra orientación. Evidencias ricamente desarrolladas sobre estas posturas, sustentadas en opiniones autorizadas, son las que buscamos escuchar en las sesiones programadas para este seminario, y las cuales enriquecerán la discusión actual sobre esta materia.

Sin más introducción, solo me resta darles a cada uno de ustedes la más cordial bienvenida e invitarlos a convertir este encuentro en una nueva oportunidad de crecimiento profesional y de aporte al debate de interés nacional.



LANZAMIENTO DEL TERCER NÚMERO
DE LA REVISTA CHILENA DE DERECHO
PARLAMENTARIO

3.- RODRIGO OBRADOR

DIRECTOR REVISTA DE DERECHO PARLAMENTARIO

Autoridades

Expositores invitados

Socios de nuestra corporación

Estimados amigos

Si me permiten, en primer lugar, quiero agradecer al Director de la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario por la confianza y el honor que importa el desafío de dirigir nuestra revista. Luego, a quien, oficiando como editor de nuestra publicación, ha contribuido significativamente a la calidad y consistencia de los contenidos de ella, don Julián Saona. A la periodista Sofía Calvo, por su asesoría en materia de imagen. A la destacada pintora Anka Grunewaldt Sapunar, quien con la creatividad de sus ilustraciones la ha enriquecido, otorgándole valor estético. A Alejandro Turis, quien dirige nuestro sitio www.derechoparlamentario.cl, espacio que cobija la versión digital de nuestra revista. Resulta indispensable una mención a la Oficina de Diseño, Diagramación e Impresión de la Cámara de Diputados, especialmente a su director, Osvaldo Fernández, por la calidad del estándar alcanzado, en un formato que se manifiesta aireado e innovador. Y, por supuesto, agradecer a todos ustedes, que han tenido a bien acompañarnos en esta significativa oportunidad: el lanzamiento del tercer número de nuestra Revista Chilena de Derecho Parlamentario 50+Uno.

El año pasado celebramos nuestras Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Parlamentario y los trabajos allí expuestos, más otros aportes, dan vida al correspondiente ejemplar de nuestra publicación, el que se encuentra dedicado, fundamentalmente, a analizar la relación entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional. En esa oportunidad, más allá de las ricas discusiones teóricas, quisimos aportar al aludido debate presentando nuevos elementos de Derecho Comparado y Jurisprudencia Constitucional. En efecto, los artículos incluidos en el presente número de nuestra revista se refieren a distintos aspectos de lo que ocurre en Perú, España, Francia y Brasil.

En primer lugar, se presenta El sentido, la designación y la actividad hipertróficos del Tribunal Constitucional peruano, del profesor César Delgado Guembes. La vasta experiencia de este autor en la Academia y en el trabajo parlamentario le permiten, en el estilo que lo distingue, atreverse a formular originales y audaces proposiciones.

Luego, La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿una pérdida de poder para el Parlamento francés?, de la investigadora francesa Natacha Bonnal, desarrolla una interesante visión sobre cómo el establecimiento de un control a posteriori de la ley en Francia dio lugar a un cuestionamiento sobre una posible pérdida de poder por parte de sul Parlamento y significó, además, un cambio en la forma en que se relacionaban ambos órganos: Pero, en definitiva, todo ello reforzó el ejercicio democrático.

Enseguida, La exposición sobre la experiencia del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley en España, donde el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III y magistrado en Mérito del Tribunal Constitucional de España, don Pablo Pérez Tremps, realiza una valoración de la experiencia del control de la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley llevado a cabo en dicho país por el Tribunal Constitucional durante las primeras décadas de su funcionamiento, bajo la vigencia de la Constitución de 1978.

Finalmente, La interpretación constitucional en el no-reconocimiento del matrimonio homosexual en Brasil y Chile, de los autores Kristine Van Risenlaufer y Rodrigo Bermúdez, describe el proceso de legalización del matrimonio homosexual o matrimonio igualitario en Brasil por vía jurisprudencial, a partir de un fallo histórico del año 2011, y compara ese precedente con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional chileno sobre la misma materia.

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

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

Las Quintas Jornadas de Derecho Parlamentario que hoy celebramos darán vida al cuarto número de 50+Uno. En esta oportunidad, reflexionaremos acerca del diseño estructural

que determina el funcionamiento del Parlamento y, por lo tanto, la expresión de las funciones de representación, legislación y fiscalización. Nuestros distinguidos expositores desarrollarán una aproximación teórica, histórica y práctica en torno a la disyuntiva “unicameralismo-bicameralismo”. Veremos, entonces, que el sistema bicameral –como señalaba Liétard- encuentra su sentido en tanto cumpla con determinados requisitos o condiciones, tales como la no-congruencia en los mecanismos electorales para configurar las dos cámaras y la asimetría, o simetría, que muestra el bicameralismo cuando la segunda cámara disponga o no de atribuciones diversas a la primera en cuanto a la iniciativa legislativa.

Sin duda, esta mañana ponderaremos que la dicotomía “unicameralismo-bicameralismo” hace jugar diversos elementos institucionales. En efecto, el grado de validez del diseño parlamentario unicameral o bicameral debe corresponderse con el grado de coherencia con el resto de las instituciones que conforman el sistema político institucional. En nuestra opinión: la forma de Estado, el régimen de Gobierno, el sistema electoral, el sistema de partidos y el marco normativo.

Cada una de estas condiciones es una variable dependiente de las demás y en conjunto conforman un sistema. Constatamos que esta característica ha sido persistentemente omitida en los análisis sobre la temática y las propuestas de modificación al sistema político. En la mayoría de los casos, se considera un número muy reducido de variables y, adicionalmente, no se ahonda en las interacciones entre ellas y sus consecuencias.

¿Cómo ha funcionado nuestro sistema político? ¿Resulta conveniente transitar del bicameralismo al unicameralismo?

Para responder a estas preguntas, contamos hoy con la presencia de destacados invitados y, por cierto, sus valiosas reflexiones darán vida al siguiente número de nuestra revista.

Muchas gracias.

REFLEXIONES ACERCA DEL UNICAMERALISMO Y EL BICAMERALISMO

HERNÁN LARRAÍN

SENADOR

Muchas gracias. Quisiera agradecer a la Academia Parlamentaria y al Congreso la posibilidad de poder participar en este debate y felicitarlos por estos esfuerzos que están realizando para desarrollar un ámbito del Derecho, el parlamentario, que tiene una especificidad propia, que ha ido adquiriendo cuerpo en los últimos años y que lo cultiven quienes hoy día lo hacen, encabezados por don Rodrigo Pineda, con quien trabajamos mucho, junto a Norita Villavicencio y a tantos otros que veo aquí desde hace muchos años. Creo que es una contribución muy valiosa y especialmente significativa de quienes están impulsando esta actividad, que no solo va en beneficio de los que participan directamente de ella, sino también en la mejoría del trabajo legislativo del Congreso Nacional.

Lamentablemente, estamos -contrario a lo esperado hace algunos meses, cuando se programó esta reunión- en plena discusión presupuestaria, lo que explica nuestras dificultades para estar aquí y participar debidamente en este debate. Sin embargo, no he querido restarme para compartir unas breves reflexiones que pueden ser útiles para alguna discusión que ustedes puedan continuar desarrollando.

Sin haber oído las intervenciones anteriores, no cabe la menor duda que la discusión pura, abstracta de bicameralismo-unicameralismo es difícil hacer sin referirnos al sistema político, es decir, cómo se han organizado las estructuras de poder al interior de un estado. Quizás esa debería ser la discusión más de fondo, anterior a la mera discusión de si es mejor un sistema cameral u otro, porque tiene relación con cuestiones mayores. Así, si nosotros pensamos en la dicotomía presidencialismo-parlamentarismo, es probable que alguno de estos sistemas, bicameralismo o unicameralismo, tenga una mayor afinidad según cuál sea su sistema de fondo, que nosotros quisiéramos incorporar dentro de nuestro país.

En lo personal, desde un punto de vista conceptual, me atrae enormemente el Parlamentarismo. Me parece que tiene, en sí mismo, aspectos teóricos que lo justifican y lo presentan como un sistema más ordenador del funcionamiento del aparato público. Y no es casualidad que el grueso de los países más desarrollados ha logrado conjugar una serie de elementos comunes, dentro de los cuales el Parlamentarismo tiende a ser un modelo mayoritario. No es en todos los casos así. Tenemos países como Estados Unidos, que tienen un sistema presidencialista, pero incrustado dentro de un sistema federal que hace que el poder se distribuya

y se estructure de una manera diferente. Pero me parece que esa es una discusión que también serviría para ordenar cuál sistema pudiera ser más adecuado.

El Parlamentarismo, desde mi punto de vista, ordena la estructura del poder político bajo el concepto de una sola soberanía. Es decir, el poder ejecutivo se origina de la misma fuente que el poder parlamentario -o que el Parlamento-, porque la elección del Parlamento es, según la mayoría que se obtenga, la elección del Primer Ministro, o como se llame el jefe de gobierno. Y me parece que eso tiene un efecto ordenador desde varias perspectivas: los estados presidenciales tenemos el efecto de la doble soberanía, es decir, el Parlamento tiene su propia soberanía, los parlamentarios -nosotros- somos elegidos directamente por la ciudadanía, pero el gobierno también, y el Presidente de la República lo es. Por lo tanto -sobre todo por las estructuras que puedan ocurrir, en que los Parlamentos no tienen la misma mayoría que el gobierno-, se dan cuestiones de legitimidad en donde nadie puede reclamar supremacía por sobre el otro, porque ambos tienen la misma fuente de legitimidad democrática fundada en el mismo soberano: los ciudadanos. En consecuencia, se plantea ahí un problema difícil de resolver, y la efectividad de los gobiernos se ve, por eso, muchas veces, menoscabada.

En un régimen Parlamentario se resuelve esa dicotomía y, al mismo tiempo, se garantiza que el gobierno que asume y lleva adelante la conducción del país tiene por detrás el respaldo de un Parlamento que le garantiza la aprobación básica de sus leyes y de su programa de gobierno. Ello, sin lugar a dudas, apunta en una dirección positiva de la efectividad de las políticas del gobierno. No ocurre normalmente o necesariamente en los sistemas presidenciales, donde se produce esta situación de eventuales diferencias de carácter de mayorías entre uno y otro ámbito. Hemos tenido, en estos últimos 24 o 25 años, variaciones en esta situación, lo que explica muchas cosas.

Ahora bien, el hecho de que el Parlamento no corresponda a las mismas mayorías que al gobierno no es, en sí mismo, negativo. No es pura maldad, no es puro efecto de inconveniencia, porque -muchas veces- lo que hace que la política tenga una capacidad de interpretar mejor a la ciudadanía son los acuerdos a los que pueden llegar estos poderes distintos que tienen, precisamente, composiciones mayoritarias diferentes, lo que obliga a buscar entendimiento, acuerdo, lo que, creo, puede -si se hacen bien los trabajos- garantizar no solamente mayor efectividad, sino que también mayor consenso y respaldo a las decisiones que se toman. Esta es una discusión que me parece está íntimamente vinculada a esta situación.

Dicho esto, yo diría que una de las razones por las cuales me parece preferible, sin lugar a dudas, el bicameralismo en Chile, es porque actuamos bajo un sistema presidencialista y, al hacerlo así, estimo que el efecto del trabajo parlamentario tiene algunas ventajas que, a mi modo de ver, se perderían si tuviésemos un sistema unicameral. Me parece que hay una adaptación mayor del bicameralismo hacia los regímenes presidenciales, como hay una ventaja mayor de los regímenes unicamerales con el parlamentarismo por las razones que he señalado. Y esa coherencia con el sistema político hace que el Parlamento, como lo ha hecho durante estos años, tenga un rol de contrapeso, de equilibrio que -a mi juicio- ha sido positivo y valioso para el funcionamiento de nuestra democracia. Particularmente, teniendo en consideración que tuvimos un periodo sin democracia -Dictadura, Gobierno Militar, Gobierno de Facto; técnicamente y obviamente no fue una democracia, fue una dictadura.

Lo cierto es que en estos últimos años el Parlamento ha sido muy importante para el desarrollo de una transición que, creo, ha sido bastante ejemplar desde el primer día. Todos saben la posición política que yo tengo, pero no vacilo en decir que quizás el gobierno más importante de estos años ha sido el de Patricio Aylwin, quien fue un presidente muy equilibrado que logró hacer lo más difícil: al día siguiente de terminado el Gobierno Militar, se hizo cargo de un país que estaba en un estado de tensión y de incertidumbre muy fuerte acerca de lo que venía, con el ex jefe de la Junta Militar como Comandante en Jefe del Ejército y, sin embargo, pudo instalar la democracia. Creo que eso se debió a que contó con un Parlamento responsable, donde no tenía mayoría, porque tenía en el Senado la presencia de los Senadores designados y, con todo lo que eso significa, logró generar equilibrios que -a mi juicio- fueron muy importantes para consolidar la democracia en Chile, como ha ocurrido en estos años. Y el hecho

de que durante el gobierno de Sebastián Piñera hubiese minoría del gobierno que él lideraba, porque no tenía el control del Parlamento, no fue obstáculo a su progreso, porque logró que estas políticas que pensaba impulsar y que llevó adelante pudiesen tener este contrapeso, este balance adecuado para el buen funcionamiento de las políticas públicas; lo obligaba a buscar acuerdos y a mí me parece que eso era una buena señal para nuestra democracia.

Adicionalmente, yo veo otros elementos que hacen conveniente el bicameralismo, no solamente la coherencia con el sistema político imperante en Chile. Uno, el fenómeno de la doble representación: el sistema unicameral tiene una sola posibilidad, cualquiera que sea el mecanismo del sistema electoral que se escoja va a ser uno solo, si es proporcional, si es mayoritario, los hay en sistemas unicamerales de distinta naturaleza. En el caso de los países del Reino Unido, estamos hablando de un sistema mayoritario. Pero hay otros casos, como el israelí, que es un sistema cien por ciento proporcional. No cambia mayormente la forma de concebirse la representación porque puede seguir un modelo u otro. Sin embargo, en los sistemas bicamerales, con cámaras que tengan pesos equivalentes -porque hay sistemas unicamerales, sabemos, que tienen una segunda cámara de fantasía, como era la Casa de los Lores, la House of Lords en el Reino Unido, que tenía muy poca función. Tanto, que prácticamente ha desaparecido en su peso-. Pero en el caso de cámaras de pesos equivalentes, como es el sistema chileno, sin lugar a dudas, eso permite una doble representación. Tener, por un lado, una representación en una cámara más política, que tenga en su composición una representación más proporcional y más directamente vinculada a los ciudadanos; y otra cámara que pueda representar una mirada distinta, en este caso, la de las regiones, y, por lo tanto, las composiciones pueden ser diversas y esa doble representación permite miradas que son complementarias y enriquecen el debate.

En la Cámara de Diputados, en una estructura proporcional -más que la que tenemos hoy día-, no solamente por el sistema binominal, sino que también por la que se propone en el sistema que hoy día está en discusión, del cambio del sistema electoral en donde hay abiertas contradicciones con respecto al principio de igualdad del voto en la Cámara de Diputados. Dejando eso a un lado, hay de todas maneras una mayor vinculación directa y más proporcional con el número de electores y de habitantes de un determinado distrito.

En el caso del Senado, la presencia de carácter regionalista en su composición, preferentemente regionalista, porque el proyecto original de la Constitución del 80 era completamente regionalista -dos por región- se modificó, también corrigiéndola según el número de habitantes. Una ligera corrección, criterio que utilizan algunos países como Alemania, por ejemplo, que también tiene reglas para modificar la representación de las distintas provincias de un gobierno federal, como es el alemán; se puede hacer y, de hecho, nuestra Constitución no dice que la representación del Senado sea una representación de las regiones, sino que tiene que considerar también la adecuada representación regional.

Pero más allá de eso -y de la exactitud con que se haga-, esto también me parece una ventaja importante del bicameralismo: que puede proporcionar representaciones distintas que, como digo, por una parte, miren el factor poblacional, pero que, por otra parte, miren también otras realidades. Porque, de lo contrario, regiones más pequeñas, como son las regiones extremas, por ejemplo, pasan a no tener ninguna significación en el momento de las decisiones. Y hay ciertas situaciones, que por razones geopolíticas o de diversa índole, no recomiendan que esa situación se mantenga igual en ambas cámaras. Eso no es posible con un sistema unicameral, es factible -en cambio- con un sistema bicameral: lograr representaciones distintas que atiendan a realidades diferentes y que eso permita, por lo tanto, que las decisiones legislativas tengan en su funcionamiento una realidad complementaria que logra legislaciones más adecuadas, de mayor calidad. Y creo que ese es un factor que -sin lugar a dudas- no se puede dejar de considerar.

Creo -y aquí hablo ya no por razones conceptuales, doctrinarias o análisis simplemente racionales- que hay otro argumento que -a mi juicio- es muy determinante y que, después de un poco más de 20 años de trabajo parlamentario, me atrevo a decir: sin lugar a dudas, el bicameralismo permite el doble chequeo legislativo que permanentemente sirve para enriquecer el trabajo que hace el Congreso.

Normalmente, en Chile, los proyectos de ley se inician en la Cámara y nos llegan, luego, al Senado; y en él nosotros tenemos siempre la posibilidad de revisar y corregir, luego del debate que ya se produjo en la Cámara, ese proyecto de ley. Lo digo no porque considere que el Senado sea superior a la Cámara; lo digo porque la práctica hace que los proyectos se inicien en la Cámara, pero si fuera a la inversa, el fenómeno se daría de la misma manera: que proyectos que hiciera el Senado en el primer trámite, cuando pasen a la Cámara Revisora, tiene esta facultades -si fuera la Cámara de Diputados- de poder corregir y aprovechar el debate que se produjo en el Senado, si esta fuera la Cámara de origen. Esa experiencia, créanme, es insuperable. Es más; hay proyectos que por su amplitud no corresponden solo a una comisión -es siempre difícil, hay proyectos que, por ejemplo, dicen relación con el agua: hay múltiples miradas para trabajar proyectos que tienen que ver con el agua: Obras Públicas reclama, Agricultura reclama, Medio Ambiente reclama, Constitución reclama, el Ministerio de Energía reclama-, hay visiones distintas para tratar algunos temas. Estoy, probablemente, abusando en el ejemplo, pero hay otros que se ven, a lo menos, en dos comisiones; a veces se vinculan Agricultura con Salud, en fin.

Hay muchos temas que merecen una doble mirada. Y no estoy refiriéndome al rol de la comisión de Hacienda, que tiene una mirada más técnica que es complementaria. Aquí estamos hablando de temas en los cuales las comisiones, que son las encargadas técnicas de un área de la legislación, se topan y se traslapan. Y eso obliga a que los proyectos pasen por dos comisiones: a veces se forman comisiones unidas, pero muchas veces la revisión se hace en comisiones separadas. De nuevo, la experiencia de ese doble trabajo prueba que la legislación se corrige y se mejora. Entonces, si nosotros quedáramos entregados al trabajo legislativo de una sola Cámara, creo que estaríamos perdiendo la enorme efectividad que ha demostrado -en mi opinión- en la experiencia legislativa el hecho de que haya una doble mirada.

Ello se puede dar por muchas razones. Por ejemplo, en el caso de la reforma tributaria, -a mi juicio- fue una decisión política del gobierno de no tener una discusión muy extensa en la Cámara de Diputados, pero se abrió a así hacerlo en el Senado. Repito: no es que la Cámara no haya podido hacerlo, es que -por razones políticas- no lo hizo. Y en el Senado, en cambio, se produjo por las razones que sea. No estoy haciendo un análisis ni un juicio político. Estoy simplemente mirándolo desde el punto de vista de las razones que de repente ocurren y que hacen que el doble chequeo logre objetivos que la existencia de una sola cámara no tendría. Y eso permitió, en el caso de la Reforma Tributaria, hacer un esfuerzo de enriquecimiento, de correcciones muy profundas que luego fueron acogidas por la propia Cámara de Diputados que probablemente, si hubiera tenido el tiempo y esa voluntad política, habría podido avanzar en líneas muy similares a las que hizo en su momento el Senado, pero no ocurrió. De manera que también un bicameralismo permite un doble chequeo que no solamente se puede explicar por razones de técnica legislativa ni por razones simples, de sentido común, que “cuatro ojos ven más que dos”, sino que también permite que factores externos que existen, que se dan, como son las consideraciones políticas, consideraciones coyunturales del momento, que pueden no ser necesariamente de carácter político, pueden ser de carácter económico, del surgimiento de presiones sociales, o de carácter internacional, recomienden o hagan que los esfuerzos legislativos que se hacen en las distintas instancias sean mayores.

Yo entiendo que un argumento que hace más atractivo al unicameralismo es: una mayor efectividad, una mayor rapidez, incluso, en el trabajo legislativo. Eso es cierto. Si hay una sola Cámara, seguirá su procedimiento. Y, una vez que lo despachó la Cámara, no habrá otro procedimiento similar. Uno dice: “Oye, pero eso es una pérdida de tiempo”. Y, particularmente en la época en la que nos toca vivir, el tiempo no es un factor menor. Yo creo que parte del cuestionamiento que se hace al mundo político y parlamentario, en particular, tiene que ver con que las decisiones que el Parlamento toma son decisiones abstractas y generales. En cambio, cuando yo visito mi circunscripción y estoy con la gente, lo que ella quiere es que le resuelvan su problema de la pavimentación del camino, de la construcción de las viviendas, de cosas concretas que son obras que se tienen que realizar lo más rápido y lo antes posible. Nosotros, en cambio, estamos discutiendo normas abstractas y distantes de la gente que no les van a resolver, una vez que las aprobemos, ni el problema de pavimentación, ni la falta de agua potable ni los problemas de

contaminación que pueda tener una ciudad. Son más genéricas y eso nos pone a una cierta distancia, pero sobre todo, a un ritmo de trabajo distinto. Aquí la gente quiere las soluciones ya, hoy y ahora, y ya estamos atrasados. Es difícil competir y, además, tener sintonía con esa demanda ciudadana.

Dicho lo anterior, debo señalar que la experiencia que uno tiene en el trabajo legislativo no hace recomendable, a pesar de que esto pueda no tener una comprensión o una mayor sintonía ciudadana, la mayor rapidez. Porque, al final del día, lo que nosotros debemos hacer, y de lo que somos responsables, es lograr una buena legislación.

Se dice que nuestro trabajo es lento, por ejemplo, a propósito de varias normas que han sido aprobadas después de una larga tramitación: la Ley de Divorcio es un caso. Y no me quiero referir a la cantidad de proyectos que se presentaron desde la década del 40; la discusión es del proyecto que finalmente se aprobó, cuya discusión parlamentaria tomó unos 10. Otro caso en que se ha demorado la discusión corresponde a otra materia similar, como es el Acuerdo de Vida en Pareja. Es decir, hay temas que son difíciles de solucionar. No es lo mismo resolver materias de carácter técnico que tienen una fundamentación que al final dicen relación, más que con un criterio político, con cuestiones que emanan de ciencias, técnicas, artes o actividades que tienen disciplinas que justifican y fundamentan el cambio legislativo más que una opinión que tiene que ver con una mirada del hombre, de la sociedad, con una fundamentación doctrinaria o de valores. No le podemos aplicar los mismos ritmos a esas decisiones y si el Parlamento se demora diez años, o no resuelve un tema; -porque hay algunos que no se han resuelto- por ejemplo, el tema de qué hacemos con la estructura forestal CONAF, que es una entidad privada, una corporación que desarrolla tareas públicas. Hay una contradicción en sí misma, pero los distintos proyectos que se han presentado no han logrado acuerdo.

Si uno dice: “Bueno, esto es negligencia, es falta de efectividad”, ¿lo vamos a resolver mejor porque tenemos una sola Cámara? Las leyes, los proyectos de ley, cuando se demoran, es porque no logran una solución razonable ni acordada que logre satisfacer a las mayorías existentes. Y, por lo tanto, la rapidez -sobre todo en esos proyectos, que son los que más se demoran- no resulta recomendable, ni aconsejable desde el punto de vista de la técnica legislativa. “No hay que apurar el ganado flaco”, dicen en el campo. Hay que dejarlo, que repose, que se tome su tiempo, que engorde, que llegue a su peso que lo hace comerciable, etcétera; porque apurar ganado flaco no lo va a hacer cambiar de peso de un día para otro, no lo va a mejorar. Es el tiempo el único que lo puede hacer. Y a veces el tiempo produce acuerdos, consenso y resuelve los temas. En otras materias, no.

Yo recuerdo que hace años estuvimos discutiendo un proyecto sobre fertilización asistida: ¿Se debía legislar? Se presentaron proyectos de leyes, había muchas inquietudes sobre cómo resolvíamos el tema. Estuvimos discutiendo mucho rato en la Comisión de Constitución en ese entonces. Y participaba bastante, aunque no era miembro de la Comisión, Mariano Ruiz-Esquide, que era doctor, y los médicos estaban particularmente preocupados por este tema que tenía estas aristas. Yo recuerdo haber conversado con algunas personas que conocía. Fui a algunas clínicas a ver cómo operaban, qué es lo que hacían, en qué consistían los distintos métodos, etcétera; hay un desarrollo bastante extenso en esta materia. Habremos discutido entre uno y dos años, no recuerdo exactamente -a lo mejor alguien de la Comisión se acuerda cuánto tiempo le dedicamos a ese proyecto- y al final, llegamos a una conclusión: es mejor no legislar. Esta materia, al final, tiene tanta dependencia de los desarrollos científicos que si nosotros rigidizamos a través de una norma jurídica el tratamiento de esa materia, vamos a ponerle camisa de fuerza a su desarrollo. Lo mejor que podemos hacer es confiar en los controles éticos de los hospitales y las clínicas: todos lo tienen. Y, por lo tanto, ahí está la posibilidad de ver cómo se manejan estas técnicas. Porque establecer por ley cómo debe ser, qué cosas se aceptan, qué cosas no, significaba tomar posturas científicas que la ciencia no tiene resueltas. En consecuencia, no era conveniente legislar.

¿A qué voy con esto? Yo creo que cuando uno toma decisiones respecto de cómo mejorar la calidad del trabajo legislativo, las estructuras eficientistas, rápidas, unicamerales, podrán dar resultados más

efectivos, pero no mejores. Y creo yo que al final a un país lo que le sirve y lo que necesita es buena legislación. Dicho en dos palabras, desde mi perspectiva, creo yo que tiene mucho que ver una definición de esta naturaleza con la estructura de los poderes públicos. Y creo que en una estructura parlamentaria, el sistema unicameral es más apropiado. Pero en un sistema presidencialista me parece que, por las razones que he expuesto, de coherencia política, a las cuales se suman la conveniencia de la doble representación y chequeo para mejorar la calidad del trabajo legislativo, yo, por lo menos, no veo ninguna justificación actual para modificar en nuestro país la estructura del Congreso. Eso no significa que no podamos corregirla, hacerla más eficiente, mejorar la representatividad de los parlamentarios, definir sistemas electorales. Hay muchas cosas que se pueden hacer sin alterar la estructura bicameral. Mejorar el bicameralismo y la relación del Congreso con el Ejecutivo, por ejemplo, en la definición de la agenda.

Nosotros hemos tenido en estos días una discusión con el Gobierno respecto a la Reforma Educacional, porque nos hemos sentido –algunos, en el Senado- pasados a llevar, porque la agenda legislativa del Senado respecto de la Reforma Educacional se discute en La Moneda; y debería discutirse aquí y nosotros deberíamos tener una última palabra. No se trata de no trabajar en febrero. Es al revés: se trata de tener más tiempo para trabajar, a lo mejor, en marzo o en abril, hasta que tengamos una buena ley. En fin, no quiero entrar en el tema específico. Lo que quiero decir es que podemos discutir, también, en esta relación del Congreso con el Gobierno acerca de cómo se deben definir las urgencias, la forma de trabajo y mejorar el actual Congreso. Creo que hay espacios y conveniencias para revisarlo y la experiencia nos da luces sobre cómo poder avanzar. Pero cambiar la estructura –a mi juicio- no es para nada conveniente.

Termino con un comentario final: cuando los Diputados que han estado promoviendo este debate dicen que quieren que haya una sola cámara, están diciendo que desaparezca el Senado. Yo diría que es mejor preguntarle a los ciudadanos: si hay una sola Cámara, ¿cuál Cámara es la que debería desaparecer?

UNICAMERALISMO Y BICAMERALISMO

RAÚL BERTELSEN
MINISTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es siempre un motivo de particular agrado venir a Valparaíso. Yo estudié, como se ha recordado aquí, y trabajé muchos años en la Universidad Católica de Valparaíso y esa es la razón por la cual veo en la sala a algunos amigos, compañeros de universidad o alumnos. Y recuerdo que cuando hace nueve años fui nombrado Ministro del Tribunal Constitucional, la primera actividad a la que fui invitado fue de la Academia Parlamentaria, o creo de los Abogados de Comisiones, a que vine a estar una mañana en Valparaíso. Ahora que estoy casi por terminar mi desempeño en el Tribunal Constitucional, nuevamente he sido invitado y es ello motivo de particular satisfacción.

Al requerírseme que hablara sobre el bicameralismo y unicameralismo, no he podido por menos recordar que hace cuarenta años elaboré mi tesis doctoral en la Universidad de Navarra, en España. Fue sobre el Senado de dicho país, que en esa época era una institución histórica que, después, fue restablecida. Y ello me llevó a estudiar sobre todo el bicameralismo en el siglo XIX.

El bicameralismo ha sido siempre, en la época contemporánea y, específicamente, cada vez que se ha discutido un nuevo texto constitucional, uno de los puntos más polémicos. Esto, por un doble motivo: uno, porque al adoptarse la decisión fundamental en torno a la configuración del Congreso Nacional, Parlamento o como se llame -según los países- el poder legislativo, si tendrá una estructura unicameral o bicameral, y si la razón se inclina por esta última opción organizativa, a su vez surge la discusión sobre cómo se estructurará una y otra cámara y cuáles serán sus facultades. De modo que no es extraño, sino una constatación -una vez más- de esta permanente actualidad de la discusión en torno al bicameralismo y a la organización de la segunda cámara, que en momentos como los que vivimos en Chile, en que vuelve a ponerse en discusión la reforma o la elaboración de una nueva Constitución, surja con fuerza el tema de tener una o dos cámaras.

Esta permanente preocupación por la configuración del Parlamento hace que los argumentos y razones que se esgriman, traigan a colación o se recuerden no puedan ser en verdad muy originales. Porque todo –o casi todo- se ha dicho en esto: si una o dos cámaras, cuáles son sus ventajas, sus inconvenientes o, si son dos cámaras, cuál será el principio organizativo a adoptar. No hay muchas cosas nuevas que esperar. Yo por lo menos no tengo argumentos originales que vayan a marcar, ni muchísimo menos, una época en el debate sobre el bicameralismo, que es un tema que siempre me ha interesado, al elaborar mi tesis

doctoral, y a través de mi larga docencia en Derecho Constitucional.

Lo que voy a decir, entonces, son solo algunas reflexiones en torno a los puntos que –a mi juicio- hay que tener más presentes cuando una institución, como lo es el Congreso Nacional, tiene que ocuparse de posibles reformas constitucionales. Algunos de estos puntos deben ser más cuidadosamente atendidos, recalcando que no voy a decir seguramente nada original.

En primer lugar, y en esto coincido con lo que dijo el Senador Larraín en la exposición que escuchamos rato atrás, así como también con algunos de los introductores a esta jornada de estudio, hay que insertar el debate sobre tener una o dos cámaras en relación con la forma de Estado y de gobierno que se establezca en un país. Es sabido que la forma de Estado compuesta, como el Estado federal, o las figuras intermedias, como es el caso español de las comunidades autónomas, parecen reclamar un sistema federal para que una de las cámaras sea la vía para la representación de las unidades políticas menores, llámense estados, provincias, países, etcétera.

Este argumento o esta vinculación, podemos decir, hay que tenerla –a mi juicio- muy presente en el momento chileno actual en el que se reflexiona y se discute sobre una profundización de la regionalización; se han elegido por primera vez (desde 1827 o 28, y ya no se llaman Asambleas Provinciales) Consejos Regionales, pero son órganos representativos en las unidades territoriales generados democráticamente por elección directa. Está en estudio si se eligen o no por la ciudadanía de cada región a los Intendentes o Presidentes del Consejo, como se les quiera llamar. Todo parece indicar que vamos a una profundización de la descentralización política. ¿Hasta dónde va a llegar? Pues no soy yo quien tenga la respuesta, pero sí quiero señalar que en esa dirección parece cobrar fuerza el que una de las Cámaras tiene, de alguna forma, que privilegiar la representación de las regiones. Y, al respecto, quiero llamar la atención sobre un tema que, si hubiera un sistema unicameral en Chile, es delicado por la concentración de la población en la capital, que está por el orden del 40 o el 45% en este país.

Si existe una sola la Cámara, aunque haya algunos ajustes territoriales en cuanto a la elección de los representantes, no pueden ser muy amplias las correcciones. Entonces se corre el riesgo que la cámara única sea un reflejo de la capital del país, y pueda convertirse en un factor de reforzamiento de lo que, de suyo, tiende a una centralización excesiva.

Ese es un factor que, en mi opinión, debe tenerse en cuenta para relacionar la existencia de una o más cámaras con las formas de Estado. La otra relación se vincula con la forma de gobierno; no abundar en distintas alternativas, podemos decir de un sistema presidencial, semi-presidencial o parlamentario. Si el sistema es parlamentario o semi-presidencial –como el caso francés, que tantas veces se recuerda en Chile-, de ser un sistema bicameral, ahí claramente una de las cámaras debe tener un relieve político mayor que la otra. Pero si hay una cámara que está destinada a dar y negar la confianza al gobierno –al Primer Ministro y a sus colegas de gabinete-, es un factor muy distorsionador y que dificulta mucho la formación de gobiernos cuando las dos cámaras tienen el carácter de cámaras políticas, que es lo que sucede hasta el día de hoy en Bélgica y entiendo que es lo que en Italia se ha corregido, o está por corregirse en estos momentos.

Como digo, si la forma de gobierno es parlamentaria o semi-presidencial, de haber dos cámaras, tiene que establecerse una asimetría entre una y otra para evitar los temas de la doble confianza política. Puede ser una cámara, efectivamente, en un sistema parlamentario. No veo tantas razones como –a mi juicio- hay en el sistema presidencial, sobre todo cuando la forma de Estado en el país que adopta un sistema presidencial es federal, o tiende a una descentralización política en la que una de las cámaras está llamada a ser la vía de la representación territorial. Y si es presidencial el sistema de gobierno, existe un riesgo con un sistema unicameral, que bien puede llevar a un enfrentamiento entre la cámara única y la presidencia, con los peligros ciertos de que no existan salidas para esas crisis –que es uno de los grandes defectos del sistema presidencial (la mayor rigidez)-, o bien –que es un peligro no menor y que en Latinoamérica

tenemos más de algún caso- que haya un sojuzgamiento de la asamblea única por parte del Presidente de la República y lleve a la insignificancia a la institución parlamentaria. Pareciera, entonces, que es más prudente establecer dos cámaras, en un sistema presidencial con descentralización política.

Ahora bien, en el caso chileno, puesto que hasta ahora han sido consideraciones teóricas de índole más bien general, pesan –a mi parecer- otras razones. Al preparar esta intervención, consulté lo que la Comisión de Estudios de la Constitución, la Comisión Ortúzar, expresó en 1978, cuando terminó sus labores -como recordará Fernando Soffia, a quien veo aquí presente y que era el Secretario de Actas de esa Comisión-. Entre otras razones, esa Comisión señaló que la composición bicameral era la tradicional en Chile y que la experiencia de más de siglo y medio, en general, era positiva en pro del bicameralismo. Otras razones que expresó hoy ya no tienen relevancia porque están pensadas en un Senado nacional, elegido por listas para todo el país y un Senado que iba a estar integrado, por lo menos en un tercio, por Senadores no electivos. Como el tema de la generación democrática del Senado es algo que ya está resuelto, las razones que se esgrimían para justificar el bicameralismo, teniendo presente una cámara elegida sólo parcialmente, creo que hoy ya no son válidas. Pero sí estas dos, entre otras más secundarias que se esgrimían: la tradición y la experiencia.

Yo también, como el profesor Palma y no con asiduidad, he sido profesor de Historia del Derecho. Este año he vuelto a ocuparme de temas de Historia Constitucional en un Doctorado en Historia que se da en la Universidad de Los Andes. Entonces –a mi juicio- se desarma lo que podríamos llamar el “puzzle constitucional” de un país, ya sea para quitar piezas o introducir otras, lo que es una tarea muy delicada. Cuando se introduce una nueva pieza, como los Consejos Regionales, a veces no se sabe bien qué hacer con ellos: cómo se eligen, qué van a hacer, y empiezan las dudas. Y si se quita una pieza también, quién llena el hueco; se expande uno, se expande el otro, en fin.

Eliminar una de las cámaras significaría hacer un ajuste institucional no menor; señalo entre otros factores: qué hacemos con la acusación constitucional. Si la mantenemos, ¿a quién acuso? ¿quién juzga? ¿qué hacemos con los nombramientos que el Senado, por lo menos tradicionalmente en Chile (también en Estados Unidos), tiene que prestar su consentimiento para que el Presidente pueda nombrar los integrantes de algunos órganos del Estado importantes, como el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión, etcétera? Ese es un punto que debemos tener en cuenta: la continuidad institucional de los países. Es un factor relevante, sobre todo cuando se trata de instituciones arraigadas y que tienen en Chile una existencia casi bicentenaria.

El otro punto es la experiencia. En los nueve años que me ha tocado ejercer el cargo de Ministro del Tribunal Constitucional, al ocuparnos de los controles obligatorios de ley orgánica constitucional y, en eventual medida, de los requerimientos del Parlamento- uno se da cuenta de que los proyectos de ley son modificados, a veces, sustancialmente en el primer y en el segundo trámite constitucional.

Aquí hay una evidencia, ¿no es cierto? No es una reiteración o una repetición de la discusión en general, y en particular; frecuentemente no es irrelevante el segundo trámite. Y aquí -creo yo- que estaría el argumento de mayor peso que pudieran dar los defensores de los sistemas unicamerales: que la segunda cámara fuera irrelevante, que prácticamente se limitara a una corrección de estilo, asuntos menores de lo que la primera ha decidido. Es lo que yo he escuchado a algún profesor español al referirse al actual Senado español, que fue restablecido después de un largo interregno de más de cuarenta años. Este profesor sostenía que la Constitución de 1978, en la práctica, decía: “el Senado es prácticamente una cámara para corregir el estilo de las leyes”. No sé si será exagerado ese juicio, no me consta personalmente. Pero en el caso chileno claramente la segunda cámara no se ocupa de la corrección de estilo, sino de revisión profunda de los proyectos de ley aprobados en la primera cámara.





LA UNICAMERALIDAD DEL CONGRESO NACIONAL COMO REPARACIÓN DE LA ASIMETRÍA INSTITUCIONAL A FAVOR DEL STATU QUO

FERNANDO MUÑOZ LEÓN¹

SUMARIO

1 Constitucionalismo democrático — 2 ¿Porqué tenemos un Congreso bicameral? — 3 Argumentos a favor de un Congreso unicameral — 4 El proceso constituyente en marcha

RESUMEN

A la luz de una concepción sobre el rol de la Constitución frente al conflicto social que enfatiza la necesidad de facilitar su institucionalización, teoría que aquí recibe el nombre de *constitucionalismo democrático*, este trabajo sostiene que la separación del Congreso Nacional en dos cámaras debe ser eliminada debido a que ella consiste en un dispositivo constitucional orientado a proteger el statu quo.

Palabras clave: constitucionalismo democrático – conflicto social – Congreso Nacional

ABSTRACT

In light of an understanding of the role that the Constitution should play with respect to social conflicts that emphasizes the need to favor its institutionalization, a theory that is here named *democratic constitutionalism*, this work argues that the separation of National Congress into two houses must be eliminated because it works as a constitutional apparatus that aims at sheltering the status quo.

Key words: democratic constitutionalism – social conflict – National Congress

¹ * Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor Auxiliar, Facultad de Derecho Universidad Austral de Chile.

1. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

En este trabajo defenderé la necesidad de poner fin a una continuidad histórica de nuestras instituciones: la bicameralidad del Congreso Nacional. Pero para lograr comprender la necesidad de este significativo cambio, es necesario contextualizar este argumento en el pasado reciente.

El golpe de Estado de 1973 inaugura un período de nuestra historia marcado por la apropiación de las formas constitucionales por parte de sectores de la élite, quienes emplean nuestras instituciones públicas para proteger sus intereses contra las demandas redistributivas de sectores sociales subalternos. La transición a la democracia no logra dar fin a este proceso, pues no sólo mantiene en su lugar diversas estructuras y procedimientos constitucionales que dificultan la expresión de proyectos políticos populares, sino también deja intactas las regulaciones al estatuto constitucional y legal de la propiedad (concesiones de recursos naturales, privatización de la satisfacción de importantes necesidades públicas, desregulación de la relación de consumo, debilitamiento de las organizaciones sindicales) que posibilitan la concentración del bienestar en pocas manos. El hecho de que las reformas constitucionales que simbolizan y al mismo tiempo operativizan la transición, las de 1989 y 2005, hayan sido el fruto de acuerdos realizados entre la élite política, en ausencia de mecanismos participativos de deliberación constitucional, ratifica el carácter excluyente de nuestro arreglo constitucional.

Este carácter excluyente de nuestro orden constitucional se traduce en que las demandas que cuestionan consensos básicos del orden constitucional chileno son silenciadas e invisibilizadas por nuestra institucionalidad política. Ello ocurre, por ejemplo, con las demandas sindicales por incrementos salariales, fortalecimiento de la negociación colectiva, y reemplazo del sistema de pensiones de capitalización individual; con la demanda mapuche por reconocimiento cultural y autonomía territorial; con la demanda feminista por la redefinición de prácticas machistas como formas de acoso sexual y por el reconocimiento de derechos reproductivos; o con la demanda regionalista por una reasignación de las cargas y beneficios derivados de actividades extractivas y productivas. Entonces, mientras que el sistema constitucional contempla mecanismos para proteger los intereses de la élite y canalizar institucionalmente sus necesidades, cuando los actores interesados no son elitarios, sino subalternos, entran en funcionamiento otros dispositivos; dispositivos de exclusión. Ellos van desde reglas electorales que dificultan el acceso de los sectores populares al proceso legislativo, hasta mecanismos represivos encargados de castigar la movilización de los sectores subalternos insatisfechos, pasando por controles jurisdiccionales encargados de invalidar cualquier afectación de los intereses de la élite que puedan ser conceptualizados como 'propiedad' o 'libertad económica'. Los dispositivos de exclusión y de inclusión contenidos en nuestro orden constitucional son fundamentalmente dispositivos de clase: son dispositivos que incluyen y excluyen dependiendo de la identidad social de los sujetos, es decir, de su etnia, su género, su orientación sexual, pero en última instancia, e incluso pasando por sobre esas diferenciaciones, son por sobre todo dispositivos que incluyen y excluyen dependiendo de la clase social de los sujetos.

Los ideales de la democracia y la inclusión social exigen desplazar este constitucionalismo excluyente, reemplazándolo a través de un constitucionalismo con premisas teóricas y consecuencias institucionales muy diferentes. Su punto de partida ha de ser el reconocimiento de la existencia en nuestra sociedad de intereses en conflicto, aparejado al establecimiento de mecanismos que permitan la participación de todos los involucrados en la gestión de aquellos conflictos. Denominaré *constitucionalismo democrático* a esta teoría sobre el rol de nuestras instituciones fundamentales frente al conflicto social.

En Estados Unidos, Robert Post y Reva Siegel han acuñado el término *constitucionalismo democrático* para denominar su propuesta teórica sobre la interacción entre la comprensión profesional de la Constitución y la comprensión que de la misma tienen los movimientos sociales; en sus palabras, "el desacuerdo interpretativo es una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional", pues "la autoridad de la Constitución depende de su legitimidad democrática, de su capacidad para inspirar a los estadounidenses a reconocerla como *su* Constitución", "creencia sostenida en tradiciones de compromisos

populares que facultan a los ciudadanos a presentar reclamos referidos al significado de la Constitución y a oponerse a su gobierno”, al tiempo que las propias autoridades “a su vez, resisten y responden a esos reclamos ciudadanos”.² Frente a quienes temen al desacuerdo profundo entre movimientos sociales, autoridades de gobierno y tribunales sobre los significados de los enunciados constitucionales, Post y Siegel observan que “cierto grado de conflicto puede ser una consecuencia inevitable de reivindicar los derechos constitucionales” y que “la controversia provocada por la toma de decisiones judiciales podría incluso tener efectos benéficos” pues los “ciudadanos que se oponen a las decisiones de los tribunales son políticamente activos”.³

Al apropiarme del término de Post y Siegel, lo sitúo en el contexto local, donde el desafío a la capacidad de nuestra Constitución de canalizar institucionalmente los conflictos socialmente existentes proviene no sólo del rol de los tribunales sino también de la práctica institucional en general. La tarea del constitucionalismo democrático en Chile consiste en reemplazar aquellas instituciones y prácticas que buscan “neutralizar la agencia política del pueblo”.⁴ Por consiguiente, lo que el constitucionalismo democrático favorece es el reemplazo del actual texto constitucional por un nuevo conjunto de instituciones y prácticas que posibiliten la *demokratia* en su sentido clásico, esto es, la capacidad colectiva del pueblo de actuar.⁵

En este contexto, la Constitución y sus instituciones deben actuar como foros que habiliten la participación y el involucramiento de los sectores marginalizados del poder. Ello significa que, en lugar de amplificar las asimetrías socialmente existentes, como ocurre hoy en día, la Constitución debe revertirlas, a fin de situar en un pie de igualdad o paridad a los diversos sujetos involucrados en el conflicto social.

2. ¿POR QUÉ TENEMOS UN CONGRESO BICAMERAL?

A la luz de la anterior teoría sobre el constitucionalismo democrático, discutiré la división del Congreso Nacional en dos cámaras. Sostengo que dicha división incrementa los costos del cambio normativo, lo cual representa un elemento de protección del statu quo que históricamente ha anticipado los numerosos dispositivos excluyentes y obstaculizadores del cambio social introducidos en las últimas cuatro décadas.

Demos un vistazo a la trayectoria histórica del bicameralismo. El Congreso chileno remonta su existencia a 1811. Nuestro Primer Congreso Nacional, que sesionó del 4 de julio de 1811 hasta que José Miguel Carrera lo clausurara el 4 de septiembre del mismo año, funcionó como una asamblea unicameral. No fue sino hasta 1822 que el bicameralismo —es decir, la organización del Parlamento en dos cámaras, un Senado y una Cámara de Diputados— ingresa en la historia de nuestro país mediante una Constitución promulgada por O’Higgins como un acto de concesión hacia sus opositores. Su renuncia casi inmediata previno la implementación de su texto; sin embargo, la estructura bicameral inaugurada en ese entonces se repitió en las Constituciones de 1823, 1828, 1833, y 1925.

La Constitución de 1822 se plegó con esa decisión al ejemplo de Estados Unidos, el cual a su vez se inspiró en el modelo parlamentario inglés. La comparación con aquellos países se revela esclarecedora; no en el sentido de que ofrezca una justificación para el bicameralismo, sino que, por el contrario, en cuanto a que ella revela lo distinto que es la realidad concreta de todos estos países. En el sistema británico, la división en dos cámaras posibilitaba en el marco del constitucionalismo inglés del siglo XVII de entre mediados del siglo XVII a fines del siglo XIX proveer de representación política diferenciada a dos sectores sociales distintos, la aristocracia, representada en la Cámara de los Lores, y el estado llano, representado en la

2 Robert Post y Reva Siegel. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013, pp. 44-45.

3 Post y Siegel, op. cit., pp. 64-65.

4 Fernando Atria. *La Constitución tramposa*. Santiago, Lom, 2013, p. 44.

5 Josiah Ober. “The original meaning of “democracy”: Capacity to do things, not majority rule”. *Constellations*, vol. 15, 2008, pp. 3-9.

Cámara de los Comunes. Lo interesante, en este sentido, es que los procesos de democratización del poder político en Inglaterra iniciados hacia fines del siglo XIX, expresados en la Reform Act 1867, la Representation of the People Act 1884 y, finalmente, la Representation of the People Act 1918, que llevaron a expandir el sufragio entre la población masculina, fueron acompañados de un proceso de privación de poder político de la Cámara de los Lores, particularmente a través de la Parliament Act 1911, la cual privó a los Lores de la posibilidad de vetar proyectos de ley relacionados con materias impositivas y con gasto público, así como reemplazó el veto definitivo de otros proyectos de ley con un veto suspensivo que tan sólo permitía retrasar la aprobación de un proyecto en dos años.

En Estados Unidos, la Constitución Federal adaptó el bicameralismo para conciliar el deseo de crear una estructura política nacional poderosa, por un lado, y dar garantías a los estados más pequeños de que no serían absorbidos por los más grandes, por el otro. Esta solución fue conocida como *El Gran Compromiso* o *El Compromiso de Connecticut*, debido a que fue propuesta por los delegados del estado de Connecticut ante la comisión constituyente de Filadelfia, Roger Sherman y Oliver Ellsworth, el 16 de julio de 1787. El bicameralismo norteamericano fue, entonces, una solución práctica al problema de cómo crear una unidad política que fuese capaz de preservar la agencia política de las antiguas colonias, que en la nueva república se transformaban en estados.

Pero, ¿qué sentido tiene entre nosotros el bicameralismo, si carecemos de dos estamentos sociales diferenciados, y si nuestra estructura estatal es unitaria, no federal? Esa pregunta debe ser respondida con argumentos que atiendan a la realidad concreta de nuestra organización del poder político. Los argumentos, por supuesto, pueden venir de otros momentos y de otros lugares; lo que importa es que clarifiquen la realidad de lo que está en juego al momento de configurar de una u otra forma nuestra asamblea legislativa.

Una razón que podría aducirse para justificar el bicameralismo corresponde a la idea de que la existencia de dos cámaras fortalece el proceso legislativo. La evidencia empírica, sin embargo, no sustenta la tesis de que el bicameralismo fortalece el proceso legislativo. Más bien, una segunda cámara genera costos de coordinación, aumentando la cantidad de actores que pueden obstaculizar la aprobación de nueva legislación. Lo que el bicameralismo logra, en ese sentido, es incrementar los costos del cambio normativo. Por ello, los cientistas políticos Michael Cutrone y Nolan McCarty, tras realizar un análisis comparativo de procesos legislativos, afirman que “tanto los argumentos positivos como normativos a favor del bicameralismo tienden a ser débiles”.⁶

El cientista político Arend Lijphart ha provisto de otra respuesta, sosteniendo que “la principal justificación para instituir una legislatura bicameral en lugar de unicameral es dar representación especial a ciertas minorías en la segunda cámara”⁷, propósito para el cual “la cámara alta ha de ser *elegida sobre una base diferente de la de la cámara baja*, y debe tener poder real— idealmente, tanto poder como la cámara baja”⁸. Efectivamente, esta era la idea fuerza contenida, por ejemplo, en la postura de constitucionalistas chilenos como Arturo Fermandois que hace algunos años defendieran la existencia de los senadores designados argumentando que la “existen muchas respuestas a esta interrogante, pero todas apuntan a configurar un *Senado de naturaleza diversa* a la Cámara”⁹. En aquel entonces, la “naturaleza diversa” del Senado provenía de la existencia de senadores no electos democráticamente.

Aún así, esto tan sólo posterga la respuesta a la pregunta de qué justifica el bicameralismo, pues sencillamente contesta la pregunta de cómo organizar la segunda cámara una vez que se ha resuelto tener

6 Michael Cutrone, Nolan McCarty. “Does Bicameralism Matter?”. The Oxford Handbook of Political Economy. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 193.

7 Arend Lijphart. Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries. New Haven, Yale University Press, 1984, p. 25.

8 Lijphart, op.cit., p. 25. El énfasis es mío.

9 Arturo Fermandois. “El Senado en el Derecho Comparado”. Revista Chilena de Derecho, vol. 24, 1997, p. 291. El énfasis es mío.

una segunda cámara. De todas formas, en la organización específica que adopta la segunda cámara se divisa la razón que realmente explica el bicameralismo. El mismo Fermeadois afirma que al dar al Senado “una naturaleza diversa de la Cámara política”, la Constitución de 1980 busca transformarlo en “el lugar de la reflexión, del aporte técnico, frío y *deseablemente despolitizado* en la elaboración de las leyes”¹⁰. Por ello, el Senado cumple una labor “de reflexión o *moderación* en la producción legislativa, se le ubica en posición objetiva *menos permeable por el acontecer político* inmediato y se le exige constituir una fuente de *resoluciones más maduras, técnicas y crecientemente desideologizadas*”¹¹. Para referirse a esa labor de moderación, nuestro autor habla de la *función conservadora del Senado*. El Senado es, en esta visión, un lugar privilegiado desde el cual las élites pueden practicar la política a su manera, alejados de la conmoción y desorden en el que los ciudadanos se expresan y que la Cámara de Diputados no logra filtrar satisfactoriamente.

Me parece que existe una razón de, por así decirlo, economía institucional para sostener que nuestra segunda cámara está configurada de una forma tal que tiende a ser políticamente conservadora. El hecho de que en el Senado existan menos escaños significa que hay más competencia por entrar a él. En consecuencia, en un sistema de ‘oferta y demanda’ como el que existe en materia de financiamiento de la política en nuestro país, en el cual la capacidad de captar recursos de los candidatos parlamentarios depende de su cercanía con los grandes donantes, ello implica que quienes reciban más aportes económicos de parte de los grandes intereses económicos cuenten con ventaja. En esas condiciones, el tamaño reducido de una cámara diluye las posibilidades de que triunfen candidatos que carezcan de grandes donantes. Sólo sobrevivirán los más fuertes, económicamente hablando.

Se ha dicho que la Cámara de los Lores constituía “una garantía orgánica para los intereses de la aristocracia contra las tendencias igualitarias de una cámara baja popular”.¹² ¿Es también el propósito de nuestro Senado? Y, ¿porqué debiéramos aceptar que las instituciones *moderen* la voluntad ciudadana? Interesantemente, Cutrone y McCarty concluyen su estudio mediante la siguiente afirmación:

Uno podría responder a nuestro análisis sugiriendo que, si bien los beneficios del bicameralismo son bajos, también lo son los costos. Esto podría ser cierto respecto de las cámaras altas de democracias consolidadas, en gran medida simbólicas. Sin embargo, los costos serían considerablemente altos en democracias emergentes si es que una equívoca fe en las virtudes del bicameralismo le cierra las puertas a formas más efectivas de protección de las minorías políticas (Cutrone y McCarty, 2006, 194).¹³

3. LOS PORQUE DE UN CONGRESO UNICAMERAL

Hemos visto que el bicameralismo surge como una adaptación de la práctica parlamentaria en Inglaterra. De la misma nación surge la primera y más profunda crítica a la organización bicameral, de la pluma del filósofo político Jeremy Bentham.

Bentham, quien escribió a mediados del siglo XIX, sustentaba su filosofía en la noción de que la comunidad política debía perseguir “la mayor felicidad posible para el mayor número posible”¹⁴. A fin de alcanzar este objetivo, Bentham sostenía la necesidad de avanzar hacia una democracia mayoritaria con sufragio

10 Fermeadois, op.cit., p. 288. El énfasis es mío.

11 Fermeadois, op.cit., p. 292.

12 Miguel Herrero de Miñón. “The Passing of Bicameralism”. The American Journal of Comparative Law, vol. 23, 1975, p. 244.

13 Cutrone, McCarty, op. cit., p. 194.

14 Jeremy Bentham. Constitutional Code, Vol. 1. Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 18.

universal como método de gobierno. En ese contexto es que la existencia de una segunda cámara dentro del Parlamento pasaba a ser, en su opinión, un gran inconveniente debido a la capacidad de esta segunda cámara de distorsionar la voluntad popular, ya fuera dilatando innecesariamente el proceso político o bien entregando un poder a determinada minoría para obstruir los proyectos de la mayoría.

El argumento central de Bentham es que en un régimen representativo, la necesidad de contar con al menos una cámara está dada por el régimen de gobierno, mientras que los beneficios de una segunda cámara deben ser demostrados. La respuesta de Bentham a este problema es que una segunda cámara es innecesaria, dado que no produce ningún beneficio, mientras que representa costos de todo tipo. Así, si se sostiene que la segunda cámara es mejor que la primera, entonces podemos replicar que la segunda cámara debiera ser la única; por otro lado, si se quiere añadir más reflexividad en la consideración de la legislación, la primera cámara siempre puede hacerlo por sí sola ya que le basta sencillamente decidirlo así en la tramitación de un asunto en particular o a través de la regulación de sus propios procedimientos. Por último, además de no entregar ningún beneficio, una segunda cámara también produce costos en términos de tiempo, recursos administrativos, entre otros. En definitiva, según Bentham, un cuidadoso análisis nos revela que la función de una segunda cámara no es cuidar la calidad de la legislación, sino cuidar de los intereses que ella toca¹⁵. Así ocurría con la nobleza, así fue mientras existieron los senadores designados, y así sigue siendo mientras sea una cámara que amplifica las diferencias económicas de quienes respaldan a cada candidato.

Respecto al equilibrio de poderes, quisiera desmentir la ampliamente arraigada noción según la cual la división de poderes es un elemento estable y claramente identificable; en otras palabras, un *equilibrio*. Nada hay más equivocado que ello: las relaciones entre los poderes públicos son esencialmente mutables e inestables, pues el poder es por naturaleza fluido y no puede ser reclamado con propiedad por quien no está en condiciones de ejercerlo. Quién y cómo de entre los poderes públicos lo ejerce, es una pregunta que no estamos en condiciones de responder de manera abstracta y a priori. El equilibrio de poderes no es un esquema aritmético al cual hayan de adaptarse la sociedad y que debamos preservar de antemano: la autoridad para expresar la voluntad popular cambia constantemente de manos, y en cierto sentido el ciclo electoral tiene precisamente por objetivo institucionalizar de manera periódica esa fluidez del poder.

Es probable que alguien que quisiera defender la existencia del bicameralismo ofrecería alguna de las siguientes tres razones: favorecer la racionalidad del proceso legislativo; dar protección a minorías; o proveer de representación a las regiones. Pero en los tres casos se trata de malos argumentos, por cuanto su articulación no logra justificar la institución discutida. La calidad del proceso legislativo no depende de que el debate parlamentario sea replicado en dos asambleas distintas, sino que depende de la existencia de mecanismos adecuados de asesoría profesional a la función legislativa y de espacios institucionales de participación de los grupos afectados que permitan que no sólo los grandes intereses, sino también los sectores carentes de poder, puedan concurrir a exponer sus puntos de vista y necesidades. La protección de minorías marginalizadas del proceso político, en tanto, sólo puede ser lograda suplementando el proceso político ordinario a través de cuotas y cupos reservados para categorías de sujetos estructuralmente desaventajados o bien a través de la intervención contramayoritaria de tribunales comprometidos con los derechos fundamentales. Por último, la existencia de una segunda cámara no agrega nada a la representación de las regiones, la cual depende más bien de una asignación de escaños parlamentarios proporcional al tamaño de la población de cada unidad territorial. Más bien, lo que necesitan las regiones son parlamentarios elegidos competitivamente, que puedan ser fácilmente reconocidos por sus votantes, y que sean electos por unidades territoriales equivalentes en cuanto al tamaño de su población.

Adicionalmente, en la medida en que estemos interesados en la capacidad del Congreso de sintonizar los contenidos normativos con la voluntad ciudadana, la eficiencia legislativa pasa a ser un asunto central. Si lo que está en juego es la autoridad del Congreso para representar a la ciudadanía, esa forma debe ser

15 Jeremy Bentham. "To His Fellow Citizens of France, On Houses of Peers and Senate". The Works of Jeremy Bentham, Vol. 4 (1843).

pulida y perfeccionada, para que pueda traducir las preferencias mayoritarias en productos legislativos. Así, “en lugar de los arreglos que favorecen el empate o requieren amplios consensos, una democracia movilizadora consagra técnicas constitucionales que facilitan el uso transformativo del poder político y la ejecución decidida de experimentos programáticos”¹⁶. Un Congreso Unicameral apunta a ese objetivo al simplificar el proceso legislativo, disminuyendo trámites complejos y repetitivos que únicamente tienden a poner en cuestión el poder de transformación de la política. Procesos legislativos ágiles y simplificados no significan, como quisieran hacernos creer los teóricos del constitucionalismo autoritario, leyes mal hechas y apresuradas, como sí ocurre muchas veces en el actual sistema bicameral.

La *accountability* del Congreso también aumentaría mediante la instauración de un Congreso Unicameral. Esto, pues si entendemos la transparencia y la rendición de cuentas no sólo en un sentido económico-administrativo sino también en un sentido político, la mayor capacidad de un Congreso Unicameral de responder a la confianza de la ciudadanía es evidente. La actual disolución o dispersión de la responsabilidad política en dos Cámaras es un obstáculo para la adecuada rendición de cuentas políticamente. Un Congreso Unicameral permitiría distribuir la representación parlamentaria en unidades electorales numéricamente equivalentes, mediante distritos electorales que reemplacen a aquellos diseñados hace 20 años por los asesores de Pinochet en función de los resultados del plebiscito de 1988.¹⁷

El unicameralismo ha sido alabado desde numerosos puntos de vista, sobre todo en el contexto de democracias consolidadas. En el contexto del parlamentarismo, se ha observado que “una versión pura del modelo Westminster estaría caracterizado por el unicameralismo, porque una cámara única gobernada por un partido mayoritario y un ejecutivo de un color político sería una manifestación más perfecta de gobierno de la mayoría”¹⁸. Asimismo, se ha señalado que “el bicameralismo asimétrico británico también puede ser llamado cuasi-unicameralismo”¹⁹ debido al mero simbolismo de la Cámara Alta; así como se puede considerar la situación de Nueva Zelanda, que habiendo tenido un parlamento bicameral, lo abolió en 1950 y ya lleva más de medio siglo de democracia madura y consolidada.

Esta reflexión debe estar enmarcada adicionalmente en la crítica a uno de los males constitucionales más extendidos en la región latinoamericana: el presidencialismo exacerbado que ha dominado la escena de una forma u otra durante los últimos dos siglos, y de los cuales las dictaduras militares y el caudillismo populista parecieran no ser sino mutaciones en situaciones de crisis. Este presidencialismo exacerbado parece ser el resultado de una lamentable adaptación del presidencialismo norteamericano al contexto político-cultural latinoamericano, que desde un principio favoreció los liderazgos personalistas debido a la debilidad del tejido social y a la fragilidad de otras instituciones que hubieran podido desempeñar funciones ordenadoras del sistema político; es decir, como legislaturas, tribunales, o gobiernos locales o estatales. El presidencialismo exacerbado es un problema, entonces, tanto debido a que siembra el terreno para prácticas opuestas a la democracia –dictaduras y populismos– como debido a que perpetua la fragilidad institucional de la cual se alimenta. Por esto, la mejor manera de combatirlo es reformulando la estructura institucional que le nutre, transformando el Congreso de tal manera que pueda asumir de manera más nítida responsabilidad en la conducción política de la nación. Como vemos, la existencia de una fisura dentro del Congreso en dos Cámaras diluye la capacidad de esta institución de establecerse como un actor con características propias dentro del proceso político, beneficiando directamente al poder al Ejecutivo. En nuestro país, que ha considerado largo tiempo la posibilidad de avanzar hacia un sistema parlamentario o semiparlamentario, el unicameralismo podría servir como la instancia de negociación entre partidos de coaliciones de gobierno dependientes de la mayoría parlamentaria.

El tránsito del bicameralismo hacia el unicameralismo puede ser una experiencia políticamente

16 Roberto Mangabeira Unger. *What Should Legal Analysis Become*. London, Verso Books, 1996, p. 165.

17 Véase Fernando Muñoz. “La Constitución de la desigualdad”. En Fernando Muñoz (editor), *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*. Santiago, Lom, 2013, pp. 107-113.

18 Lijphart, op. cit., p. 7.

19 Lijphart, op. cit., p. 7.

recompensadora. Por ejemplo, después de 14 años de instaurado un parlamento unicameral en el estado de Nebraska, la conclusión era la siguiente: “¿ha resultado la eliminación del contrapeso proporcionado por una segunda cámara en legislación precipitada y poco meditada? Todo indica que no”²⁰. Por el contrario, “en lugar de dedicar menos consideración a cada proyecto de ley, podemos sostener plausiblemente que cada proyecto recibe ahora más atención de la que recibía en el marco del sistema bicameral”²¹. No sólo la dedicación aumentó, sino también la eficiencia estrictamente hablando, pues “aunque un menor número de proyectos de ley se presenta en la legislatura unicameral, un número sustancialmente mayor se aprueba”²².

En definitiva, las ventajas del sistema unicameral son muchas: “el poder legislativo se convierte en un órgano más responsable. La posibilidad de corrupción se reduce. Se aseguran legisladores más capaces. La aprobación rápida de las leyes está garantizada, aunque un grado suficiente de deliberación se mantiene. Los gastos de operación legislativa se reducen. La planificación de programas legislativos globales se ve facilitada”²³.

4. EL PROCESO CONSTITUYENTE EN MARCHA

Durante el último lustro parecieran estar ocurriendo ciertas transformaciones en esta división social del discurso. Entre los propios constitucionalistas han surgido voces discordantes que cuestionan los consensos de los constitucionalistas de siempre. Entre quienes cultivan otros saberes –historiadores, cientistas políticos, sociólogos– han surgido novedosos análisis, reflexiones y propuestas sobre lo constitucional. Y en los extramuros, en la calle, han aparecido otros sujetos que han empezado a reclamar para sí el derecho a hablar sobre la Constitución; incluso más, han empezado a reclamar el derecho a hablar sobre qué Constitución *hemos de tener*.

Desde que la Constitución vigente fuera dictada mediante un plebiscito sostenido en medio de estado de sitio y con severas restricciones en materia de derechos políticos, el reclamo por una nueva Constitución nacida en el marco de una asamblea constituyente, se mantuvo vivo en el discurso de ciertos movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales, y algunos sectores de la academia nacional. Paralelamente, la Constitución se transformó en un instrumento de *restricción del proceso político* y, a través de ello, *de las demandas de justicia de los chilenos*. En algunos casos, reglas constitucionales impiden satisfacer dichas demandas; en otros, la clase política, como resultado de una disciplinada mentalidad binominal, se muestra carente de respuestas. El mejor ejemplo de ello lo constituye las demandas de los estudiantes secundarios por educación de calidad, las cuales ya fueron procesadas –y anuladas– por el proceso legislativo entre el 2006 y el 2010 sin que las necesidades sociales de las cuales ellas eran expresión fueran satisfechas. El resultado es que el 2011 dichas demandas volvieron con aún más fuerza, expandiéndose a la educación universitaria. Situaciones similares de postergación e insatisfacción existen también en materia de acceso a la salud y la previsión social, de derechos laborales, de reconocimiento de las etnias originarias, de derechos de la diversidad sexual, de equidad territorial, entre muchos otros ámbitos.

Es tal estallido de demandas lo que explica precisamente la reaparición de la demanda por una nueva Constitución. Particularmente, dicha reaparición se debe a la intervención del movimiento social políticamente más exitoso de los últimos tiempos, el movimiento estudiantil. Secundarios y universitarios han comprendido lo obvio: que el bloqueo de la demanda por educación pública y de calidad no sólo encuentra sustento en los compromisos ideológicos de un amplio sector de la clase política. También lo encuentra en las consecuencias prácticas de un ordenamiento constitucional diseñado para proteger a la propiedad y desactivar políticamente su cuestionamiento. Cuestionar constitucionalmente al neoliberalismo

20 Roger Shumate. “The Nebraska Unicameral Legislature”. *The Western Political Quarterly*, vol. 5, 1952, p. 508.

21 Shumate, op. cit., p. 508.

22 Shumate, op. cit., p. 509.

23 Lester Orfield. “The Unicameral Legislature in Nebraska”. *Michigan Law Review*, vol. 34, 1935, pp. 36.

—o, como se le llama eufemísticamente, al ‘Estado subsidiario’— involucra tanto disputar espacios político-electorales como desafiar la definición sobre el modelo de Estado contenida en la Constitución. Junto a dicho movimiento, otras protestas han demostrado la extensión del descontento social. Punta de Choros, Hidroaysén, Punta Arenas, Aysén, Freirina, conforman todos eventos en los cuales la indignación ciudadana se tomó las calles para cuestionar el actual orden de cosas. En otros casos, como las huelgas de hambre protagonizadas por dirigentes mapuche, los excluidos han puesto en riesgo su propia individualidad para reclamar por un trato digno para su colectividad. Incluso la amplia movilización pacífica en reivindicación de la igualdad de derechos para la población LGBTI evidencia la misma disposición ciudadana a movilizarse por demandas que se espera sean transformadas en derechos por el sistema político.

El proceso constituyente en marcha ha de ser capaz de discutir no sólo el contenido de los derechos constitucionales, sino también las lógicas y racionalidad de las instituciones y procedimientos que el día de mañana canalizarán las futuras demandas sociales y ciudadanas. Por ello, poner en debate la histórica continuidad encarnada en el bicameralismo debe ser una alternativa en consideración, no un punto ciego de la discusión constitucional. Es de esperar que surja, en consecuencia, una discusión sobre los aspectos negativos y positivos de contar con una o dos cámaras, así como sobre las consecuencias políticas del bicameralismo y el unicameralismo.



SE VENDI
CEL. 9596567



BICAMERALISMO/MONOCAMERALISMO EN PERSPECTIVA HISTORICA Y CIUDADANA

ERIC PALMA

DR. EN DERECHO, PROFESOR TITULAR DE HISTORIA DEL DERECHO
FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE

Primero que todo, y como suele ser preceptivo, quiero agradecer a la Sociedad de Derecho Parlamentario y a la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados por la invitación que se me ha hecho para exponer sobre esta importante cuestión, a propósito del debate nacional sobre la posibilidad de concordar una nueva Constitución; valorando una perspectiva de trabajo que está, sin lugar a dudas, con una situación de menoscabo en lo que al desarrollo de la Academia se refiere, como es la perspectiva de la historia constitucional.

Creo que la historia constitucional tiene, en el caso concreto de nuestro país, un triste desarrollo: ha sido una disciplina respecto a la cual, en general, nuestra élite, tanto intelectual como política, no ha tenido mucho interés. Lo cierto es que no se podrían nombrar más de tres o cuatro obras de conjunto sobre historia constitucional. Y en el momento actual de la disciplina, la verdad es que creo que sería muy difícil dar con un grupo de expertos en historia constitucional, un núcleo de historiadores de lo constitucional en nuestro país. Cabe preguntarse por qué la falta de interés.

Este desinterés por la historia constitucional se detecta, más o menos, en la década de 1960, en que la historia constitucional da paso a la historia institucional de Chile. Luego vino la crisis del constitucionalismo producto del Golpe de Estado. Desde entonces, la disciplina no se ha recuperado.

Nos parece que volver a abordar estos estudios es un desafío del tiempo presente, toda vez que resulta de particular importancia y utilidad cuando una sociedad se plantea establecer una nueva Constitución. Una sociedad que reflexiona sobre una nueva Constitución y que no tiene certeza sobre cuáles son sus raíces constitucionales tiene algunas dificultades. Seguramente construirá un edificio al que le va a faltar cierto sostén, porque la historia no solo es cambio: la historia es continuidad y cambio. Y es muy relevante en estas materias -como señalaba el profesor Bertelsen- el tener claridad sobre ese elemento de continuidad, porque desplazar las piezas, sin lugar a dudas, siempre genera efectos, hay una dinámica constitucional que se traduce, también, en una cultura constitucional.

En mi opinión, lo que le ha faltado a la doctrina constitucional chilena es atreverse a pensar un poco la propia praxis, la propia historia para -desde allí- generar una teoría política constitucional que tenga

arraigo nacional. Pienso que eso ha faltado, entre otras cosas, porque nos manejamos con una visión acerca de lo que es nuestra constitución que es muy tributaria del constitucionalismo extranjero. Esta idea de los constitucionalistas de intentar comprendernos siempre en la órbita del constitucionalismo francés, inglés o norteamericano ha impedido que nos concentremos en nuestro propio constitucionalismo. Y no hay, por lo tanto, una reflexión sobre la praxis constitucional, sobre la cultura constitucional chilena que genere una teoría político-constitucional que dé noticia de los problemas que verdaderamente nos afligen como sociedad.

Nosotros estamos intentando romper un poco esta tendencia en nuestro libro más reciente que lleva por título Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812-1924). Nueva historia constitucional. En él sostenemos que hay un cuarto modelo de estado constitucional y lo calificamos como “Estado Constitucional Liberal Católico”. Es una especie de este género llamado “estado constitucional”. Por lo tanto, cabe sostener que hay cuatro constitucionalismos: el francés, el norteamericano, el inglés y el hispanoamericano (iberoamericano), que es una variante del constitucionalismo y que nosotros caracterizamos para la primera mitad del siglo XIX chileno (puede ser que llegue hasta 1874), como Estado Constitucional Liberal Católico.

¿Qué significa eso? Que nuestra élite, al contrario de lo que sostiene la dogmática constitucional, fue bastante activa en el proceso de recepción del constitucionalismo. Y necesitó ser activa -y no puramente imitativa- porque tuvo que compatibilizar dos fenómenos que en el constitucionalismo -que le podría haber servido de modelo o de ejemplo- no habían sido compatibilizados; y esos dos fenómenos tenían que ver con el tipo de sociedad en el cual se iba a desplegar lo constitucional, el ideario liberal ilustrado: se trataba de una sociedad católica.

Por otra parte, faltaba en Chile una burguesía importante, el sustento socioeconómico, la clase social que estaba dándole sostén al ideario constitucional. No hubo quién se jugara como clase social, de manera radical por las ideas más centrales del ideario constitucional-liberal. Había en nuestro país un grupo social, el patriciado, que estaba más cerca de una suerte de entidad híbrida, a medio camino entre aristocracia y burguesía.

Además, predominaba una perspectiva de individuo, de mundo y de sociedad en la que eran decisivos ciertos elementos éticos trascendentes que condicionaban la definición de la sociedad como “cuerpo de Cristo”. Sobre la base de estos factores surge una categoría -que no tiene mucho desarrollo en la literatura y que yo denomino “el ciudadano feligrés”.

El ciudadano chileno es un ciudadano feligrés. La Carta de 1823 le exige expresamente conocer, practicar y ajustarse a su condición de católico, apostólico y romano. Y esa definición de la ciudadanía, desde un elemento de naturaleza religiosa, que configura lo que denomino “el ciudadano feligrés”, supone una concepción de derechos y de individuo que tiene enorme relevancia. ¿Por qué? Porque, en definitiva, tuvimos que realizar una combinación de elementos que no aparece en otras experiencias constitucionales, como fue la protección de lo colectivo, la propia sociedad como “cuerpo de Cristo”, la propia sociedad definida claramente como católica-apostólica-romana -por lo tanto, la Iglesia- y, por otro lado, el individuo. Esto generó un impacto muy trascendente en el modo de organizar el poder: tan importante que -y esto lo hemos trabajado en otro texto, Tareas legislativas del Poder Judicial- esa forma de organizar el poder en el constitucionalismo del Estado Constitucional-Liberal-Católico no sigue, estrictamente, el modelo de la división de poderes. Así, esto entronca directamente con nuestro tema: cómo se organiza el Congreso.

La reflexión sobre si vamos a establecer una o dos cámaras presenta, como telón de fondo, una primera cuestión, que consiste en el modo en que se vive el principio de división de poderes por el primer constitucionalismo del siglo XIX, lo que surge como una excepción a la teoría y supone una práctica política que debe teorizarse. Afirmo esto, entre otros factores, porque hay un agente -el Poder Judicial- que actúa, también, como legislador. Ello ocurre, a su vez, entre otras cosas, porque hay un ente -el Consejo de Estado- que incide en el proceso legislativo de manera significativa; y porque en ese Consejo de Estado

están presentes todos y cada uno de los organismos que en el antiguo régimen fueron decisivos para el ejercicio del poder. Estamos pensando en el Ejército y en la Iglesia, entre otros. Por lo tanto, si hay una concepción distinta del poder y del modo en cómo se organiza, que implica que hay asignación de poderes, pero no exclusividad, que implica una nutrida colaboración.

La pregunta acerca de las características que debe tener un Congreso que se inserta dentro de una práctica de división de poderes, que se aleja del principio de división de poderes y se acerca a la división de funciones, hace que nuestro Congreso sea eminentemente peculiar porque se sitúa en un concepto mayor, en una forma de concepción de ejercicio del poder que supone una cierta especificidad, historicidad y que requiere, con urgencia, ser teorizada.

Esto va a tener un enorme significado, un impacto muy grande. En efecto, si lo importante es lo colectivo, el destino ético-trascendente y la definición del poder como uno que también podríamos calificar como “feligrés”, no debe sorprendernos que recién en el año 1822 -es decir, después de dos experiencias constitucionales- aparezcan los ciudadanos en el escenario. Nuestras primeras constituciones son constituciones sin ciudadanos, pero son Constituciones con religión. Ambas, la del ‘12 y la del ‘18, dejan absolutamente claro el carácter del Estado y del Gobierno y la condición de “feligresía” del ciudadano, cuestión que está regulada a nivel legal (recién va a aparecer en la Carta de 1822).

Cuando aparece la Carta del ‘22, también lo hace el Congreso bicameral, que en el año 1822 es un reflejo de lo que hemos denominado la “mentalidad estamental-escolástica”. El Senado del año 1822 no es sino la antigua Corte, con algunas peculiaridades, que tienen que ver con el impacto de la presencia de Napoleón en España, básicamente con el modelo de Bayona. Este último tiene un modelo de Corte en que se mezclan elementos de naturaleza representativa y estamental-escolástica. Por ello, nuestro primer Senado -el del ‘22- es de Senadores designados.

La idea de que en la Constitución del ‘80 se hace una profunda innovación, prácticamente una suerte de revolución política al instaurar una Cámara integrada por Senadores designados, no es completamente acertada. En realidad es una idea vieja, pero de tan vieja resulta nueva. El Senado del año ‘22 es integrado por individuos que están allí no por haber sido elegidos ni en representación del pueblo, del soberano, sino por haber ocupado determinados cargos. Esto explica la presencia de funcionarios eclesiásticos, militares, ex directores, ministros de Estado; grandes comerciantes y, un elemento que muestra claramente la naturaleza corporativa-estamental-medieval del modelo: incluso integran este órgano representantes de universidades.

Por lo tanto, el nacimiento del modelo bicameral en la historia de Chile se da en un contexto de influencia decisiva del modelo estamental-escolástico que procura combinarse con elementos liberales ilustrados. En una combinatoria que significa -vuelvo a repetir- una recepción activa del ideario liberal ilustrado.

Dicha recepción activa implicó una suerte de límites a la ciudadanía, a la participación y a los derechos. Lo sustantivo fue cómo se organizaba el poder. Pero dicha organización no se hace, estrictamente, con sujeción al principio de división de poderes, sino que se hace en esta otra perspectiva, la de la colaboración. Entonces, los jueces legislan, participan en las Cámaras, participan en el Consejo de Estado. Y los Ministros no tienen inconvenientes en los primeros momentos para ser, también, parte del Senado. En definitiva, hay una mixtura que no ha sido suficientemente estudiada ni teorizada y que significa que el origen de lo bicameral en nuestro país hay una conformación desde los primeros tiempos del Senado como una Cámara que se acerca a lo aristocrático, más que a ser un órgano que representa al soberano, a lo popular (a la usanza de Bayona e inglesa).

Ese carácter se va a mantener y va a ser una nota de identidad del Senado de la República. Evidentemente, la figura del ‘22 no va a soportar la crítica ni la posición de Chile en el mundo internacional. Recordemos que todo esto se da en un contexto bien importante, la primera globalización, llevada adelante por el modelo liberal-burgués; y, por lo tanto, los países van a tener una lista de chequeos y, evidentemente, va

a ser importante para reconocer a este Estado naciente si ciertas instituciones están o no presentes en su organización.

Chile se va a encontrar con esa dificultad: pretende ser leal a su historia y a su tradición, pero resulta que la inserción en el mundo global y su participación en la economía mundial está siendo mediatizada por individuos que manejan un conjunto de valores, visiones de mundo, concepciones que son un poco refractarias a la tradición. En estas circunstancias, lo que va a hacer nuestra élite es intentar compatibilizar ambas cosas, presentando un modelo híbrido. En ese modelo híbrido aparece este Senado, un modelo bicameral con elementos estamentales escolásticos medievales y representativos.

Dicho modelo no va a soportar mucho el peso de la revisión externa, ni interna. Y, en definitiva, se van a perder esos elementos de designación; ya no se estará en el Senado por designación, pero se van a mantener los elementos de naturaleza, entre comillas, "aristocrática", que van a derivar en elementos plutocráticos, como es el hecho de que para ser Senador se va a requerir de una determinada edad y de un determinado nivel de ingresos. Probablemente, en el orden constitucional lo que representa con mayor fidelidad esta distinción que hace del Senado una Cámara distinta, una Cámara caracterizada porque sus integrantes tienen poder económico y social, se observa en que en la Carta de 1833 para ser Diputado se exige ingresos de 500 pesos y para ser Senador, ingresos de 2.000 pesos. La diferencia es sustantiva; y entonces -claro- se reafirma este mayor poder social y económico del Senado.

Sin embargo, la historia constitucional chilena -y, probablemente, si este análisis se extendiera al resto de los países hispanoamericanos uno llegaría a la misma conclusión-, nos muestra que Chile introduce ciertos elementos que tienden a hacer que ambas Cámaras, a pesar de que tienen esta composición, tiendan a una suerte de equilibrio, llegando a ser lo que la literatura denomina un "sistema bicameral casi de grado perfecto". ¿Por qué? Porque a medida que va avanzando el desarrollo de la política, la Cámara de Diputados es dotada de ciertas iniciativas de ley de carácter exclusivo; lo mismo ocurre con el Senado. Y el hecho de asignar a la Cámara de Diputados cierta iniciativa le da a esta Cámara un cierto peso. En este punto es muy significativo un elemento que mencionaba el profesor Bertelsen: se atribuyó a la Cámara de Diputados la llave del juicio político; en la medida en que la que tiene la facultad para iniciarlo, adquiere un poder sustantivo, a pesar de que le traslada al Senado las facultades de resolver como jurado la acusación. De tal manera, no obstante esta diferencia que se establece, el modo el modo de organizar la convivencia, la relación entre las dos cámaras, implica que hay -entre comillas- una suerte de "igualdad". El trato es más o menos equitativo, a pesar de que existe conciencia de que en el Senado está radicado el elemento con mayor poder social y económico de la República.

Así las cosas, el siglo XIX muestra el desarrollo de un sistema bicameral que se inicia estamental-escolástico, a la manera más tradicional, en un modelo muy cercano al inglés. Pero que, producto de la forma en que se va desarrollando el país, -esto tiene que ver, a mi juicio, con el peso que van ganando la burguesía, las ideas liberales, la opinión pública y la participación-, va a avanzar hacia un modelo en el que ambas Cámaras son resultado del ejercicio del poder electoral; ambas Cámaras aparecen dotadas de ciertos poderes, lo que permite pensar en una relación más o menos equitativa y, por lo tanto, se da una convivencia, una suerte de control interno entre las Cámaras.

Lo anterior, implica una cuestión que -a mi juicio- es de enorme relevancia y que en el debate sobre la nueva Constitución, se debiera poner sobre la mesa: la cuestión relativa a la organización monocameral o bicameral del Congreso Nacional, que en definitiva, se vincula estrechamente con lo relativo a las formas de Estado y de Gobierno.

Pero también creo que en los tiempos que estamos viviendo hay otro elemento que debe agregarse al análisis, elemento que es sustantivo y no puede perderse de vista porque sería un error político grave: también debe considerarse la noción de ciudadanía y la noción que se tenga de participación para efectos de decidir este tema tan relevante.

Al respecto, quisiera recordar e invitarlos a leer el interesante trabajo de David Sobrevilla, Sobre escritos peruanos de Francisco Bilbao, donde Bilbao -a propósito de su importante participación política en el Perú, a mediados del siglo XIX, plantea una crítica radical al modelo bicameral sobre la base de la ciudadanía y de la participación. Propone un modelo de organización que salta el esquema tradicional de Cámara de Diputados-Cámara de Senadores, o el nombre que se le dé, y establece lo que él llama “el Tribunado”, que supone una forma de democracia directa, donde es el pueblo que se organiza y traslada a los tribunales -que tienen un número total de cien- el deber de discutir las leyes, pero las leyes nacen en el seno del pueblo. El tribuno es el puro gestor de la ley, es el encargado del proceso legislativo: el pueblo es el encargado del contenido normativo.

Esta propuesta, si bien muy vieja, de mediados del siglo XIX, de Francisco Bilbao, a mi juicio está en plena consonancia con los debates que estamos teniendo hoy día sobre los alcances de la democracia directa y participativa en el nuevo constitucionalismo. Por lo tanto, discutir sobre régimen bicameral y monocameral es una cuestión que tiene que ver, también, con la ciudadanía y la participación. Y en la medida en que les damos relevancia, lo que estamos haciendo es ligarnos a ciertos espacios que nos permiten revisar esta visión actual sobre el problema. La Constitución del '28, fomentando la participación y la ciudadanía, estableció la Asamblea Provincial, que es un órgano que corre paralelo a la organización bicameral. Pero es el órgano que promueve la ciudadanía y la participación; y eso significa un reajuste del sistema, porque significa una nueva distribución de competencias.

Por lo tanto, si fomentamos la participación y la ciudadanía tendríamos necesidad de re-pensar la organización del modelo bicameral a partir de la asignación de un peso relativo: 1. Al modo en cómo organizamos el Estado y el Gobierno. 2. A la participación ciudadana y 3. Al ejercicio de una ciudadanía dentro de una cultura democrática de Derechos Humanos.

ORGANISMOS ENCARGADOS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY EN CHILE

ALLEN GUERRA BUSTAMANTE¹

RESUMEN

En el proceso de formación de la ley, se hace relevante el estudio de los organismos encargados de la publicación de la misma en nuestro país, debido a la importancia que revisten sus efectos tanto para el ordenamiento jurídico como para la población a la que se aplica, por cuanto es una garantía de certeza y seguridad jurídica.

El presente trabajo realiza un análisis de la publicación de la ley en Chile, desde la óptica de las instituciones encargadas de esta tarea efecto, la normativa que los regula y la forma e instrumentos en que se materializa.

1. PROEMIO

Tanto en el derecho comparado como en el nacional, se han creado diversas fórmulas y mecanismos para poner en conocimiento la legislación, ya sea mediante un ente privado o estatal. En Chile existen: Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Diario Oficial), Editorial Jurídica de Chile (Códigos de la República); Contraloría General de la República (Boletín de Legislación y Jurisprudencia) y la Biblioteca del Congreso Nacional (Ley Chile).

En esta materia cabe tener presente, en primer lugar, que la técnica legislativa en sentido amplio nos aporta el estudio del comportamiento de la norma desde su creación, aplicación y como parte integrante del ordenamiento jurídico, a objeto de conseguir la mayor coherencia normativa, por un lado, y ayuda a asegurar la eficacia de la norma, la que en gran medida está dada por el nivel de conocimiento y cumplimiento de la misma por la población.

En esta línea, la publicación de la ley es una institución inherente al Estado de Derecho, porque, al permitir el conocimiento del contenido de la norma, opera como garantía de la seguridad y de la certeza jurídica,

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad Gabriela Mistral), Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Magíster © en Gestión Jurídica de Las Empresas en el S. XXI, (Universidad de Valparaíso). Diplomado en Gestión y Derecho Parlamentario, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Diplomado en Relaciones Internacionales, (Universidad Viña del Mar). Postgrado en Gobernabilidad, Sistema de Gobierno y Separación de Poderes en los actuales sistemas constitucionales, (Universidad Castilla La Mancha, Toledo). Diplomado en Derecho Procesal Penal, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Postgrado en Determinación de Autoría de Textos, (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona). Coordinador de la Sección Ley Chile de la Biblioteca del Congreso Nacional.

permite una administración eficaz y eficiente de la justicia, la promoción del estado de derecho y el acceso a la justicia. Finalmente, el medio por el cual es publicada la norma y la eficacia del mismo, proveen de los conocimientos básicos de la misma tanto al ciudadano, al investigador y a los litigantes.

Según el profesor Jorge Millas, se entiende por Seguridad Jurídica “a aquella que se expresa cuando el individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, sabiendo y debiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan”² y por Certeza Jurídica (o certeza del derecho), de acuerdo a lo expresado por el profesor Jaime Williams, “a la perceptibilidad cierta de la norma jurídica, la certidumbre de que se trata del contenido del Derecho vigente, situación que precave al ciudadano de las modificaciones arbitrarias de este Derecho”³.

La ley requiere ser conocida por todos a quienes se les va a aplicar y por quienes están encargados de ello. Su conocimiento no puede quedar relevado a una mera presunción (art. 8° del Código Civil), por lo que es preciso que repose en formalidades efectivas y reales de publicidad, de manera que el ciudadano conozca y entienda su contenido.

En el presente trabajo se aborda el tema de la divulgación de la ley, la que tiene por objetivo el conocimiento de la misma por todos los habitantes de la República, como presupuesto de su vigencia. El énfasis está en los organismos y los mecanismos de publicación formales a nivel nacional.

En las conclusiones se establecerá la necesidad de implementación de un sistema de información ciudadano, único, oficial y consolidado de las leyes y normas de la República, el que debe ir de acuerdo a los avances de la tecnología.

2. ORGANISMOS DEL ESTADO ENCARGADOS DE LA PUBLICACIÓN DE LA LEY EN CHILE

2.1. CUESTIÓN PREVIA

Es relevante indicar que hay que distinguir entre la promulgación y la publicación de la ley. En este sentido el profesor Silva Bascuñan indica que: “No obstante que en el vocablo “promulgar” va implícita la idea de publicar, el acto de la publicación tiene un alcance y sentido distinto de los que reviste la promulgación. Promulgar es un acto mediante el que se proclama formalmente una ley aprobada por las Cámaras, a la vez que se ordena autoridades y ciudadanos su cumplimiento. Para el profesor Silva Cimma, “la promulgación no constituye un acto de legislador, sino que un acto administrativo de aprobación”⁴. Conforme al artículo 32 N° 1 de la Constitución Política, la promulgación de las leyes es una atribución especial y exclusiva del Presidente de la República, a quien incumbe “concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas”. Su objetivo, a juicio del profesor Rosende, promulgar es “constatar la existencia de la ley y la exactitud de su texto”⁵. Publicación es, en efecto, “acción y efecto de publicar” y “publicar” es “hacer notoria o patente, por televisión, radio, periódicos o por otros medios, una cosa que se quiere hacer llegar a noticia de todos”, “hacer patente y manifiesta al público una cosa”, “difundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera un escrito, estampa, etc.”. La publicación, tratándose de una ley, supone existencia de su texto auténtico y su carácter obligatorio; persigue el objetivo de ponerla en conocimiento de quienes habrán de cumplirla.”⁶.

2 Millas, Jorge, *Filosofía del Derecho* (Santiago de Chile, Publilex, 1970), p. 225.

3 Williams, Jaime, *La Seguridad como Valor del Derecho*, en *Apuntes de clases* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983), p. 29.

4 Silva Cimma, Enrique (2008): “El Tribunal Constitucional de Chile” 1971-1973, (Santiago de Chile) Cuadernos del Tribunal Constitucional p. 95.

5 Rosende Subiabre, Hugo: “La promulgación y la publicación de la ley”, Ed. Nascimento, Stgo., 1941, p. 140).

6 Silva Bascuñan, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, VII (Santiago, Editorial Jurídica, 1997), p. 241.

De las palabras del profesor Silva Bascañán, podemos colegir que en nuestro sistema constitucional, la publicación de la ley vendría a cumplir una función garantista, siguiendo en este sentido la antigua doctrina francesa sobre el fundamento de la publicación de las leyes, una cuestión que todavía es debatida.

En este mismo orden de ideas, nos ilustra la profesora Biglino la contienda existente entre la doctrina francesa y la alemana en materia de publicación, siendo la primera promotora de la idea de que nadie pudiese estar vinculado por normas jurídicas que no hubiese tenido ocasión de conocer. El conocimiento del Derecho vino a suponer uno de los intereses fundamentales del Estado, y la propia obligatoriedad de la norma se subordinó a su consecución⁷.

Por su lado, la doctrina alemana singularizaba la publicación de la ley como un acto formal del Estado, por el cual éste manifestaba su voluntad con una finalidad organizadora.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la doctrina garantista al acuñar las opiniones doctrinales sobre la materia indicando que “los procesos de promulgación y publicación no son integrantes de la formación del texto legal, pero sí elementos que dan cumplimiento al requisito de cognoscibilidad de la ley...”⁸, lo anterior a propósito del requerimiento realizado por algunos senadores de la república en atención al título de la ley N° 20.595 que “Crea el Ingreso Ético Familiar que establece bonos y transferencias condicionadas para las familias de pobreza extrema y crea subsidio al empleo de la mujer”, que fue modificado por el Ejecutivo en su decreto promulgatorio y posterior publicación, en relación al título aprobado por el Congreso Nacional. Finalmente, el Tribunal Constitucional determinó que si bien el Presidente puede darle cualquier nombre a la ley, esa denominación es irrelevante. Con esto, se debilita el acto mismo de la promulgación y prácticamente lo confunde con la publicación. En efecto, como ya se dijo anteriormente, promulgar es un acto del Presidente de la República quien reconoce la existencia de una ley y se ordena su cumplimiento.

2.2. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL⁹

Previo a analizar el caso chileno, estimamos necesario precisar algunas situaciones que ocurren en otras legislaciones, desde los siguientes aspectos relativos a la publicación:

- A.- Obligatoriedad.
- B.- Entidad encargada.
- C.- Soporte o medio.

a) Obligatoriedad:

En España, la Carta Fundamental¹⁰ señala que el Rey debe sancionar las leyes aprobadas por las Cortes Generales, promulgarlas y ordenar su inmediata publicación.

⁷ Biglino Campos, Paloma, La publicación de la Ley (Madrid, Tecnos, 1993), p.25.

⁸ Sentencia Rol N° 2253-12 del Tribunal Constitucional de Chile, disponible en < <http://bcn.cl/1op7g> > [última consulta: 3 de julio de 2015].

⁹ Voigt, Alejandra; Kraft, Irene; Cifuentes, Pamela, Minuta Sistemas de publicación oficial de leyes en el Derecho Comparado. Asesoría Técnica Parlamentaria, BCN, Julio 2010

¹⁰ Artículo 91: El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.

En Alemania, la Constitución¹¹ establece la obligatoriedad de la publicación de toda ley en el diario oficial (Bundesgesetzblatte).

En Perú, la Ley Suprema¹² dispone que la ley sólo es obligatoria desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial.

b) Entidad encargada:

En España, la entidad responsable de la publicación oficial de las leyes es la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, organismo público, adscrito al Ministerio de la Presidencia, con personalidad jurídica pública diferenciada.

En Alemania, es el diario oficial (Bundesgesetzblatte), que fue privatizado en su totalidad el año 2006 y hoy pertenece al grupo editorial M. DuMont Schauberg.

En Perú, esta labor que se encuentra encargada a la Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A., empresa del Estado de derecho privado organizada como una sociedad anónima, que tiene a su cargo el Diario Oficial de las leyes, denominado “El Peruano”.

C) En cuanto al soporte:

En España es en papel y electrónico, ambos oficiales.

En Alemania, la publicación se encuentra completamente gratuita en línea desde el 22 de abril del 2009, incluyendo ediciones históricas hasta 1949. Sigue existiendo, en todo caso, un servicio de suscripción electrónica e impresa que son de pago.

En Perú, tiene formato tabloide contando con tres cuerpos de publicación regular: Informativo, Boletín Oficial y Normas Legales. Además, su sitio en internet ¹³ permite a los usuarios las descargas de las normas en formato digital PDF.

2.3 EL CASO CHILENO: PUBLICACIÓN DE LA LEY COMO TRÁMITE ESENCIAL DE ENTRADA EN VIGENCIA.

En Chile, la publicación de la ley está regulada en la Constitución Política, la que establece en su artículo 75º ¹⁴, que la publicación de la ley se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio.

11 Artículo 82: Las leyes que se aprueben con arreglo a los preceptos de la presente Ley Fundamental serán promulgadas por el Presidente Federal, una vez refrendadas y publicadas en el Boletín de Legislación Federal (im Bundesgesetzblatte verkundet). Las ordenanzas jurídicas serán promulgadas (ausgefertigt) por el órgano que las dicte y, a reserva de lo que, en su caso, dispongan otros preceptos legales, se publicarán en el Boletín de Legislación Federal.

Toda ley y toda ordenanza determinarán el día de entrada en vigor (den Tag des Inkrafttretens). A falta de esta especificación, entrarán en vigor al decimocuarto día de la expiración de aquel en que hayan sido editadas en el Boletín de Legislación Federal.

12 Artículo 109º. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

13 <http://www.elperuano.com.pe/edicion/>

14 Artículo 75.- Si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley.

La promulgación deberá hacerse siempre dentro del plazo de diez días, contados desde que ella sea procedente.

La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio.

La forma de publicación se encuentra reglamentada en el art. 7º del Código Civil¹⁵, según la redacción dispuesta por la Ley Nº 9.400 de 1949¹⁶.

Para determinar el verdadero sentido de este último precepto, es necesario comparar su redacción del año 1855 con la actual. Antes decía: “En el departamento en que se promulgue la ley, se entenderá que es conocida por todos y se mirará como obligatoria, después de seis días contados desde la fecha de la promulgación; y en cualquier otro departamento, después de estos seis días y uno más por cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos departamentos”¹⁷.

De esta manera, se conceptualizaba y demarcaba el significado de la publicación; y conjuntamente nacía la presunción del conocimiento de la ley y el comienzo de su obligatoriedad, pero se la confundía con la promulgación¹⁸.

En aquella época, la publicación se practicaba materialmente por medio de bandos, carteles o insertándola en periódicos; para ello se crearon algunos con carácter oficial o se les dio tal calidad a aquellos ya existentes que se indicaban.

Para el profesor Silva Bascuñán, de la redacción del actual art. 7º del Código Civil, podemos extraer la relevancia jurídica que tiene la publicación: dar inicio en la realidad a la fuerza obligatoria reconocida en el decreto promulgatorio y a la presunción de su conocimiento por quienes han de cumplirla. Pero sus efectos pueden contarse desde otra oportunidad, como lo admite el inciso tercero de la norma citada. De acuerdo con el ya referido inciso cuarto del artículo 72 de la Carta, la publicación “se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio”.¹⁹

Según lo expresa el profesor Piedrabuena, en su comentario sobre la reforma de 1970, estas disposiciones -que aparecen reiteradas en la actual Carta- fueron inspiradas en el propósito de “evitar abusos de algunos Ejecutivos que no publicaban las leyes que les disgustaban (y) aprobadas sin oposición en la sala del Senado, en la Cámara en tercer trámite y en el Congreso Pleno”.²⁰

El plazo se habrá de computar, por lo tanto, desde el día en que el Jefe del Estado reciba la comunicación de la Contraloría conforme a la cual ésta le da a conocer que se ha cursado favorablemente el decreto promulgatorio. Satisfechos esos requisitos, el Presidente de la República habrá de ordenar al Diario Oficial que incluya, dentro del plazo, el texto de la ley promulgada.

En cuanto al plazo, debemos precisar que se refiere a días hábiles, regla excepcional, ya que es la única norma de la Constitución que prescribe el requisito de día hábil, situación que se explica por la circunstancia de que el Diario Oficial no se edita en los días festivos o feriados. Asimismo, parece innecesario destacar que, no siendo de ningún modo un término de caducidad sino que constituyendo la modalidad de un deber funcionario, su vencimiento no genera la nulidad del acto realizado fuera del lapso impuesto, sino el comienzo de la responsabilidad que afectaría a quienes omitieran o impedirían efectuarlo oportunamente.

Esta última situación es de especial interés, en particular, en aquellos casos en que por algún error involuntario no sea publicada una norma o parte de ella, toda vez que no existe sanción o mecanismo alguno que subsane la situación en protección del interés general de la población, la que se verá afectada por la entrada en vigencia de la norma desde la dictación del decreto promulgatorio, conforme lo

15 Art. 7º. La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria.

16 Disponible en < <http://bcn.cl/1nutr> > [última consulta: 3 de julio de 2015]

17 Disponible en < <http://bcn.cl/1or7f> > [última consulta: 3 de julio de 2015]

18 Silva Bascuñán, cit.(n.4), p.241.

19 Silva Bascuñán, cit.(n.4), p.241.

20 Ibid., p.243

establecido en la Constitución en el artículo 75, inciso primero,²¹ y el artículo 6º del Código Civil²²; y por la presunción por la cual la ley se entiende conocida por todos, y no podrá alegarse su ignorancia, conforme al artículo 8 del mismo cuerpo legal.

De lo anterior, podemos colegir que la obligatoriedad de la publicación de la ley, es meramente ficta, toda vez que no existe norma que declare algún vicio en el texto legal que omita dicho trámite ni sanción por esta omisión. Incluso nuestra legislación permite la existencia de las denominadas leyes secretas, que han sucedido a lo largo de la historia de nuestro país y en diversas materias, especialmente en temas de seguridad nacional, las que, por lo general han sido publicadas en ediciones restringidas del Diario Oficial.

Para entender que dicha norma está vigente y constituye uno de los casos a que se refiere el art. 21 N° 5 de la Ley de Transparencia ²³ debe aplicarse el artículo 10 transitorio de la misma Ley, según el cual se entiende que cumplen con la exigencia de quórum calificado exigida por el constituyente 'los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política'. En consecuencia, y de acuerdo a la lectura de ambas normas, no toda norma legal previa a la Ley de Transparencia que fije un caso de secreto o reserva se entenderá automáticamente vigente: sólo aquellas que puedan reconducirse a las causales del art. 8º de la Constitución, esto es, aquellas en que la publicidad de la información declarada secreta o reservada afecte "el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional". ²⁴

En relación con este aspecto, a nuestro juicio cabría analizar la posibilidad de los ciudadanos de actuar mediante la acción constitucional de protección, al verse vulnerada su garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Es en este punto donde los mecanismos de publicación de la ley, entendida tanto como una etapa del proceso de formación de la misma así como el medio o formato en que la ley se da a conocer a la población, toma la mayor relevancia, pues, como se indicó anteriormente, en todo estado de derecho la publicación de la ley entregará seguridad jurídica, estabilidad al ordenamiento y equidad al estado de derecho.

Debido a lo anterior, analizaremos el desarrollo histórico, las actuales fuentes de publicación o publicidad de la ley, para terminar con una breve enunciación de las características detectadas de dichas fuentes.

2.3.1 Desarrollo histórico

Previamente a la dictación de la Constitución de 1833, las normas eran publicadas mediante bandos o notificadas a la ciudadanía por otros medios destinados al efecto. En este sentido, la Aurora de Chile, el primer diario del país, tuvo una misión fundamental al informar a la ciudadanía de las diversas actividades del gobierno y del parlamento. Por ejemplo, el día 05.03.1812, en su página 1, informa de la exención de impuestos al ingreso al país de material educativo, a petición de Mateo Hoevel, a través de la publicación de un decreto.

21 Artículo 75, inciso primero: Si el Presidente de la República no devolviera el proyecto dentro de treinta días, contados desde la fecha de su remisión, se entenderá que lo aprueba y se promulgará como ley.

22 Art. 6º. La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen.

23 Contendida en el artículo primero de la Ley 20.285. Disponible en <<http://bcn.cl/1lze1> >[última consulta: 30 de junio de 2015]

24 De la Carrera Valdés, José con Carabineros de Chile, Decisión del Consejo para la Transparencia, Amparo 45/2009, 26 de agosto de 2009, cons. 3º. Un precedente previo, emanado de un tribunal, en donde se aplicó la Disposición cuarta Transitoria sería la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Fiscalía Nacional Económica con Isapre ING, Resolución Intermedia, de 13 de abril de 2006, causa Rol N° 77/2005. Sobre esto último, véase a Cordero (2007). Sobre la publicidad ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, véase a Aros Chía (2007), pp. 186-198.

En el año 1830 se crea el primer Diario Oficial de la República, llamado “El Araucano”, inspirado por Diego Portales.

La Constitución de 1833 no distinguía la publicación de la promulgación y tampoco lo hizo la de 1925. Ésta confusión entre ambos vocablos se reflejaba también en el Código Civil promulgado en 1855²⁵, situación que fue resuelta por la ley N° 9.400, de 6 de octubre de 1949, que diferenció el acto de la promulgación del de la publicación, considerándose uno y otro como requisitos de su obligatoriedad, según el principio de que nadie puede cumplir una obligación que no conoce.

En virtud de la reforma de la Constitución de 1925 dispuesta por la ley N° 17.284, de 1970, el acto de publicación pasa junto al de promulgación al nivel constitucional y se fija, asimismo, la oportunidad de efectuarlo.

Actualmente, el inciso tercero del artículo 75 de la Constitución de 1980 presenta la misma redacción que le diera aquella reforma al inciso segundo del art. 55 de la Constitución de 1925: “La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio.”

2.3.2 Organismos encargados

Como hemos podido apreciar, a través de la historia de la publicidad normativa en Chile, se han dado diversas fuentes que se remontan a los albores de la patria.

Las fuentes de publicación de la ley son:

- A.- Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Diario Oficial).
- B.- Editorial Jurídica de Chile (Códigos de la República).
- C.- Contraloría General de la República (Boletín de Leyes y Decretos).
- D.- Biblioteca del Congreso Nacional (Base de Datos Ley Chile).

A) Ministerio del Interior y Seguridad Pública (Diario Oficial)

La publicación de las leyes en el actual Diario Oficial se remonta al año 1876²⁶, durante el gobierno del Presidente Aníbal Pinto, quien adoptó la iniciativa del Ministro del Interior de la época, don José Victorino Lastarria, de tener un medio netamente oficial, con la finalidad de dar a conocer los documentos oficiales y organizar la Imprenta Nacional, labores que estuvieron directamente a cargo del gobierno hasta el año 1931.

Mediante el DFL N° 79, del Ministerio de Hacienda, publicado el 06 de abril de 1931²⁷ se aumentó en la suma de \$ 4.000.000 el capital en giro de la Empresa Periodística “La Nación S.A.” Asimismo, se dispuso que dicha empresa tomará a su cargo la Imprenta Nacional y hará la publicación del “Diario Oficial” de acuerdo con las condiciones que se fijarán en un reglamento. La Contraloría General de la República intervendrá en la entrega que los actuales concesionarios deberán hacer a la Empresa Periodística “La Nación” de las maquinarias, útiles y enseres que forman la Imprenta Nacional, y asimismo, en la liquidación del contrato

25 Art. 6º (Código Civil 1855): La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República, y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

La promulgación deberá hacerse en el periódico oficial; y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico.

26 Decreto S/N de 1876, disponible en < <http://bcn.cl/1nutr> > [última consulta: 2 de junio de 2015].

27 DFL N° 79, Hacienda de 1931, disponible en < <http://bcn.cl/1ooi9> > [última consulta: 2 de junio de 2015].

existente entre el Fisco y los señores Augusto Ovalle y Oscar Barrios según decreto del Ministerio del Interior número 887 de 18 de Marzo de 1926, contrato que quedaba terminado²⁸.

Posteriormente, el año 2012, en asamblea extraordinaria de accionistas, la empresa periodística La Nación S.A. decidió su disolución, nombrando en el mismo acto a la Comisión Liquidadora, la cual en un plazo máximo de tres años debía proceder a su liquidación completa.

En razón de lo dispuesto en el artículo 3°, letra e), del DFL N° 7.912, de Interior, publicado el 05 de diciembre de 1927²⁹, compete al Ministerio del Interior y Seguridad Pública asumir la edición, publicación y distribución del Diario Oficial, en tanto bien intangible del Estado de Chile y cuya finalidad es garantizar la certeza jurídica de las leyes, decretos y otras actuaciones públicas.

Con fecha 14 de diciembre de 2012, y en el marco de lo señalado en el citado DFL N° 7.912, el Ministro del Interior y Seguridad Pública procedió a informar a la Comisión Liquidadora de la Empresa Periodística La Nación S.A., que ha decidido ejercer directamente las facultades que le competen, en relación con la edición y publicación del Diario Oficial.

La Asamblea Extraordinaria de Accionistas de fecha 14 de agosto de 2013, la empresa periodística La Nación S.A. acordó el traspaso del Diario Oficial al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a partir del 26 de agosto de 2013.

Actualmente el Diario Oficial cuenta con una versión impresa de pago, con muy poco tiraje (en promedio 2000 ejemplares por día³⁰), lo que demuestra un bajo acceso del público a las normas legales, sin considerar que en zonas lejanas, la versión impresa puede tardar varios días en recibirse, lo que contraría al principio de igualdad, ante la ley toda vez que esos ciudadanos no estarían en condiciones de conocer una normativa que pudiere resultarles obligatoria. Por su parte, versión digital contiene las normas publicadas en formato PDF descargable, pero no cuenta con certificación o firma electrónica avanzada, por tanto, no sirve, por ejemplo, para hacer valer alguna publicación en juicio. Además, su buscador de normas tiene un único parámetro a la fecha de publicación de la ley para poder encontrarla, lo que dificulta aún más su búsqueda y recuperación.

Asimismo, el Diario Oficial no contiene la legislación actualizada y sistematizada, lo que atenta contra la certeza jurídica por cuanto deja a los operadores del derecho la labor de construir el texto actualizado.

Finalmente, podemos indicar que el Diario Oficial no solo es repositorio de las leyes y actos administrativos del Estado, sino que también es el medio oficial de las publicaciones judiciales, registrales y societarias en nuestro país.

B) Editorial Jurídica de Chile (Códigos de la República)

Esta materia se encuentra regulada por las leyes N°s 8.737 y 8.828. La Editorial Jurídica de Chile (EJCH) fue fundada el año 1945, producto de la iniciativa conjunta del Congreso Nacional, a través de su Biblioteca (BCN), con la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Su dirección y administración corresponde al Consejo, conformado por ocho miembros, presidido por el Decano de la referida Facultad y actúa como secretario el Director de la BCN. Además, integran el Consejo un Ministro de la Corte Suprema, el Contralor General de la República, un representante del Consejo de Rectores, el Presidente del Colegio de Abogados y dos representantes del Gobierno, designados por decreto de los Ministerios de Justicia y Educación. La ley N° 8.737 le concedió personalidad jurídica de derecho público. Su naturaleza jurídica es la de una corporación de derecho público que no forma parte de cuadros orgánicos de la Administración del Estado, por lo que queda excluida del control que ejerce Contraloría sobre los

28 Decreto 887, Interior de 1926, disponible en <http://bcn.cl/1ooir> [última consulta: 2 de junio de 2015].

29 DFL N° 7.912, Interior, de 1927, disponible en < <http://bcn.cl/1mggi> > [última consulta: 2 de junio de 2015].

30 Consulta telefónica efectuada el 04.12.2014

servicios estatales. No tiene obligación de rendir cuenta del uso y destino de fondos fiscales cuando le son asignados genéricamente”³¹.

La ley 8.737 agrega que, tanto la modificación de los estatutos como la disolución de la entidad requiere el acuerdo unánime del Consejo, debiendo, en ambos casos, el acuerdo ser aprobado por ley.

Conforme a la Historia de ambas leyes³², los fundamentos de esta Editorial se encuentran en los trabajos que había venido realizando la Biblioteca del Congreso Nacional a partir del año 1941 para formar un Repertorio General de Legislación y Jurisprudencia. La primera etapa de este trabajo consistió en extraer las doctrinas de los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia desde 1841; la segunda, agrupa la doctrina de los fallos por orden de temas, por las modalidades o aspectos jurídicos tratados y, finalmente, por el orden de las doctrinas mismas, de tal manera que estas resulten agrupadas y subagrupadas por las materias que estén relacionadas, a fin de hacer lo más expedita posible la consulta de los investigadores. Junto con esto, se redactaron notas en que figuran resumidas las opiniones de los tratadistas chilenos sobre los diversos temas que pueden presentarse o acerca de determinada doctrina establecida por los Tribunales.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, por su parte, hacia 1940 había empezado a poner en práctica un plan para editar Códigos anotados con la jurisprudencia de los Tribunales.

Con el objeto de concordar los esfuerzos de estas dos entidades y a fin de obtener mejores resultados se acordó entre ambas instituciones fundar la “Editorial Jurídica de Chile”. Así, el Repertorio, una vez terminado, sería sometido al control y a la acuciosa revisión de los profesores de la Facultad.

Además, esta institución tendría la finalidad de “realizar y publicar obras que sean de interés para el progreso de las ciencias jurídicas y sociales y para el perfeccionamiento de la legislación.”³³.

Posteriormente, mediante la ley N° 8.828, se estableció que el Consejo de esta Editorial Jurídica del Estado pueda ser presidido no tan solo por el Decano de la aludida Facultad, quien en oportunidades no puede concurrir a las sesiones del Consejo, sino que también, por el Profesor que designe la misma casa de estudios.

La segunda modificación, que se introduce en el artículo 2 de la Ley N° 8.828³⁴, dispone que las ediciones oficiales de los Códigos de la República sólo pueden hacerse por esta Editorial Jurídica de Chile.

Dichas ediciones oficiales se publicaban cada cierto período, generalmente cada año, en formato físico (libro) y con un alto costo. Estas circunstancias derivaron en que diversos privados publicaran ediciones no oficiales, más baratas y, en muchos casos, no reproducían fidedignamente el texto de la ley vigente. Por último, la periodicidad en la que las ediciones oficiales impresas no iban al ritmo las modificaciones realizadas por el Congreso, dejándolas en evidente obsolescencia.

En sus orígenes la EJCH, contaba con fondos provenientes del Estado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 148 de la Ley Orgánica de la Contraloría, según el cual, recibía el recargo del 10% que se aplicaba a las multas por infracciones a normas jurídicas. Posteriormente, mediante el artículo 10 del DL 2.053 de 1977, se derogó la citada norma, por lo que a partir de esa fecha, dejó de recibir aportes fiscales, debiendo proveerse sus propios recursos, generando en la actualidad una situación económica compleja. De acuerdo al análisis realizado por Consultora Felipe Montt & Asociados (2012), la institución mantiene una situación imposible de sostener financieramente bajo el actual modelo y condiciones de trabajo. Las ediciones oficiales de los códigos son de poco tiraje y con poca periodicidad en la actualidad atendido lo expuesto precedentemente.

31 Contraloría General de la República, Dictamen N° 18.128 de 1978

32 Disponible en < <http://bcn.cl/1m4gm> > y < <http://bcn.cl/1oojt> > [última consulta: 3 de julio de 2015].

33 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 8.737, disponible en < <http://bcn.cl/1m4gm> > [última consulta: 3 de julio de 2015], p.11.

34 Artículo 2°.- Las ediciones oficiales de los Códigos de la República sólo podrán hacerse por la Editorial Jurídica de Chile.

En el informe de Auditoría N° 40, de 2013,³⁵ de la Contraloría General de la República, ratifica que la crisis financiera de la EJCH persiste y que hay una serie de cuentas por cobrar respecto de las cuales no se ha realizado gestión de cobro alguna por parte de la Editorial. Este informe fue puesto en conocimiento de los Ministerios Secretaría General de la Presidencia de Justicia.

Con fecha 8 de mayo de 2013, el Consejo de la Editorial acordó la disolución de la entidad, y sugirió que ella se haga efectiva, mediante un proyecto de ley que incluya, entre otros aspectos, la liquidación de la Editorial Jurídica de Chile y el traspaso de las marcas “Editorial Jurídica de Chile”, “Editorial Andrés Bello” y “Andrés Bello” a la Universidad de Chile. Planteó, asimismo, que las ediciones oficiales de la Constitución Política y los Códigos de la República estén a cargo de una Comisión de Códigos, integrada por la Biblioteca del Congreso, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Justicia, el Colegio de Abogados y las universidades; que dicha comisión cuente con una secretaría técnica, que estaría radicada en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Por último propuso, que la Biblioteca del Congreso sea el lugar donde queden a disposición del público las ediciones oficiales de la Constitución y los Códigos, gratuitas y en formato digital.

C) Contraloría General de la República (Boletín de Leyes y Decretos).

Conforme a lo establecido artículo 26 del Decreto N° 2.421, de Hacienda, publicado el 10 de julio de 1964³⁶, que fija el texto refundido de la ley N° 10.336, es función exclusiva de la Contraloría General de la República “recopilar y editar en forma oportuna y metódica todas las leyes, reglamentos y decretos de interés general y permanente, con sus índices respectivos.”

Dicha exclusividad se encuentra mermada por las normas e instituciones anteriormente analizadas, especialmente por la labor de difusión que cumplían el Diario Oficial y la Editorial Jurídica que, en comparación a la Contraloría General eran entidades más descentralizadas, desconcentradas y accesibles a la ciudadanía.

A mayor abundamiento, en la cuenta pública de 2013³⁷, el Contralor General indica que es la División de Coordinación e Información Jurídica de ese organismo, es la encargada de la recopilación y edición oficial de las leyes y reglamentos, así como también de la publicación de textos legales de uso frecuente. Durante el 2013 se publicaron la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades (nueva edición) con 1.100 ejemplares, Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud (Primera Edición) con 1.080 ejemplares, la Recopilación de Leyes y Reglamentos Tomo N° 144 con 600 ejemplares y la Addenda, D.F.L. N° 1-19-175, de 2005 con 300 ejemplares.

Finalmente, la Contraloría cuenta con un Portal Institucional en Internet, donde pone a disposición del público la base de legislación³⁸ y el Boletín de Jurisprudencia Administrativa³⁹, ambas herramientas no conocidas por la población y que resultan poco amigables para su manejo por parte del operador. Se desconocen estadísticas de uso y visitas a esos portales.

35 Disponible en <<http://bcn.cl/1op4e>> [última consulta: 3 de julio de 2015].

36 Decreto N° 2421, Hacienda, D.O. 10 de julio de 1964, artículo 26 disponible en <<http://bcn.cl/1nus7>> [última consulta: 3 de julio de 2015].

37 Disponible en <<http://bcn.cl/1oooky>> [última consulta: 3 de julio de 2015].

38 Disponible en <<http://bcn.cl/1oolg>> [última consulta: 3 de julio de 2015].

39 Disponible en <<http://bcn.cl/1oolu>> [última consulta: 3 de julio de 2015].

D) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (Base de Datos Ley Chile)

Si bien su oficialidad puede ser discutida, existe un antecedente legal histórico en lo que dice relación con su creación: artículo 93 de la Ley N° 18.681⁴⁰.

La Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) tiene un rol de biblioteca jurídica, que detenta desde sus orígenes, y aunque este se ha ido complejizando y perfeccionando en el tiempo, la esencia de su actividad se conserva hasta el día de hoy. Así, en primer término, la BCN se ocupa de almacenar, procesar y poner a disposición de sus destinatarios información jurídica relevante para el país, en formatos de datos abiertos, gratuitos y recuperables, siendo una de sus principales manifestaciones la base de datos Ley Chile y los productos vinculados a ella. En segundo lugar, mantiene un catálogo de bibliografía jurídica actualizado y en constante renovación y ampliación. Y por último, la BCN genera una serie de actividades destinadas a mantener una vinculación permanente con el ámbito de lo jurídico.

La BCN, como se indicó anteriormente, desde la primera mitad del siglo pasado ha estado involucrada en la recopilación, indexación y publicación de las normas jurídicas, primeramente en formato papel (ficheros) y, a partir de la década de los ochenta, mediante la implementación de los módulos informáticos Legis (sistema cliente servidor), el cual sirvió de base a la actual Base de Datos Ley Chile (sistema web interoperable).

Actualmente, la base de datos Ley Chile mantiene más de 280.000 normas en texto completo y actualizado, sus versiones, vinculaciones y enlaces a información jurídica relacionada, ofreciendo acceso libre, gratuito a toda la comunidad nacional e internacional, bajo principios de datos abiertos y enlazados, cumpliendo con los estándares de tratamiento, interoperabilidad, usabilidad y comunicación electrónica reconocidos por el Estado y con procesos que se encuentran certificados bajo ISO 9001/2008 a partir del año 2010 y es el principal canal de información jurídico-legislativa del país, con más de 30.000 visitas diarias, actuando, además, como distribuidor del marco normativo actualizado a más de 300 portales de ministerios, servicios y municipalidades, en el cumplimiento del principio de transparencia activa a que obliga la Ley de Acceso a la Información Pública.

La BCN, a través de su base de datos Ley Chile, garantiza, entre otras:

- A.- Certeza y seguridad jurídica de los textos.
- B.- Acceso universal y reutilización de los textos (open linked data).
- C.- Servicio 24/7.
- D.- Interoperabilidad con otras bases de datos.
- E.- Gratuidad del servicio.
- F.- Acceso a jurisprudencia (constitucional, judicial y administrativa).
- G.- Acceso a versiones de los textos (original, intermedio, actualizado y diferido).
- H.- Listado de relaciones con otras fuentes legales y administrativas (modificaciones, textos refundidos, reglamentos y concordancias).
- I.- Acceso a información jurídica relacionada (historia de la ley, trámite de proyectos).
- J.- Indicación en notas al pie o al margen de las modificaciones realizadas.
- K.- Opciones de navegación y exportación de los textos.

40 Artículo 93.- Agrégase como inciso segundo del artículo 19 de la ley N° 17.983 el siguiente: "Existirá un Banco de Datos Jurídicos, que estará a cargo del Jefe del Banco Computarizado de Datos Jurídicos de la Planta de la Biblioteca del Congreso Nacional, grado 4° de la escala única de sueldos, cuya organización y modalidades de funcionamiento, así como las normas sobre designación de su personal serán establecidas por la Junta."

El reconocimiento fáctico que detenta la base de datos, así como las características propias que tiene la forma en que la información jurídica se procesa y pone a disposición del público, refleja la necesidad de otorgarle el carácter de base de datos oficial, luego de la decisión de disolver y liquidar la Editorial Jurídica, situación que está siendo analizada por el Congreso Nacional⁴¹.

Como señalamos precedentemente, la EJCH requiere para su disolución, el acuerdo unánime de sus consejeros y que éste acuerdo, sea aprobado por ley. Dicho proyecto, en actual tramitación, reconoce la actual situación económica de la EJCH, señalando que “su situación financiera que se ha agravado con el paso del tiempo a tal nivel, que resulta imposible ⁴²su subsistencia” y la experiencia de la BCN para esta labor

El proyecto tiene 3 objetivos centrales:

- A.- Aprobación de la disolución de la Editorial y cancelación de su personalidad jurídica.
- B.- Liquidación de la Editorial.
- C.- Oficialidad del texto de la Constitución Política y de los Códigos de la República.

Atendido el tema del presente trabajo, nos referiremos solo al tercero de los puntos anteriores.

El proyecto establece que los códigos estarán a cargo de una Comisión compuesta por integrantes designados de la siguiente forma: Uno de ellos será por el Director de la Biblioteca del Congreso Nacional, otro por el Contralor General de la República, otro por el Colegio de Abogados de Chile, otro por el Ministerio de Justicia y los dos restantes por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades acreditadas. Asimismo establece que todas las designaciones deberán recaer en abogados con destacada actividad profesional o académica que cuenten, a lo menos, con diez años de ejercicio profesional, debiendo considerarse la especialidad con que aquéllos cuenten en relación a las materias que son objeto de codificación.

El proyecto establece que la ejecución de las tareas que estarán a cargo de la Comisión de Códigos requieren de infraestructura y apoyo logístico. En atención a ello, y aprovechando la experiencia con que cuenta la Biblioteca del Congreso Nacional desde hace varios años en el tratamiento de bases de datos normativos, la iniciativa propone radicar en ella la secretaría técnica de la citada comisión, de tal modo que en sus dependencias y bajo su apoyo técnico y material, el grupo de expertos realice la actualización de la Constitución Política y de los Códigos de la República, previo a su oficialización, a medida que se establezcan en esos cuerpos normativos enmiendas por parte del legislador.

Finalmente, podemos señalar que a través de su historia, la BCN ha desarrollado diferentes servicios y productos destinados a facilitar el acceso y comprensión de las leyes. A partir del año 2003, para eliminar las barreras de comprensión y participación basadas en el lenguaje, la Biblioteca del Congreso Nacional desarrolló un programa denominado “Ley Fácil”, cuya premisa es resolver el problema del lenguaje jurídico e intentar que las leyes sean fáciles de entender. A través de “Ley Fácil” los ciudadanos acceden a las leyes en un lenguaje simple, claro y directo. El programa ha sido diseñado en distintos formatos y medios tomando en cuenta las características de sus audiencias, como los no videntes, las lenguas originarias y los estilos de comprensión de los textos.

41 Boletín 9116-07, disponible en < <http://bcn.cl/1op66> > [última consulta: 3 de julio de 2015].

42 El subrayado es nuestro

2.3.3 Características de la publicidad de la Ley en Chile.

Del análisis previo, podemos distinguir las siguientes características, en cuanto a la operación, los mecanismos de publicación y publicidad de la ley en Chile:

- A.- Oficialidad.
- B.- Sistematización.
- C.- Informática Jurídica.
- D.- Acceso.
- E.- Inexistencia de sanciones o mecanismos que subsanen errores en la publicación de la ley.

Al respecto:

a) Oficialidad: Las normas de alcance general y obligatorio deben publicarse en un medio oficial para que entren en vigor, determinado por la Constitución o las leyes.

b) Sistematización: Existe disparidad en cuanto a la entidad responsable de ello, pudiendo ser empresas privadas, el Estado u organismos de la Administración del Estado. La falta de sistematización atenta claramente contra la seguridad jurídica, toda vez que el derecho a la información y la gestión de información para alcanzar eficazmente la comunicación y difusión del derecho son pilares fundamentales en la sociedad actual. No obstante y a pesar de que existen las tecnologías disponibles y estándares necesarios para la gestión de sistemas abiertos e integrados de información jurídica, hay escasa interoperabilidad entre los actores del área. Esta deficiencia es más grave aún si consideramos que existe la Ley de Acceso a la Información y Transparencia y las normas relativas a interoperabilidad dictadas por la Contraloría General de la República en relación a los documentos electrónicos que emanan del Estado.

En este punto puede sostenerse que el Sistema Ley Chile, es el que ofrece mayores estándares de integridad, suficiencia, exactitud, oportunidad y relevancia, pues es bien sabido que el valor de la información depende de su calidad, precisión y de la oportunidad con que se entregue.

c) Informática Jurídica: En la actualidad, todas las publicaciones mantienen sitios electrónicos con los contenidos completos, además de medios impresos de circulación nacional. En este sentido los diversos actores del sistema han tratado de implementar medidas que acerquen a la ciudadanía al conocimiento de sus derechos y deberes, lo que se conoce como “e-government”.⁴³

Cabe tener presente que hoy, cerca del 80% de los parlamentos del mundo tiene medios tecnológicos para la difusión de su información. Aunque mediante distintos caminos o recetas, todos intentan lograr que la democracia contemporánea transite desde la democracia participativa hacia la democracia directa. Hay quienes han definido este tránsito como la evolución high-tech de la democracia contemporánea.

Al respecto, podemos citar lo establecido por la Instrucción General N° 11, del Consejo para la Transparencia, publicada el 30 de enero de 2014⁴⁴ que dispone: “Se entenderá que el órgano o servicio cumple con la obligación de informar los actos y documentos que hayan sido objeto de publicación en el Diario Oficial si dispone de un link al texto de dichas normas contenido en el sitio www.leychile.cl (de la Biblioteca del Congreso Nacional)...”

43 Uso de las TI y el conocimiento en los procesos internos de gobierno, así como en la entrega de los productos y servicios del Estado tanto a los ciudadanos como a la industria.

44 Instrucción General N° 11, Consejo para la Transparencia, disponible en < <http://bcn.cl/1neum> > [última consulta: 3 de julio de 2015].

d) Acceso: En la mayoría de los casos, el acceso es gratuito e inmediato a través de Internet. Las versiones impresas, normalmente, son vendidas al público o a suscriptores.

En este sentido, la misma publicación puede ser confundida con la publicidad de la misma, conceptos que se encuentran íntimamente ligados en el aspecto jurídico, pero que en lo fáctico se han separado. Sobre este punto, sostiene la profesora Biglino que “la publicidad de la ley surge, por tanto, como uno de los pilares esenciales de la nueva forma de Estado. No siempre, sin embargo, coincidirá con la publicación, tal y como ésta se entiende ahora en los ordenamientos continentales.”⁴⁵

Según la profesora Biglino el origen de la forma de publicidad de las normas que predomina en el continente es consecuencia de la propia concepción del Derecho que se implanta a partir de la Revolución francesa. Es entonces cuando la norma se empieza a considerar como expresión de una voluntad racional formulada por un órgano de Estado, que debe ser dada a conocer a quienes, aun siendo titulares de la soberanía, no han participado en su elaboración. Otros factores de distinta índole, que precisamente son los que diferencian la mentalidad jurídica continental de la tradición anglosajona, influyen en el proceso. Así, la paulatina relegación de la costumbre, cuya propia naturaleza exime de la publicación, ya que su observancia deriva de su conocimiento previo. También incide la concepción de la función judicial. La subordinación del juez a la ley supone, en primer lugar, la negación de que sus decisiones (que no precisan de divulgación general) constituyan fuentes del Derecho. Pero además exige que el juez, al igual que los ciudadanos, tenga garantizado el conocimiento de la norma que debe aplicar. La publicación de las leyes, precisamente, uno de los requisitos para que el principio *iura novit curia* pueda operar. Son éstas las razones que, con el tiempo, conducen a concretar la exigencia de la publicidad de la ley en su publicación escrita.⁴⁶

El acceso tiene su contrapartida en los costos que debe asumir el Estado, en la tarea de poner a disposición de la población las normas jurídicas vigentes.

e) Inexistencia de sanciones o mecanismos que subsanen errores en la publicación de la ley: Como se advirtió anteriormente, no hay en nuestro ordenamiento jurídico normas expresas que subsanen un error o la omisión en la publicación de la ley, como ocurre en los casos de la promulgación y la Ley de Presupuesto.

La publicación constituye un requisito de procedimiento impuesto en nuestro ordenamiento jurídico para el correcto conocimiento de la ley, mas no de su entrada en vigor, debido a que ella nace a la vida del derecho por medio de su promulgación.

Este requisito, como cualquier otra de forma o de sustancia, puede ser ignorado o infringido en el momento de ser operada actuada, por lo que la ley elaborada no estará conforme con lo establecido por las normas que regulan su producción. La ausencia de publicación o su disconformidad con lo previsto en el ordenamiento pueden producir consecuencias jurídicas de distinta magnitud, capaces de afectar a la ley de diferentes maneras. Pueden oscilar desde privar a la ley de su propia apariencia hasta ser pequeñas irregularidades que la interpretación judicial es capaz de reparar.

La literatura jurídica reproduce y conoce de numerosos ejemplos de defectos que se han producido a lo largo de la historia en materia de publicación de las leyes. Entre los más notables cabe destacar la ausencia total de publicación, a pesar de la cual la norma, definida como secreta, era considerada aplicable a los ciudadanos.

Actualmente, el caso que más preocupa es el de la publicación incompleta, por el que la ausencia de publicación sólo afecta a determinadas partes de la ley. El problema principal que puede llegar a plantear este defecto es determinar en qué medida la ausencia de publicación de ciertos párrafos o artículos de un

45 Biglino Campos, cit. (n.5), p.21.

46 Biglino Campos, cit. (n.5), p.23

texto legislativo afecta al resto de la ley, que se ha publicado correctamente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en cuanto a la publicación de la ley, ha considerado, como hemos analizado anteriormente, que el cambio de nombre a la ley realizada por el Ejecutivo no afecta la constitucionalidad de la misma.

Por otro lado, el mismo Tribunal ha estimado que puede pronunciarse sobre una cuestión de inconstitucionalidad de la ley por el procedimiento legislativo y sus vicios, antes de que ésta sea promulgada, por lo que una que vez se encuentre publicada ya no puede hacerse cargo de la cuestión debatida. Quedan fuera los actos posteriores a la aprobación de la ley por el Congreso Nacional, como el control constitucional preventivo obligatorio de ciertas leyes. Así, la promulgación y la publicación de la ley son actos que poseen finalidades distintas y, si bien constituyen actos debidos, no son manifestación de voluntad popular.⁴⁷

3. CONCLUSIONES

En el presente trabajo pudimos conocer los mecanismos de publicación de la ley, en un sentido estricto, esto es, la normativa relativa a aquel mecanismo dentro de la formación de la ley establecido por la Constitución y las leyes y, por otro lado, en un sentido lato, las distintas formas en que se materializa dicha publicación por los órganos del Estado.

Por ello es necesario destacar que la publicación resulta un trámite esencial en el proceso de entrada en vigencia de la ley, toda vez que los principios de certeza y seguridad jurídica demandan que los ciudadanos conozcan las normas aplicables y su vigencia, lo que solo puede lograrse mediante la eficaz publicación y publicidad de un determinado texto legal.

A pesar de la importancia que reviste el tema, en nuestra opinión el sistema chileno no cuenta con las herramientas necesarias para garantizar el conocimiento de la ley por parte de la ciudadanía toda, ya que por una parte la oficialidad de los organismos es nula, parcial y no sistematizada y el ordenamiento jurídico no contempla causales de vicios, ya sea de inexistencia o nulidad de la publicación, situación que podría ser corregida, según entendemos, mediante una reforma constitucional que subsane dicha situación entregándole a algún organismo del Estado las facultades necesarias para actuar ante un determinado vicio, como podría ser la Contraloría General de la República o el Tribunal Constitucional.

Así pudimos comprobar que en la praxis las instituciones que cuentan con la oficialidad necesaria para publicar el texto legal, se encuentran disueltas o son pocos accesibles a las personas (EJCH, en el primero de los casos, Ministerio del Interior y CGR en el segundo), siendo que, por otro, lado la herramienta más conocida a nivel jurídico y ciudadano no cuenta con una oficialidad clara y precisa reconocida por la ley (BCN).

De lo anterior entendemos que, independientemente de los actores involucrados que concurren en la publicación de la ley, recae en el Estado y sus organismos la responsabilidad de encargarse de ella (publicación de la ley) como mecanismo para garantizar la seguridad y certeza jurídica. Algunos opinarán que podría delegarse en otros medios de comunicación; sin embargo, estimamos que ello no es lo recomendable, por cuanto, si se delega, se cae irremediabilmente en algunos inconvenientes. Por un lado, los medios prefieren su línea editorial, privilegiar las contingencias (por ejemplo, el relato de un debate que haya sacado de tono a algún parlamentario, seguramente logrará mayor cobertura, difusión que las necesarias explicaciones técnicas sobre una norma), el ambiente que generó la ley y el resumen, en vez de abordar en la medida y profundidad justa asuntos tan importantes como la construcción legislativa, la

⁴⁷ Biglino Campos, cit. (n.5), p. 110 y ss.

fiscalización y la rendición de cuentas de las instituciones democráticas.

Es importante destacar que la ley debe ser publicada de manera neutra, sin ningún tipo de énfasis que pudiere hacer cambiar su sentido.

Más allá de la resolución que se adopte en definitiva, se hace presente la necesidad de instar por las reformas necesarias para la implementación de un sistema centralizado, digital, interoperable, oficial y eficaz de publicación de la norma legal. En esta línea, son el Diario Oficial (Ministerio del Interior y Seguridad Pública) y Ley Chile (BCN) las herramientas con más futuro para cumplir dicha labor, especialmente ésta última, que no solo es un repositorio normativo, sino una verdadera red jurídica y sistematizada del ordenamiento nacional.

Dicha intención se encuentra materializada en el mencionado proyecto de ley, Boletín 9116-07, entendiendo que esta iniciativa recoge la idea de encomendar la edición oficial de los Códigos a la Biblioteca del Congreso Nacional.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina

- ▶ Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic H., Antonio, Tratado de Derecho Civil: partes preliminar y general, T.1 (Santiago, Editorial Jurídica, 1998).
- ▶ Bermejo Vera, José, La publicación de la norma jurídica (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977).
- ▶ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley Nº 8.737, disponible en < <http://bcn.cl/1m4gm> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Brenna, Ramón (director), Técnica Legislativa (Buenos Aires, Ediciones La Ley, 2013).
- ▶ Biglino Campos, Paloma, La publicación de la Ley (Madrid, Tecnos, 1993).
- ▶ Bronfman Vargas, Alan; Cordero Quinzacara, Eduardo; Aldunate Lizana, Eduardo, Derecho Parlamentario Chileno: Funciones y Atribuciones del Congreso Nacional (Santiago, LegalPublishing, 2013).
- ▶ Corral Talciani, Hernán, De la ignorancia de la ley : el principio de su inexcusabilidad (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987).
- ▶ Jimena Quesada, Luis, La técnica legislativa y otros aspectos constitucionales relativos a la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, disponible en <<http://www.uv.es/revista-dret/num2/pdf/jimena.pdf>> [última consulta: 03 de julio de 2015]
- ▶ Grupo de estudios de técnica legislativa, La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa (Barcelona, Bosch S.A, 1986).
- ▶ Millas, Jorge, Filosofía del Derecho (Santiago de Chile, Publilex, 1970).
- ▶ Palmirani, Mónica, Informática Legislativa: fondamenti e prospettive, Apuntes de Clases, disponible en < <http://bcn.cl/1oq82> > [última consulta: 03 de julio de 2015]
- ▶ Rodríguez-Zapata, Jorge, Sanción, promulgación y publicación de las leyes (Madrid, Tecnos, 1987).
- ▶ Rosende Subiabre, Hugo, La promulgación y la publicación de la ley (Santiago, Nacimiento, 1941).
- ▶ Rubio Núñez, Rafael (coordinador), Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia (Madrid, Congreso de los Diputados, 2014).

- ▶ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, T. 7 (Santiago, Editorial Jurídica, 1997).
- ▶ Silva Cimma, Enrique, (2008) El Tribunal Constitucional de Chile (1971 – 1973). 2da edición [Santiago de Chile]. Cuadernos del Tribunal Constitucional. 178 pág.
- ▶ Vitoria, Francisco de, La ley (Madrid, Tecnos, 1995).
- ▶ Williams, Jaime, La Seguridad como Valor del Derecho, en Apuntes de clases (Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Santiago, 1983).

B.- LEGISLACIÓN

- ▶ Constitución alemana en español, disponible en < <http://bcn.cl/1g7a6> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Constitución peruana, disponible en < <http://bcn.cl/1op6d> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Constitución española, disponible en < <http://bcn.cl/1op68> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Código Civil Chileno, versión original, disponible en < <http://bcn.cl/1or7f> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Decreto S/N, Imprenta Nacional i Diario Oficial, DO. 15 noviembre 1876, disponible en < <http://bcn.cl/1nutr> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Decreto Nº 887, Interior, DO. 20 marzo 1926, disponible en < <http://bcn.cl/1ooir> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Decreto Nº 2.421, Hacienda, fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, D.O. 10 julio 1964, artículo 26 disponible en < <http://bcn.cl/1nus7> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ DFL Nº 79, Hacienda, Decreto con fuerza de ley Núm. 79, DO. 06 abril 1931, disponible en < <http://bcn.cl/1ooi9> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ DFL Nº 7.912, Interior, Decreto que organiza las Secretarías de Estado, DO. 05 diciembre 1927, disponible en < <http://bcn.cl/1mggi> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Instrucción General Nº 11, Consejo para la Transparencia, sobre transparencia activa, DO. 30 enero 2014, disponible en < <http://bcn.cl/1neum> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Ley 9.400, substituye los artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil, por los que indica, en DO. 06 octubre 1949, disponible en < <http://bcn.cl/1oqw7> > [última consulta: 03 de julio de 2015].
- ▶ Proyecto de Ley Boletín 9116-07, que aprueba disolución de la Editorial Jurídica y fija norma para su liquidación, disponible en < <http://bcn.cl/1op66> > [última consulta: 03 de julio de 2015].

C.- Jurisprudencia

- ▶ Sentencia Rol Nº 2253-12-RPL del Tribunal Constitucional de Chile, disponible en < <http://bcn.cl/1op7g> > [última consulta: 03 de julio de 2015]





LA ADHESIÓN VOLUNTARIA DEL SENADO AL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN Y A LOS CONVENIOS MARCO SUSCRITOS POR LA DIRECCIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS

Carlos Becerra Farías

RESUMEN EJECUTIVO

El autor analiza los efectos de la habilitación contenida en una glosa presupuestaria de la Ley de Presupuestos del Sector Público, desde el año 2007, para que las corporaciones del Congreso Nacional puedan adherirse voluntariamente al sistema de información y contrataciones y convenios marcos de la ley N° 19.886, adquiriendo este cuerpo legal características de un soft law para dichos órganos, lo que hace necesario poner atención en los conflictos normativos que pueden presentarse entre sus normas auto generadas y el estatuto de la ley del ramo, conflictos que siempre deberán resolverse vía interpretación armónica de ambos cuerpos normativos, teniendo como fundamento último el aplicar como mínimo el estándar contemplado en la Ley, o los estándares superiores contenidos en la norma autorregulada.

Palabras claves: Presupuesto, Glosa, derecho referencial, antinomias.

ABSTRACT

The author analyzes the effects of the power in a budget gloss of the Finance Act, since 2007, for corporations of Congress can voluntarily join the system of information and contracts and framework agreements of law No. 19.886, acquiring this regulatory body legal characteristics of a soft law to these organs, making it necessary to pay attention to the normative conflicts that may arise between their self-generated rules and statute law of the area, always conflicts should be resolved via harmonious interpretation of both regulatory bodies, with the ultimate foundation to apply the minimum standard contained in the Law, or the higher standards contained in the self-regulatory standard.

Keywords: Budget, gloss, referential law, antinomies.

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la ley N° 19.886, se planteó la discusión acerca de cuál era el estatuto jurídico aplicable a los órganos del sector público no regidos por dicha norma respecto del mismo objeto, entre ellos las corporaciones que forman el Congreso Nacional. La CGR al respecto fijó dictámenes en que estableció claramente que el estatuto de la ley de compras públicas era aplicable en aquellas materias en que expresamente ésta se extendía a los órganos no contemplados en el artículo 1° de la ley N° 18.575. No obstante, en la Ley de Presupuestos del Sector Público, se ha venido estableciendo en los últimos años la Glosa 02 en el Programa 01, Capítulo 7 de la Partida 08, esto es, en el presupuesto de la Dirección de Contratación y Compras Públicas del Ministerio de Hacienda, en la cual se señala que podrán adherir voluntariamente los órganos del sector público que no estén regidos por la ley N° 19.886 al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración y a los Convenios Marco suscritos por la Dirección, entre ellos, las corporaciones que conforman el Congreso Nacional.

Esta cuestión plantea problemas jurídicos de relevancia en las dimensiones de técnica legislativa y de administración parlamentaria, como la naturaleza jurídica y verdadero alcance normativo de la glosa presupuestaria citada, o los conflictos normativos que se pueden presentar ante la antinomia eventual entre las normas dictadas por las propias cámaras en ejercicio de su potestad de autorregulación administrativa, y las normas de la LCP y sus reglamentos. Ambos temas no son pacíficos en el derecho administrativo parlamentario, tienen una vigencia actual en la práctica administrativa parlamentaria, y no han sido estudiados debidamente.

Para aproximarnos a responder estas inquietudes, en este trabajo se propone como objetivo general el analizar el alcance de la Glosa 02 del Presupuesto de la Dirección de Contratación y Compras Públicas del Ministerio de Hacienda, y los efectos jurídicos administrativos relevantes respecto de las contrataciones y compras públicas que efectúan las corporaciones que conforman el Congreso Nacional, en específico el Senado.

Para ello, será necesario revisar el contexto en que se desarrollan y generan anualmente las glosas presupuestarias, como la objeto del análisis, esto es, el proceso de elaboración de la Ley de Presupuestos del Sector Público. Luego, analizaremos la naturaleza jurídica y objeto de regulación de las glosas presupuestarias, las cuales han proliferado intensamente con la tramitación de cada año de la ley de presupuestos regulando cada mes con mayor intensidad aspectos no tan cercanos de dicho objeto pero asociados en la mayoría de los casos indirectamente a él, lo cual merece a lo menos una reflexión de nuestra parte. Luego, corresponderá explorar el ámbito de aplicación de la LCP, antes y después de la aparición de la Glosa 02, con su recepción en la jurisprudencia administrativa de la CGR, a fin de establecer un estándar de interpretación que nos permita en definitiva establecer el verdadero sentido y alcance de la adhesión voluntaria a la ley que establece la Glosa 02. Por último, analizaremos críticamente las posibles antinomias entre las normas de la LCP y la regulación interna del Senado.

I. LAS GLOSAS PRESUPUESTARIAS. UNA MIRADA DE CONTEXTO PARA APROXIMARNOS AL OBJETO DE ESTUDIO

1.- LEY DE PRESUPUESTOS DEL SECTOR PÚBLICO. NOCIONES GENERALES

A) Objeto de regulación y proceso de elaboración

El Presupuesto de la Nación es el resultado de un minucioso proceso de análisis, formulación, consulta, discusión y sanción, entre diferentes actores e instituciones. Para asegurar su consistencia económica y financiera, desde el año 2000, éste se enmarca en la regla preanunciada de generar un superávit estructural equivalente a un 0% del Producto Interno Bruto (PIB). Esto significa que al tomar las decisiones de gastos, el gobierno considera sus capacidades reales de financiamiento a largo plazo y evita hacer compromisos con cargo a holguras transitorias, como cuando el precio del cobre está alto o la actividad económica está sobrecalentada. Para que esta regla sea lo más transparente posible, se consulta a Comités de Expertos Externos respecto al precio del cobre de largo plazo y el nivel de producción potencial de la economía que debe incorporarse para su estimación, lo que permite determinar el gasto compatible con la regla del superávit estructural.

La Ley de Presupuestos del Sector Público consiste en una estimación financiera de los ingresos y una autorización de los gastos para un año determinado. Existe porque es necesario compatibilizar los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente determinados¹. El proyecto lo propone exclusivamente el Ejecutivo y debe ser aprobado por el Parlamento. Esta ley de carácter transitorio –porque tiene una vigencia anual– es una de las más importantes que tramita el Congreso Nacional porque fija las prioridades y asigna los recursos de toda la administración del Estado. Esto significa que la totalidad de las finanzas públicas pasan por este proyecto de ley, que incluye: un mensaje, articulado y las 26 Partidas presupuestarias correspondientes.

El ordenamiento jurídico ha reconocido en la “Ley de Presupuestos” a una ley de características especialísimas y, por tanto, no asimilables a aquello que se conoce como ley común. Estas especiales características están dadas, principalmente, por su contenido, es decir, por el objeto de su regulación. Y su objeto es, precisamente una estimación de futura de ingresos y gastos. Los elementos y rasgos distintivos del presupuesto han sido reconocidos tanto en nuestro ordenamiento constitucional como en la definición legal de Presupuesto, contenida en el artículo 11 del D.L. 1.263, de 1975. El presupuesto del sector público, consiste en “una estimación financiera de los ingresos y gastos de este sector para un año dado, compatibilizando los recursos disponibles con el logro de metas y objetivos previamente establecidos”. Entonces, el Presupuesto es un cálculo anticipado de los ingresos y gastos de la nación.

En tanto el artículo 67 de la CPR, que regula los aspectos esenciales de la Ley de Presupuestos, sin definirlo directamente, reconoce su naturaleza estimativa y su carácter transitorio. De este modo, la materia y contenido que la Ley de Presupuestos debe abordar, está configurada y circunscrita por el artículo 67 de la CPR. La materia es la estimación de ingresos y gastos, para un periodo determinado, que corresponde a cada año calendario. En otras palabras, la idea matriz o fundamental del proyecto no es de libre determinación como en las leyes comunes, sino que está fijada por el propio constituyente y circunscrito a lo previsto en el artículo 67 de la Carta Fundamental. La Ley de Presupuestos tiene su contenido, el cual es esencial e ineludible. No hay un contenido, el cual es esencial e ineludible. No hay un contenido probable, que se configure durante la tramitación legislativa, ni siquiera por su definición en el mensaje Presidencial, como ocurre en los proyectos de ley comunes. En la ley de

¹ Precht, Jorge, Principios jurídicos de hacienda pública, en RCHD 20 (1993).

presupuestos, éste se encuentra preestablecido por la Constitución².

El proceso de elaboración del presupuesto del sector público se compone de etapas o fases que en conjunto forman lo que se denomina el Ciclo Presupuestario. Según Villarroel³, el ciclo presupuestario se compone de cuatro etapas: formulación, discusión y aprobación, ejecución y evaluación, correspondiendo la etapa de discusión y aprobación a la más relevante desde el punto de vista de la intervención parlamentaria. La DIPRES por su parte identifica cinco fases: formulación, discusión, aprobación, promulgación y ejecución y control⁴. Para los efectos de este trabajo, nos quedaremos con la identificación de tres fases que realiza el Tribunal Constitucional⁵, a saber, la de preparación, la de aprobación y la de ejecución.

La etapa de preparación o confección es el conjunto de actos que ocurren dentro del Ejecutivo, destinados a elaborar el proyecto de ley de presupuestos, en donde juega un rol clave la DIPRES, organismo dependiente del Ministerio de Hacienda, y está regulada principalmente en el D.L. 1.263. Esta tiene por misión “proponer la asignación de los recursos financieros del Estado” (artículo 15, D.L. N° 1.263). Esta etapa concluye con el envío al Congreso, “con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir” (artículo 67 constitucional), del proyecto de ley de Presupuestos⁶.

La etapa de aprobación o de discusión es aquella que ocurre en el Congreso Nacional. El presupuesto es una ley; sólo que una ley especial. Esta etapa comienza con el ingreso a la Cámara de Diputados del proyecto y termina cuando el Congreso lo despacha, con aprobación formal o con silencio positivo por no haberlo despachado “dentro de los sesenta días contados desde su presentación” (artículo 67 aludido). Es en esta fase donde se produce la intervención parlamentaria más relevante. Una vez ingresado por el Ejecutivo el proyecto de ley de presupuestos en la Cámara de Diputados, a más tardar el 30 de septiembre del año respectivo, ésta da cuenta de su recepción y lo remite a la CEMP⁷. Es aquí donde el análisis de las partidas presupuestarias se distribuye entre diversas subcomisiones de la CEMP⁸, que sesionan recibiendo a los representantes del Ejecutivo y otras instituciones para el análisis de las mismas y su discusión, en la cual el ejecutivo y los parlamentarios pueden presentar indicaciones⁹. Sean formuladas o no, se ponen luego en votación los gastos contemplados en los distintos programas que forman parte de los capítulos

2 El argumento citado se encuentra contenido de esta manera en el Requerimiento por inconstitucionalidad presentado en autos ROL 1867 del TC, en contra de las glosas 05 y 06, introducidas mediante indicaciones parlamentarias números 29 a y 29 b, respectivamente, en la cámara y aprobadas por el senado, a la partida 08 (ministerio de hacienda), capítulo 1, programa 01 denominadas compromisos sobre ampliación del post natal y la eliminación de la cotización del 7% de salud de los pensionados, fundados en que exceden de la idea matriz de la ley de presupuestos e invaden materias de iniciativa exclusiva del presidente de la república; y en contra de la glosa 09, introducida por la cámara y aprobada por el senado, mediante la indicación 08, a la partida 05 (programa de seguridad y participación ciudadana), denominada “encuesta ENUSC por el INE”, por invadir una materia de iniciativa legislativa del ejecutivo.

3 Villarroel Cáceres, Sebastián, El protocolo de acuerdos de la ley de presupuestos del sector público (Valparaíso, 2011), pp. 18-25.

4 El Ministerio de Hacienda, en su página web, identifica mayor detalle en las etapas del ciclo presupuestario, en <http://www.hacienda.cl/especiales/presupuesto/etapas-de-elaboracion.html>, describiendo todas las etapas, 8 en total, que intervienen desde los ingresos proyectados hasta la promulgación de la Ley de Presupuesto.

5 STC Rol 1867

6 Montalvo, Carlos; Muñoz, Cristian, Ley de presupuestos, análisis de su elaboración, ejecución y control (Tesis Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007), pp. 32 y ss.

7 Villarroel, ob. cit. (n. 2), p. 18. “Dicha comisión, que está integrada por 26 parlamentarios y debe quedar constituida dentro del mes de septiembre de cada año, se encuentra autorizada por la LOCCN para, en cada oportunidad, fijar sus normas de procedimiento y formar las subcomisiones necesarias para el estudio de las partidas del proyecto de ley. Así, cada año, ha establecido que el quórum necesario para sesionar y adoptar acuerdos sea de 5 senadores y 5 diputados, y que el reglamento aplicable sea el del Senado. Enseguida, es convocada por su Presidente para, en los primeros días del mes de octubre, conocer el “estado de la Hacienda Pública”, presentación que el Ministro de Hacienda realiza para dar a conocer, en términos generales, el diagnóstico y las perspectivas de la economía chilena en el escenario internacional, las fortalezas fiscales y los supuestos macroeconómicos, y las prioridades y principales contenidos del nuevo proyecto de presupuestos”

8 Actualmente se forman 5 subcomisiones de presupuesto.

9 Villarroel, ob. cit. (n. 2) p.19. “En el caso de los parlamentarios, cualquier diputado o senador, y no exclusivamente los integrantes de la instancia o la CEMP, puede formularlas, siéndoles desde luego aplicables las normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre admisibilidad”

de la partida de que se trate. Del mismo modo, asiste a los parlamentarios el derecho a solicitar votación separada de los diferentes subtítulos, ítems, asignaciones y subasignaciones propuestas, así como de las glosas que se proponen en las diferentes partidas.

La etapa de ejecución es aquella que comienza con la publicación en el DO. de “un resumen de la Ley de Presupuestos” (artículo 20, D.L. N° 1.263). Ésta consiste en la percepción o recaudación de los ingresos y en la materialización del gasto previsto en ella. La Constitución regula esta fase en diversos artículos.¹⁰

b) Composición de la Ley de Presupuestos.

La ley del Presupuesto que en definitiva se aprueba, es un documento extenso, por lo que se publica en el DO. es sólo un resumen. Se compone de dos partes claramente identificadas. Por una parte tenemos el articulado del proyecto de Ley de Presupuesto. Éste, además de establecer las cifras de ingresos y gastos por ministerio en sus primeros artículos, contiene adicionalmente unos 20 ó 25 artículos iniciales, sobre la administración presupuestaria, lo que incluye ciertas atribuciones y algunas prohibiciones para la ejecución del gasto por parte del sector público. Por otra parte, están los presupuestos propiamente tal. Estos se organizan y presentan de acuerdo a las instrucciones del calificador presupuestario fijado por el Ministerio de Hacienda, a través de Decreto N° 854 de 2004 y sus modificaciones.¹¹

Esta Clasificación organiza los presupuestos en partidas, capítulos y programas. Las llamadas partidas que son 26 en total, y que representan, en general, a la mayor agrupación organizacional del presupuesto. Se le asignan partidas a la Presidencia de la República, al Congreso Nacional, al Poder Judicial, a la Contraloría General de la República, Ministerio Público, a cada uno de los diversos Ministerios. La primera (que suele denominarse partida 50) es la del Tesoro Público, donde se recogen varios gastos que no tienen cabida en ministerios propiamente tales, como, por ejemplo, algunos recursos para transferir de un ente a otro o para cubrir gastos que no pudieron prever específicamente durante la tramitación del proyecto. Cada partida se inicia con un “resumen” muy similar a un estado de flujo sencillo: ingresos /gastos. Además, presenta determinada información que permite identificar orgánicamente los servicios públicos, programas y modalidades del gasto de que se trate. Los capítulos definen organismos o servicios públicos

10 STC Rol 1867, considerando quincuagésimo cuarto. “Así señala que le corresponde al Presidente de la República decretar la inversión de las rentas públicas con arreglo a la ley (artículo 32, N° 20); que la Contraloría “en ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución” (artículo 99); que “las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto” (artículo 100). Dicha regulación es complementada por normas legales. Por ejemplo, en materia de aprobación, la Ley Orgánica del Congreso Nacional se refiere a ello (artículo 19, Ley N° 18.918). Y, en lo que se refiere a la ejecución, el D.L. N° 1.263 establece que “el ejercicio presupuestario coincidirá con el año calendario. Las cuentas del ejercicio presupuestario quedarán cerradas al 31 de diciembre de cada año” (artículo 12). La misma normativa agrega que la Dirección de Presupuestos debe proponer al Ministerio de Hacienda “un programa de ejecución del presupuesto en el mes de diciembre del año anterior a su vigencia. Asimismo, confeccionará programas de gastos, denominados Programas de Caja, donde fijará el nivel y prioridad de los mismos” (artículo 22). De acuerdo a dicho programa de ejecución, “se pondrán fondos a disposición de cada servicio por cuotas periódicas. Estas cuotas se autorizarán mediante el Programa de Caja Mensual (artículo 23). Asimismo, dicha normativa establece la rendición de cuentas por quienes manejan recursos públicos (artículos 57 a 59, D.L. N° 1.263); lo mismo regula, con mayor detalle, la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (artículos 85 y siguientes);”

11 El Numeral I del Decreto N° 854 de 2004 reza: “1. DETERMINANSE para los efectos de la Ley de Presupuestos del Sector Público las siguientes clasificaciones presupuestarias.

I. CLASIFICACION INSTITUCIONAL: Corresponde a la agrupación presupuestaria de los organismos que se incluyen en la Ley de Presupuestos del Sector Público, como sigue:

PARTIDA : Nivel superior de agrupación asignada a la Presidencia de la República, al Congreso Nacional, al Poder Judicial, a la Contraloría General de la República, Ministerio Público, a cada uno de los diversos Ministerios y a la Partida “Tesoro Público” que contiene la estimación de ingresos del Fisco y de los gastos y aportes de cargo fiscal.

CAPITULO: Subdivisión de la Partida, que corresponde a cada uno de los organismos que se identifican con presupuestos aprobados en forma directa en la Ley de Presupuestos.

PROGRAMA: División presupuestaria de los Capítulos, en relación a funciones u objetivos específicos identificados dentro de los presupuestos de los organismos públicos.”

dentro de la institución que representa la partida. Los programas son asignaciones más específicas dentro del capítulo. En general es a estos últimos que se le aplica la subclasificación presupuestaria por objeto o naturaleza del Decreto N° 854 de 2004 citado, por lo que se subdividen en subtítulos, ítems, asignación y subasignaciones, que contienen el detalle del ingreso o gasto.

Además, las partidas presupuestarias contienen observaciones o alcances finales y particulares expresados en Glosas Presupuestarias. Las glosas son cruciales en las leyes de presupuesto porque acotan o precisan un gasto. Por ejemplo, una glosa puede establecer el máximo de funcionarios contratados para una determinada función que tiene asignado un gasto. Muchas de las discusiones y acuerdo parlamentarios durante el Presupuesto quedan plasmados en las glosas, las que pueden ser objeto de indicaciones por parte de los parlamentarios. Nos detendremos en la conceptualización y naturaleza jurídica de ellas, que son objeto de nuestro estudio.

2.- LAS GLOSAS PRESUPUESTARIAS

a) Concepto y naturaleza jurídica

Si bien no se encuentran definidas en el clasificador presupuestario, las glosas forman parte de las diversas partidas presupuestarias y su inclusión se ha ido consolidando con el paso de los años. Se ha dicho que corresponden a acciones y requerimientos sobre temas puntuales, realizados por las comisiones que aprueban el presupuesto en conjunto con la DIPRES, que se deben cumplir e informar durante el período que se encuentra vigente la ley de presupuestos¹².

Más precisamente, se pueden conceptualizar como aquellas cláusulas normativas que integran los presupuestos, que explicitan, determinan, precisan o limitan el alcance de los gastos establecidos en las partidas del presupuesto, e imponen deberes de información acerca de la inversión de los recursos públicos o establecen modalidades de ejecución de los mismos. Si bien no forman parte del articulado, son parte integrante de la ley de presupuestos.

Probablemente, la proliferación de las glosas presupuestarias se debe a varias razones copulativas: i) a que el Congreso plantea tener un rol más activo en la elaboración del presupuesto y la implementación de políticas públicas (íntimamente ligadas a su financiamiento); ii) a la necesidad de aumentar el control sobre el accionar del Estado en materia presupuestaria, minimizando la discrecionalidad o el ámbito a la interpretación en la ejecución de los diferentes ítems (por ejemplo, en la medida que se agrega una condición para ejecutar un gasto); iii) y, también, a la necesidad de dar flexibilidad a la política fiscal (como posiblemente podría ocurrir con aquellas que otorguen modalidades de ejecución del gasto a discreción del órgano público).

El análisis de la naturaleza jurídica de las glosas de la ley de presupuesto, tampoco es una cuestión que ha sido abordada por la doctrina en detalle. Esto último cobra especial relevancia en los últimos años, atendida la proliferación de glosas presupuestarias en las últimas leyes de presupuestos, que abordan todo el espectro de materias indicadas en la clasificación propuesta en el anterior acápite de este estudio.

Al respecto, el año 2010 un grupo de parlamentarios plantearon requerimiento de inconstitucionalidad en contra de diversas glosas presupuestarias del proyecto de ley de presupuestos del año 2011, respecto del cual, en su fallo Rol 1087, el TC estableció como consideración inicial para el análisis del tema, que “resulta innecesario entrar a dilucidar la naturaleza jurídica de las glosas de la Ley de Presupuestos, teniendo en cuenta su carácter complejo, dados los guarismos, partidas, ítems y demás clasificaciones presupuestarias que la conforman, por lo cual, para los efectos de resolver el presente conflicto constitucional, esta Magistratura estimará que las glosas forman parte de dicha ley y, por tanto, pueden ser objeto de

¹² En <http://www.conama.cl/intranet/1275/article-44561.html>.

requerimiento de inconstitucionalidad en los términos previstos en el N° 3º del inciso primero del artículo 93 de la CPR. De otro lado, con motivo de un requerimiento de inconstitucionalidad de determinadas glosas del proyecto de ley de presupuestos para el año 2011, el TC en fallo Rol 1867 consignó innecesario dilucidar la naturaleza jurídica de las glosas de la ley de presupuestos, habida cuenta del carácter complejo de esta última, dados los guarismos, partidas, ítems y demás clasificaciones presupuestarias que la conforman. Por todo ello estimó, para el caso concreto, que las glosas forman parte de dicha ley, pudiendo en consecuencia ser objeto de requerimiento de inconstitucionalidad en los términos del art. 93, inciso primero, n° 3 CPR.¹³

De esta manera, se resuelve una primera cuestión. Establecido que el contenido del presupuesto de la nación se compone de su articulado y el presupuesto propiamente tal, las normas contenidas en este último, a objeto de establecer su efecto normativo, con las consecuencias jurídicas que esto acarrea, tienen el carácter de ley de la República. Esto implica que el estatuto acerca de a quién corresponde la iniciativa legislativa en las materias que tratan, el procedimiento de elaboración de las mismas, los quórum a que están sujetas, los mecanismos de control de constitucionalidad de ellas, son los establecidos en nuestra Constitución Política de la República para las normas legales.

b) Modalidades o Tipos de Glosas

No existe en la literatura mayor tratamiento acerca de las glosas presupuestarias, ni tampoco un tratamiento sistemático o general en la ley nacional. No obstante ello, la importancia que han ido adquiriendo con los años en la elaboración del presupuesto del sector público es indiscutible. Asimismo, su extensión a materias diversas se ha ido ampliando, llegando en algunos casos a referirse a materias que van más allá de una referencia directa al propio gasto o ingreso detallado en las partidas respectivas, extendiéndose, so pretexto de precisar la ejecución del gasto, a otras materias tratadas en leyes especiales y permanentes, que bien podrían relacionarse indirectamente con el presupuesto.

Atendido a la naturaleza del objeto tratado o contenido de las glosas, podemos distinguir dos grandes tipos: aquellas que establecen obligaciones o deberes a los servicios públicos, y aquellas que otorgan facultades y prerrogativas a ellos. Respecto de las primeras, se identifican los siguientes tipos de glosas: i) Que imponen deberes de entrega o publicación de información; ii) Que imponen observancia a límites del gasto (monto, porcentaje máximo para cierta actividad, etc.); iii) Que imponen obligación de ejecutar de cierto modo el gasto (prioridades, objetivos, beneficiarios, regiones, etc.). Respecto al segundo tipo, existen glosas que (i) establecen prerrogativas o facultades para los servicios públicos para ejecutar ciertas actividades, o (ii) que dan alternativas en los modos de ejecutar el gasto, o (iii) que facultan para aplicar ciertos excesos o disminuciones a la ejecución del gasto. Estos tres tipos de glosas pueden contener prerrogativas cuantitativas, en general referidas directamente a un guarismo o porcentaje del gasto. (p. ej.: Se podrá exceder hasta un 10% el monto autorizado en esta asignación), o cualitativas, en general, relativas a aplicar o no determinadas modalidades a la ejecución del gasto o aquellas que sugieren adoptar medidas administrativas para su mejor aplicación. (p.ej.: Para efecto del gasto de este Subtítulo el Servicio podrá realizar actividades no permitidas en la ley N° nnn)

13 Por otra parte, ya en fallo Rol 1005, de 2007, el TC señalaba en su considerando decimosegundo: “Que, como se aprecia, no hay obstáculo para que en la ley anual de presupuestos se incluyan normas sobre materias relativas a su ejecución o a la administración financiera del Estado...”; este mismo Tribunal ha precisado que “la voz indicación, referida a un proyecto de ley, comprende, para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación.” (Sentencias roles 259 y 271). Las glosas impugnadas fueron introducidas como indicaciones parlamentarias y fueron tratadas como tales por el Congreso Nacional y por el Poder Ejecutivo”.

II.- LA LEY N° 19.886 Y EL SISTEMA DE CONTRATACIONES Y COMPRAS PÚBLICAS DEL CONGRESO NACIONAL

1.- ANTECEDENTES DE LA LEY DE COMPRAS PÚBLICAS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

En Chile, hasta la dictación de la ley N° 19.886, denominada “Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de Servicios”, publicada en el DO. el 30 de Julio del 2003, y comúnmente conocida como “Ley de Compras Públicas (LCP)”, existía una variada y dispersa legislación sobre esta materia¹⁴, por lo que se hacía indispensable uniformarla y para esos efectos, a contar del año 1995, la Comisión Nacional de Ética Pública¹⁵ recomendó dictar una legislación refundida sobre contratos de suministros, en lo que coincidió el año 1996, el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República. Fruto de estos estudios se creó la LCP, cuya tramitación en el Congreso Nacional duró cuatro años, lo que revela un estudio minucioso y serio de esta materia.^{16 17} Si bien esta ley vino a solucionar gran parte de las dificultades existentes en materia de adquisiciones del Estado, no es una solución universal u omnicompreensiva de todas las contrataciones de las entidades públicas, desde el punto de vista de la materia regulada, como además, en lo que interesa a nuestro ensayo, desde el punto de vista de los sujetos de dicha regulación.

El ámbito de aplicación de esta ley N° 19.886, es amplísimo, y así el art. 1° inciso 1° de ella, señala que: “Los contratos que celebre la administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en su defecto las normas de Derecho Privado”.

La Comisión Nacional de Ética Pública, en su informe final, propuso que se dictara una legislación marco sobre adquisiciones y licitaciones “aplicable a la totalidad del sector público”. La LCP no respondió a tal requerimiento. En efecto, el inciso segundo del citado artículo 1° de este cuerpo legal, dispone que “Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”. Este inciso segundo restringe, de la manera expuesta, el ámbito de aplicación de la LCP, en una primera vista, a los órganos de la administración del estado a que se refiere el artículo 1° de la LOCGBAE, esto es, los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, exceptuándose, como lo señala el inciso segundo del citado artículo, las empresas públicas creadas por ley. Ello implica, que la LCP tiene una aplicación vinculante a un subconjunto de

14 Es así, que por una parte según el Decreto Supremo N° 404 del año 1978 del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL 353 del año 1960, regía sobre la materia la Dirección de Aprovechamiento del Estado, pero por otra parte el artículo 28 del Decreto Ley N° 3529 del año 1980, autorizaba a los servicios e instituciones del sector público, para efectuar adquisiciones directamente, en determinadas condiciones. Además el art. 16 del Decreto Ley 2879 del año 1979 otorgaba al respecto atribuciones especiales a los Jefes Superiores de los Servicios Fiscales, y, el art. 8 bis de la Ley 18.575 regulaba en forma especial los contratos administrativos de compras públicas. Los municipios por otra parte efectuaban de forma directa sus adquisiciones.

15 En el año 1994, por Decreto Supremo N° 423 de 1994 del Ministerio del Interior, se creó la Comisión Nacional de Ética Pública, que entre sus objetivos definidos en su artículo 2°, se propuso el estudiar y proponer reformas a la legislación en todo el espectro de materias que garanticen la probidad y transparencia de los actos públicos, entre ellos, en lo relativo a los contratos y licitaciones del Estado

16 Existe variada literatura que trata esta materia consultada en esta investigación. Al respecto, se ha consultado: BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel, Contratación administrativa bajo la Ley de Compra (Santiago, 2009). MENDOZA, Ramiro y LARA, José Luis, La contratación administrativa y la ley 19.886, en Revista Universidad Finis Terrae 19 (Santiago, 2005). FERNÁNDEZ RICHARD, José, Apuntes de clases de Derecho Administrativo, Universidad Pedro de Valdivia (Santiago, 2013)

17 A comienzo de los años 90, se trataban en la prensa los casos de manejos irregulares de fondos públicos y pagos irregulares de la Refinería de Petróleos de Concón por \$456.000.000.- y de pérdidas injustificadas de ESVAL por \$13.500.000.000.-

entidades del sector público. En efecto, como señala Dorothy Pérez¹⁸, “el concepto de sector público es mucho más amplio y omnicompreensivo de entidades que son privadas de acuerdo a su naturaleza jurídica, pero que reciben financiamiento público y se rigen por las normas de administración financiera estatal, en los términos que dispone el artículo 2° del Decreto Ley N° 1.263 de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, es decir, para efectos presupuestarios y financieros”. A lo citado, habría que agregar que existen varias e importantes entidades que forman parte del sector público, están reguladas por el DL 1.263, y no están regidas por la LCP, como, a vía ejemplar, el Poder Judicial y el Congreso Nacional.

No obstante, esto último señalado es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la ley, que establece que “Los órganos del sector público no regidos por esta ley, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 18, 19 y 20 de esta ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento.” Así las cosas, tanto respecto de la utilización del sistema de información de compras y contrataciones, cuanto respecto de la utilización de los convenios marcos por dichas instituciones, en una primera etapa se sentó la doctrina administrativa de que los órganos del Estado no regidos por el artículo 1° de la LCP, no podían acogerse a las normas de procedimiento ni a los mecanismos de contratación de la ley y su reglamento, sino sólo limitarse a proporcionar información básica acerca de las contrataciones que realizaren bajo sus propios procedimientos.

Al respecto, en dictamen N° 37.948 de fecha 28 de julio de 2004, la CGR se pronunció ante requerimiento del SERCOTEC acerca de la regularidad de la decisión adoptada por la gerencia de dicha entidad, en orden a invalidar una licitación pública para contratar el servicio de supervisión de uno de sus programas. En primer término, la CGR hace presente que tal como se ha manifestado entre otros Dictámenes, el SERCOTEC es una corporación de derecho privado que, por tanto, no forma parte de la Administración del Estado, sin perjuicio de integrar el sector público de conformidad con el DL. N° 1.263, de 1975, sobre Administración Financiera del Estado, por lo que conforme al artículo 1° de la ley N° 19.886, no estaría sujeto al estatuto de compras públicas mencionado, salvo en lo tocante a someterse a las normas de los artículos 18, 19 y 20 -los cuales se refieren a las compras y contrataciones por medios electrónicos y al Sistema de Información a que se encuentran sujetos los organismos indicados en el artículo 1° en relación con dichas operaciones-, pero únicamente con el objeto de «suministrar la información básica sobre la contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento», sin que corresponda, por lo tanto, que verifique sus compras y contrataciones a través del mecanismo regulado en las citadas disposiciones.”¹⁹

Muy similar conclusión fue a la que arribó la CGR entonces respecto de la aplicación de la normativa de fondo de la ley N° 19.886 a los órganos que componen el Congreso Nacional. El año 2005, la DCP solicitó a dicha entidad de control un pronunciamiento relativo a la procedencia de incluir en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración establecido en Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, los antecedentes relativos a las contrataciones que celebren el Senado, la Cámara de Diputados, el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Corporación Administrativa del Poder Judicial²⁰. El Contralor General respondió a esta inquietud mediante dictamen N° 44.277, de fecha 22 de septiembre del mismo año, afirmativamente, en el sentido que deben publicarse a través de este sistema, en virtud de lo establecido en sus artículos 3° y 21, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, a lo menos, el llamado a contratación, las bases o términos

18 Pérez Gutiérrez, Dorothy, Extensión del Ámbito de Aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente, en Procedimiento Administrativo y Contratación Pública, Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886 (Santiago, 2013), p. 481 y ss.

19 Dictamen CGR N° 37.948 de fecha 28 de julio de 2004.

20 Entonces, era opinión de dicha Dirección que sería procedente aquello, atendido que el artículo 21 del mencionado texto normativo somete al citado mecanismo de publicidad a los “órganos del sector público no regidos por esta ley”, y además porque, de conformidad con la historia fidedigna del establecimiento de dicho precepto, la señalada expresión incluye a todas aquellas entidades que, sin formar parte de la Administración del Estado, se encuentran consideradas en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, contenida en el DL. N° 1.263, de 1975, entre las cuales se encuentran las aludidas en su presentación.

de referencia respectivos y sus anexos y modificaciones, las respuestas a las consultas formuladas por los proveedores, la recepción y el cuadro de las ofertas, el acto adjudicatorio y, finalmente, el texto del contrato de suministro y servicio definitivo, si lo hubiere²¹, sin que corresponda, por lo tanto, que verifique sus compras y contrataciones a través del mecanismo regulado en las citadas disposiciones.

La situación en la jurisprudencia administrativa con respecto a la utilización de los convenios marcos por los órganos del estado es muy similar a la planteada arriba respecto del sistema de información de contrataciones. Fue la propia DCP la que solicitó a la CGR un pronunciamiento sobre la posibilidad de que organismos que forman parte del sector público pero no comprendidos en el artículo 1° de la ley N° 19.886 -entre los que se cuentan el Congreso Nacional, el Poder Judicial y el Ministerio Público-, puedan utilizar voluntariamente el convenio marco en sus procesos de compras de acuerdo a sus normas²². El Contralor General se pronunció ante estas inquietudes en dictamen N° 39.690 de fecha 24 de agosto de 2006²³, señalando que no se encuentra en la esfera de atribuciones de la DCP la suscripción de convenios marco para que puedan ser utilizados por otras entidades que las previstas en la ley, en específico en su artículo 1°, fundado en que cuando la ley ha querido extender de algún modo la participación de ese servicio público en relación con entidades que no forman parte de la Administración del Estado, así lo ha dispuesto expresamente, como sucede con su artículo 21 de ella, sin que, sin embargo, ello acontezca respecto de los convenios marco. Este estado de cosas en la jurisprudencia administrativa necesariamente dará un giro en 180°, motivado especialmente por la introducción de la Glosa 02, que analizaremos a continuación.

21 La CGR señaló en este dictamen que del examen de los antecedentes que conforman la historia fidedigna del establecimiento del artículo 21 Ley N° 19.886, y especialmente de lo expuesto en relación con el mismo en el Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, de 12 de mayo de 2003, aparece que el texto de dicha disposición fue introducido, con su actual redacción, mediante indicación del Presidente de la República, y que a su respecto el Ejecutivo manifestó que la expresión “órganos del sector público no regidos por esta ley” utilizada en el respectivo proyecto, comprende “a todos aquellos organismos que están considerados como sector público en la Ley de Administración Financiera del Estado, donde están la Presidencia de la República, el Congreso Nacional y el Poder Judicial, por lo que esta norma es la que otorga amplitud al sistema de información de las compras públicas”, circunstancia que se tuvo en cuenta en la aprobación particular de dicho precepto.

22 Para la Dirección de Compras tres argumentos apoyaban fuertemente una posición afirmativa frente a su consulta. El primero de ellos, de facto, era evidentemente una motivación de buen servicio, de eficiencia administrativa, ya que la utilización de convenios marco permite un ahorro de recursos para el Estado. En segundo lugar, sostenía la Dirección de Compras que una interpretación literal del artículo 1° de la Ley N° 19.886 no puede significar una contradicción con el sentido y finalidad que se infiere del conjunto de sus disposiciones, cual es el establecimiento de un sistema de información y de procedimientos de contratación que junto con garantizar el acceso de oportunidades para la mayor cantidad posible de oferentes, permite conocer los antecedentes que motivan una decisión de compra de un bien mueble o la contratación de un servicio por parte de la entidad compradora, que es al fin de cuentas de lo que se trata la transparencia en las compras públicas. En tercer término, postulaba la Dirección que la misma ley, respecto de los “órganos del sector público” -expresión que de acuerdo con lo dictaminado en el oficio N° 44.277, de 2005 de esta Entidad de Control, se extiende, en general, a aquellos servicios e instituciones indicados en el artículo 2° de la citada Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado-, les hace aplicables sus artículos 18, 19 y 20, que obligan a suministrar información básica sobre las contrataciones, y en la práctica desarrollan los procedimientos de contratación de bienes y servicios a través de los sistemas electrónicos o digitales administrados por la Dirección, por lo que no ve inconveniente para que los organismos que integran el sector público pero que no forman parte de la administración del Estado, puedan voluntariamente adquirir bienes y servicios a través del sistema de convenios marco.

23 Muy interesante resulta destacar que en este dictamen N° 39.690 de fecha 24 de agosto de 2006, el contralor general comienza señalando que el artículo 1° de la citada Ley N° 19.886 determina su ámbito de aplicación al disponer que “los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación”, y al agregar que “para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”; lo anterior, como una manera de poner acento en que son normas de derecho público las que regulan el ámbito de acción de la ley tanto desde el punto de vista de su objeto como de los sujetos..

2. GLOSA 02 DEL PRESUPUESTO DE LA DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES Y COMPRAS PÚBLICAS DEL MINISTERIO DE HACIENDA.

a) Antecedentes de la formación de la Glosa 02.

En los primeros años de entrada en vigencia de la LCP, se observaron de inmediato los beneficios sociales, políticos y económicos que dicho instrumento legal otorgaba. Esto puso de relieve la necesidad de extender dichos beneficios no sólo a los órganos comprendidos en su artículo 1°, sino también a la totalidad de los órganos del sector público. Ya en el año 2006, el Ejecutivo anunciaba esta intención en forma expresa, al informar a través de la circular N° 5 de 6 de octubre de 2006, que contenía una Directiva relativa a las compras a través de convenios marco, dirigida a los jefes de servicio, que con ocasión de las actividades de promoción de incorporación voluntaria de los organismos públicos a los convenios marco de la Dirección de Compras y Contratación Pública, se enviaba en el Proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2007 la siguiente glosa: “[...]A los Convenios Marco suscritos por la Dirección podrán adherir voluntariamente los órganos del sector público incluidos en esta que no esté regidos por la ley N° 19.886. Tal adhesión deberán comunicarla previamente a esta institución [...]”.

Dicha glosa se introdujo en el proyecto de Ley de Presupuestos del año 2007 y fue objeto de precisas intervenciones en su discusión en Sala del Senado, destacándose en especial la conveniencia de la celebración de convenios marcos en todo el ámbito de adquisición del Estado²⁴. Además, la Glosa 02 fue objeto de análisis y modificación en la CEMP, agregando la siguiente oración final: “En el mismo carácter voluntario podrán utilizar el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, www.chilecompra.cl”.^{25 26}

24 Diario de Sesiones, Discusión en la Sala del Senado de la ley de presupuestos para el año 2007: “[...] El señor NAVARRO.- Señor Presidente, presenté un conjunto de indicaciones, algunas se repiten en unas Partidas y otras no.

Si le parece a la Sala, haré una breve reseña de cada una de ellas, para que las conozca el señor Ministro de Hacienda. Además, existe la posibilidad cierta de que al votarlas sean aprobadas.

En general, formulé indicaciones a todas las Partidas respecto de los Subtítulos “Bienes y Servicios de Consumo”, destinadas a establecer que la contratación, adquisición, renovación y mantención de insumos, bienes y servicios, deberán incorporar la utilización de los convenios marco de ChileCompra. Este organismo efectúa un proceso de licitación a diversos oferentes, garantizándoles a todos ellos mediante dichos convenios iguales precio y calidad –el sistema ha producido un mejoramiento impresionante en ambos aspectos- acerca de los distintos bienes y servicios que desean adquirir. En tal sentido, la idea es incentivar –es deseable- la celebración de convenios marco en todo el ámbito de adquisición del Estado. Así lo planteamos a ChileCompra, que está desarrollando una política en esa dirección. Sin embargo, en mi opinión, hay que estimular más a los servicios públicos para que adhieran a esos convenios marco y no se limiten sólo a los procesos de licitación [...]

[...] El señor FREI, don Eduardo (Presidente).- Tiene la palabra el señor Ministro.

El señor VELASCO (Ministro de Hacienda).- Señor Presidente, el Senador señor Navarro hizo planteamientos respecto de una serie de materias. No voy a volver sobre cada una de ellas, pero en forma sintética, quiero decir que conversamos con Su Señoría en el sentido de que sus inquietudes las vamos a recoger por una de dos vías. El señor Senador solicita evaluar ciertas materias, por ejemplo, en el caso del Consejo Nacional de Televisión; del Fondo de Fortalecimiento de Organizaciones y Asociaciones de Interés Público, de la SEGEGO; del Ministerio de Justicia, las cárceles concesionadas y otros. La realización de esos estudios se comprometerá -como señaló Su Señoría- en una adenda del Protocolo, y se llevarán a cabo en el curso del 2007. Varios de los otros puntos señalados por el señor Senador se van resolver vía instrucciones, por oficio, de las Secretarías de Estado respectivas. En algunos casos, del Ministerio de Justicia o del de Salud; y tocante a la aplicación de convenios marco a ChileCompra, del Ministerio de Hacienda, como corresponde.

Así es que, por distintas vías, sea por instrucciones de los Ministros respectivos o por añadiduras al Protocolo, abordaremos los asuntos planteados por el señor Senador.

El señor NAVARRO.- Por eso, solicito el retiro de las indicaciones [...].”

25 Informe de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto, Proyecto de Ley de Presupuestos de la Nación para el año 2007, p. 87. “[...] PARTIDA 08, MINISTERIO DE HACIENDA. Esta Partida fue informada por la Primera Subcomisión, que la aprobó con las siguientes modificaciones:[...] Programa 01, Dirección de Compras y Contratación Pública: - Modifícase la glosa 02, agregando la siguiente oración final: “En el mismo carácter voluntario podrán utilizar el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, www.chilecompra.cl [...]”

26 *Ibid.*, p. 243. “[...] En mérito de las consideraciones anteriores, vuestra Comisión Especial Mixta de Presupuestos tiene el honor de proponeros lo siguiente:[...] CAPÍTULO 07: Dirección de Compras y Contratación Pública. Programa 01: Dirección de Compras y Contratación Pública. Glosa 02 Agregar la siguiente oración final: “En el mismo carácter voluntario podrán utilizar el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, www.chilecompra.cl [...]”

De esta manera, el texto definitivo de la Glosa 02 en la Ley de Presupuestos del año 2007, rezó: “A los Convenios Marco suscritos por la Dirección podrán adherir voluntariamente los órganos del sector público incluidos en esta ley que no estén regidos por la ley N° 19.886. Tal adhesión deberán comunicarla previamente a esta institución. En el mismo carácter voluntario podrán utilizar el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, www.chilecompra.cl.” Dicha glosa fue replicada en la Ley de Presupuestos del año 2008, con una nueva redacción y agregando como sujetos de la adhesión voluntaria a las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, según lo establecido en la ley N° 19.862, respecto de los fondos que reciban. Para la Ley de Presupuestos del año 2009, se complementó la Glosa 02 facultando a la Dirección de Compras para aceptar la incorporación de las organizaciones afectas a la ley N° 20.28527. Dicha redacción, es por tanto, la que ha permanecido en las Glosas Presupuestarias signadas como 02, que año a año se reiteran en el Capítulo 7, Programa 01, de la Partida 08 de la Ley de Presupuestos para el Sector Público.

b) Alcance de la “adhesión voluntaria” a la ley 19.886 de los órganos del sector público que no estén regidos por ella.

La Glosa 02 corresponde a una cláusula normativa de carácter legal, contenida en el presupuesto de la nación, que establece la prerrogativa exorbitante para los órganos del sector público no comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley N° 19.886, de poder aplicar al gasto correspondiente a las compras de bienes y suministros los procedimientos regulados propios aplicables a ellos (sean de derecho común o contenidos en estatutos administrativos propios o especiales), o el estatuto general especial de derecho administrativo, contenido en la LCP. Sería de aquellas glosas que permiten aplicar diversas modalidades de ejecución al gasto, conforme a nuestra clasificación.

La introducción de esta verdadera modificación legal al estatuto de compras públicas de los órganos del sector públicos no comprendidos en el artículo 1° de LCP, hubo de producir un ajuste en la doctrina y jurisprudencia de la CGR, tanto en lo referido al uso del sistema de información de contrataciones y compras públicas cuanto en lo tocante a la aplicación de los convenios marco a dichos órganos.

Es así como en *dictamen N° 33.622 de 21 de julio de 2008*, la Contraloría sentó la doctrina de que el hecho de que la ley N° 19.886 no rija para una corporación de derecho privado perteneciente al sector público²⁸, no obsta a que esta última, en uso de las facultades que para adquirir bienes le confieren sus estatutos y su reglamentación orgánica pertinente, pueda disponer que se aplicarán en las licitaciones que efectúe las mismas reglas que contiene ese texto legal, declarándolo en las resoluciones y bases correspondientes, con lo cual queda, por cierto, obligada, tanto respecto de los postulantes como de los terceros, a respetar cabalmente dichas reglas. El fundamento de ello, señala, está corroborado por la norma contenida en la glosa 02 del presupuesto de la Dirección de Compras y Contratación Pública -partida 08, capítulo 07, programa 01 de la citada ley de presupuestos- en cuya virtud los órganos del sector público que no estén regidos por la ley N° 19.886 y las personas jurídicas receptoras de fondos públicos que indica pueden adherirse voluntariamente al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración. Pero de acuerdo al razonamiento del dictamen, dicha adhesión voluntaria le obliga al órgano respectivo a respetar las reglas que rigen dicho sistema procedimental.

En similar sentido se pronunció el órgano de control con relación a la adhesión a los convenios marcos de

27 La glosa rezaba: “Al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración y a los Convenios Marco suscritos por la Dirección, podrán adherir voluntariamente los órganos del sector público que no estén regidos por la Ley N° 19.886 y las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, según lo establecido en la Ley N° 19.862, respecto de los fondos que reciban. Tal adhesión deberán comunicarla previamente a esta institución. Asimismo, la Dirección podrá aceptar la incorporación de las organizaciones afectas a la Ley N° 20.285.”

28 El pronunciamiento versó sobre una solicitud de pronunciamiento de un particular acerca de si se ajustaba a derecho la declaración desierta de la licitación pública a que llamó la Corporación Nacional Forestal (CONAF), para la adquisición de un helicóptero no obstante que, según expresan, dicha empresa cumplía a cabalidad con todos los requisitos previstos en las bases del certamen.

compras públicas. En dictamen N° 31.956 de 19 de mayo de 2011, el Contralor General fue categórico a señalar con respecto a empresas públicas que conforme a la Glosa 02, que al sistema de información y a los convenios marco suscritos por la DCP, podrán adherir voluntariamente los órganos del sector público que no estén regidos por la ley N° 19.886, entre ellos, las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación porque a ellas se les aplica, en lo que corresponda, la ley N° 20.285. Agrega el dictamen que “la adhesión voluntaria que realicen las aludidas empresas y sociedades al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, les otorgará los derechos y obligaciones del sistema en su integridad, razón por la cual, no sólo deberán enviar a éste los antecedentes que ordena la ley, sino que, además, estarán habilitadas para ejecutar sus contrataciones a través de dicho sistema”. Ergo, se está autorizando de esta manera la compra de bienes y suministros a través del sistema de convenio marco a todos los órganos públicos comprendidos en el concepto de sector público para los efectos de la Administración Financiera del Estado.

No obstante lo expuesto, como es sabido, los dictámenes de la CGR no son vinculantes directamente para algunos órganos del sector público, como el Poder Judicial y el Congreso Nacional, pues no están sujetos a su control administrativo. La adhesión voluntaria por otra parte no podría alcanzar al sistema de control jurisdiccional propio establecido por la ley N° 19886, esto es, el Tribunal de la Contratación Pública, pues la competencia en cuanto a la materia es de derecho estricto. De ahí que, en especial ante la ausencia de jurisprudencia jurisdiccional sobre esta materia, resulte interesante referirnos al fenómeno del derecho indicativo o referencial como elemento que nos permita explicar el real alcance de la vinculatoriedad jurídica de la Glosa 02 a tales órganos.

Al decir de los tratadistas españoles el derecho referencial, o soft law, paulatinamente se abre espacios en nuestro sistema jurídico. La irrupción de este derecho indicativo o referencial se ha planteado principalmente en materias económicas, y más propiamente en tópicos de regulaciones sectoriales tan disímiles como las ambientales, libre competencia y contratación pública por citar sólo algunos casos²⁹. Siguiendo a BOYLE³⁰, podemos señalar que el soft law es susceptible de ser concebido en diversas acepciones, a saber: i) El soft law como un derecho no vinculante. Así, el autor utiliza el término en inglés not binding para especificar la no vinculación de los instrumentos a los que se les denomine como soft law; ii) El soft law como normas generales o principios, pero no reglas; y iii) El soft law como manifestación de la ley que no es aplicable a través de una resolución vinculante de controversias. En lo que se refiere a la primera acepción, el autor sostiene que “cuando es usado en este sentido, el soft law puede ser contrastado con el llamado hard law, el cual es vinculante”. Así, podríamos explicar a la Glosa 02 como una norma de derecho referencial o indicativo, de rango legal, que permite a todos los órganos del sector público no contemplados en el artículo 1° de la ley N° 19.886 acogerse al estándar de dicha normativa, discrecionalmente.

En cuanto a los efectos de esta norma indicativa, la doctrina comparada distingue diversos tipos de soft law, diferenciando entre aquel que produce efectos ad intra (al interior de la Administración) respecto de aquel que los genera ad extra, esto es, hacia fuera de la Administración y consecuencialmente respecto de los particulares, destinatarios del actuar administrativo. En este punto, resulta interesante destacar que la Dirección de Compras,³¹ ha producido una serie de directivas y otras manifestaciones normativas no contenidas propiamente en acto administrativo, como las Directivas o Guías que, en principio, y como bien lo señala su referencia, se trataría de actos internos de la Administración, asimilándose a la institución del instructivo, la cual reconoce existencia en nuestro ordenamiento en la medida que sólo produzca efectos

29 Sobre este punto se revisó y citamos a Lara Arroyo, José Luis, La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la irrupción del denominado soft law (Santiago, 2011), en Revista Ars Boni et Aequi 2, a. 7, pp. 161 y ss.

30 Boyle (1991), pp. 911-913, Citado por Mazuelos Bellido, Ángeles, Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales (Madrid, 2004),.

31 Fundada en su facultad para emitir normas orientadoras para el sistema de compras y contratación pública en el artículo 30 letra h) de la Ley n° 19.886 al disponer entre las funciones del Servicio, “establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles”.

intra administración. No obstante, por su alcance, producen, sin duda, efectos extra administración, pues imponen conductas o requisitos de actuación en los procesos licitatorios para los oferentes del Estado que son acatados y se tornan en normas exigibles en la práctica. Esto ha sido tan así, que en el transcurso del año 2014, ya se han dirigido oficios desde la DCP, a través de su observatorio, observando las prácticas en procesos licitatorios de las corporaciones del Congreso Nacional frente a las mejores prácticas contenidas en sus directivas y guías.

III.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LAS CONTRATACIONES Y COMPRAS PÚBLICAS EN EL CONGRESO NACIONAL

Las corporaciones del Congreso Nacional han ido dictando una serie de reglamentos propios en virtud del poder auto generador de normas administrativas reconocido en su Ley Orgánica Constitucional³², con el objeto de regular su organización, funcionamiento y otras materias tratadas en leyes especiales y reglamentos para la administración del Estado. Por lo mismo, muchas de sus normativas pueden presentar particularidades o antinomias con las normas de la administración, sea porque han sido dictadas con anterioridad o por haber contemplado estándares diversos a los de la Administración. Lo cual ocurre también en el ámbito de las compras de bienes y suministros que realizan.

Analizaremos, a vía ejemplar, el reglamento de contratos del Senado³³. Dicho cuerpo normativo, en el inciso primero del artículo 1° del Reglamento antes aludido dispone que: Las adquisiciones de bienes serán efectuadas por el Senado, por intermedio de su Departamento de Abastecimiento y Logística, a través de la Licitación Pública, los Convenios Marcos celebrados por la Dirección de Compras y Contratación Públicas; la Licitación Privada y el Trato o Contratación Directa, de conformidad a lo dispuesto en este Resolución y, en lo pertinente, a las disposiciones de la Ley N° 19.886, y su Reglamento.

Desde ya, advertimos que la disposición en comento, establece que los procedimientos de contratación indicados se regularán conforme a lo prescrito en tal cuerpo reglamentario, y sólo en lo que no se contradice con este último, aseveración que se extrae de la frase “en lo pertinente, por la Ley N° 19.886 y su Reglamento”. Lo anterior, a nuestro juicio, no se condice con una interpretación lógica de lo establecido en la Glosa 02 de la Ley de Presupuestos del año 2014 (como tampoco de las glosas anteriores de esta naturaleza desde el año 2007) pues si tal normativa habilita a las entidades u órganos del sector público no regidos por la ley N° 19.886 (dentro de las cuales por supuesto se encuentra el Senado) a adherirse voluntariamente a su sistema normativo, necesariamente implica que el órgano o entidad respectiva debe regirse, para tal respecto, por la normativa que rige tales materias contenida en la ley y su reglamento. Tal lógica, por lo demás, estaría conforme con los precedentes establecidos por la CGR en los dictámenes en los últimos años como hemos analizado, que si bien es jurisprudencia no vinculante para las cámaras, establecen un criterio de interpretación acorde con una mayor transparencia, probidad y eficiencia administrativa, pues se traduce en una adhesión a las “mejores prácticas” recogidas en la ley especial, incluso por sobre las prácticas auto determinadas en las normas internas. La Glosa 02 lleva al establecer una adhesión voluntaria, lleva a colocar a la LCP como un derecho indicativo para el Senado, al que puede adherirse o no. Pero adherido a este derecho, creemos que se transforma en vinculante, exigible en dimensión ad intra y por tanto regulador del procedimiento que deben respetar los funcionarios, como en dimensión ad extra y por tanto en un estándar exigible por los particulares oferentes que participen en sus procesos de compras. Lo mismo con respecto al derecho referencial o indicativo contenido en las directivas y guías dictadas por la DCP.

32 LOCCN, art. 4°: “Cada Cámara tendrá la facultad privativa de dictar sus propias normas reglamentarias para regular su organización y funcionamiento interno”

33 Contenido en la Resolución C.22/2007 de 18 de octubre de 2007, del Secretario General del Senado que fija el Reglamento relativo a los contratos que celebre el Senado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles y de los servicios que requiera para sus funciones, y a los medios de control interno de dichas adquisiciones o prestaciones de servicios.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos constatar si en términos normativos prácticos el mencionado Reglamento del Senado presenta algún conflicto en concreto de tal naturaleza.

a) Licitación pública, licitación privada y trato o contratación directa

En primer término, en lo referente a las adquisiciones de bienes por medio de Licitación Pública, Licitación Privada y Trato o Contratación Directa, el reglamento de contratos establece que por regla general el Senado celebrará sus contratos de suministro o servicios a través de una Licitación Pública, en conformidad con las disposiciones de la ley N° 19.886, y su Reglamento, y agrega que dicha normativa será también aplicable respecto de la Licitación Privada y del Trato o Contratación Directa, en lo que se refiere a los casos que las hacen procedente, el monto de las contrataciones, las renovaciones y opciones, la prohibición de fragmentar las contrataciones y las demás disposiciones de fondo que las regulan.

No obstante lo anterior, dicha coherencia normativa no se observa del todo armónica en lo referente a la contratación por la vía de Convenios Marco, pues un eventual conflicto normativo se observa en razón de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 2° de tal cuerpo reglamentario³⁴, que en concreto, faculta a la Corporación, al mediar necesidades del servicio, para excluir del sistema y plataforma la adquisición de un bien o servicio determinado, aun cuando aquellos se encontrasen disponibles en virtud de existir un Convenio Marco celebrado vigente. En sentido diverso, la LCP y su Reglamento, regulan en una dirección distinta tal posibilidad de exclusión, pues sólo habilita a los órganos a excluirse del Sistema existiendo Convenio Marco vigente en tanto estos, por su propia cuenta, obtengan directamente condiciones más ventajosas³⁵.

De seguirse exclusivamente la regla contenida en el inciso tercero del artículo 2° del Reglamento de Contratos del Senado, la Corporación podría excluir del Sistema determinadas adquisiciones aludiendo sin más a las necesidades del servicio, sin mayores exigencias, independientemente si se verificasen o no condiciones más favorables de contratación, lo que no resulta del todo adecuado en atención a que la adhesión voluntaria al derecho referencial contenido en la LCP implica sujetarse a su normativa en lo tocante al sistema y modalidad de contratación, más aún si el estándar de su propia norma es menor al del derecho referencial en lo referido a probidad y transparencia. Por ello, una interpretación adecuada nos debiera llevar a concluir que la exclusión contemplada en el Reglamento de Contratos del Senado sólo puede ser aplicable en tanto se encuadre en situaciones objetivas, demostrables y sustanciales que configuren condiciones más ventajosas que las contenidas en el respectivo Convenio Marco, elevando su estándar mínimo de actuación en este punto al contenido en la ley N° 19.886 y su reglamento.

Prohibiciones/legitimación para contratar

En el inciso sexto del artículo 4° de la ley N° 19.886, se regula la legitimación para contratar en los procesos de compra, estableciendo las diversas prohibiciones que afectan a las contrataciones en cuestión, así se establece que: “Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, ley

³⁴ “No obstante lo anterior, en aplicación del carácter voluntario que la ley atribuye a la adscripción del Senado a la operación en el sistema de información de compras públicas, cuando medien necesidades del servicio que se señalarán en la respectiva resolución, el Secretario General del Senado, o el Prosecretario y Tesorero, en su caso, podrán excluir de éste a una determinada adquisición de bienes o contratación de servicios”.

³⁵ Ley N° 19.886, letra d) del artículo 30. A su turno, y en segundo lugar, el Reglamento de la Ley, en su artículo 15, prescribe que las condiciones más ventajosas deberán referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la Entidad, tales como, plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir, pudiendo verificarse tales condiciones mediante procesos de consulta a la industria, publicidad, listas de precios o catálogos públicos, entre otros

Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas”. A su turno, el inciso séptimo del artículo 4° antes citado, señala que dichas prohibiciones se aplicarán a los parlamentarios, cuando se contrate por alguna de las Cámaras del Congreso Nacional. Sin perjuicio, el artículo 7° del Reglamento de Contratos del Senado³⁶ extiende la aplicación de dichas prohibiciones a los funcionarios del Senado, lo que nos lleva a reflexionar acerca de los efectos que una transgresión a dichas prohibiciones se producirían.

En lo que respecta a prohibiciones de parlamentarios y personas vinculadas a ellos en contrataciones que realicen las Corporaciones del Congreso Nacional, existe coherencia entre ambas normativas, por lo que es del todo aplicable en tales casos, las sanciones contempladas en el inciso octavo del artículo 4° de la LCP³⁷, como también otras de naturaleza interna establecidos en el estatuto parlamentario. Por el contrario, si la prohibición se refiere a los funcionarios aludidos por el artículo 7° del Reglamento de Contratos del Senado, una infracción a ella acarrearía sólo sanciones administrativas internas, no extendiéndose para tales casos las de nulidad del contrato respectivo.

Requerimientos de servicios adicionales imprevistos en contratos en curso en casos de extrema urgencia

Según lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento de Contratos del Senado, salvo en casos de extrema urgencia, que calificará el Prosecretario y Tesorero, no se encomendarán a los contratistas obras y servicios que no estén previstos en el contrato. A priori, pudiésemos entender que al tratarse de un contrato administrativo, que por definición contiene en su configuración interna cláusulas exorbitantes en favor del órgano público, una cláusula de tal entidad no debiese ser problemática. No obstante ello, dicha posibilidad no se contempla ni en la ley N° 19.886 ni en su Reglamento, por lo que no se genera certeza respecto de la procedencia e imperatividad de la norma contenida en el Reglamento de Contratos del Senado, en especial desde la perspectiva del particular.

En efecto, ambos cuerpos normativos entienden a las situaciones de emergencias como causales de Licitación Privada o Trato o Contratación Directa, pero no como una situación habilitante para incorporar prestaciones adicionales al objeto del contrato administrativo en marcha³⁸. Si analizamos la facultad exorbitante en favor de la Corporación contemplada en su reglamento, nada inválido en principio podríamos predicar de su existencia en un contrato administrativo que celebre el Senado, siempre y cuando, por supuesto, aquélla haya sido aceptada por el contratista respectivo, habiendo declarado su conformidad con las bases administrativas respectivas o suscribiendo en concreto tal acto. La dificultad en este sentido viene dada por una eventual impugnación a las bases administrativas del proceso licitatorio

36 El artículo citado prescribe que: “El Senado no podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con Senadores, funcionarios de la Corporación o personas naturales que presten servicios, a honorarios, para el Senado, ni con sus cónyuges, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o de segundo de afinidad inclusive, ni con sociedades de personas en aquéllos o éstos formen parte, ni con sociedades en comandita por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstos sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstos sean dueños de acciones que representen un 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas”.

37 “Los contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el inciso anterior serán nulos y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa descrito en el numeral 6 del inciso segundo del artículo 62 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda.”

38 Es así, como la letra c) del artículo 8° de la Ley N° 19.886 establece que: “Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan: c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante (...)”. A su turno, el número 3 del artículo 10 del Reglamento de la Ley N° 19.886, prescribe que La Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa proceden, con carácter de excepcional, en casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante (...)

en concreto, en tanto estas sujetan el procedimiento concursal a las disposiciones del mencionado Reglamento de Contratos, esgrimiendo como argumento el hecho de que el artículo 46 se aparta, en tanto trata de manera distinta y más gravosa el acaecimiento de situaciones de urgencia, que las propias normativas que rigen el sistema al cual voluntariamente se adhiere el Senado, lo que podría configurar una arbitrariedad, viciándose así el procedimiento.

CONCLUSIONES

1. La publicación de la LCP, vino a establecer un cambio de paradigma respecto al estándar aplicable a los procedimientos de compras públicas de la Administración del Estado, pero que no incorporó a una serie de órganos integrantes del sector público conforme a las normas de administración financiera del Estado, entre ellos, a las corporaciones del Congreso Nacional.

2. Con la aparición de la Glosa 02 el año 2007, el ámbito de aplicación del sistema de información y contrataciones de dicha ley se hizo extensivo a aquellos órganos que voluntariamente se adhirieran a ella, estableciéndose por la CGR que dicha adhesión para los órganos que la practicaren les hacía vinculante el contenido sustantivo de dicho estatuto legal. La señalada glosa presupuestaria corresponde a una cláusula normativa de carácter legal, contenida en el presupuesto de la nación, que establece la prerrogativa exorbitante para los órganos del sector público no comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley N° 19.886, de poder aplicar al gasto correspondiente a las compras de bienes y suministros los procedimientos regulados propios aplicables a ellos (sean de derecho común o contenidos en estatutos administrativos propios o especiales), o el estatuto general especial de derecho administrativo contenido en la LCP.

3. En este sentido, en virtud del alcance del contenido de la Glosa 02, esto es, la habilitación para una adhesión voluntaria a un estatuto jurídico, la LCP adquiere características de un derecho de contenido referencial o indicativo para el Congreso Nacional, en especial por los excepcionales mecanismos de control de cumplimiento de dicho estándar con el que cuentan los particulares, evidentemente más escasos que los mecanismos de control ordinarios de la actividad administrativa.

4. Esto justifica naturalmente la existencia de posibles antinomias entre la ley y las normativas propias de las cámaras, como ocurre en especial en el caso del Senado, en que se aprecian diferencias de estándares entre los procedimientos propios contenido en su Reglamento de Contratos y los contenidos en la LCP, las cuales en este caso particular, deben resolverse por la vía de la interpretación armónica de ambos estatutos, teniendo como fundamento último el aplicar como mínimo el estándar contemplado en la Ley, o los estándares superiores contenidos en la norma auto determinada.

5. Este trabajo nos ha permitido introducirnos en el análisis de una cuestión de derecho administrativo parlamentario de múltiples implicancias, y que abre la puerta a la reflexión de otra serie de cuestiones que, por lo acotado del objeto del mismo, no han sido posible de ser profundizadas, como el análisis del ámbito de regulación de las glosas frente a la idea matriz o fundamental de la Ley de Presupuestos del Sector Público; o los efectos de la Glosa 02 en cuanto al tiempo por su anualidad y los problemas prácticos que podrían suscitarse; o los mecanismos de impugnación en contra de los actos administrativos de las cámaras del Congreso Nacional frente al incumplimiento de las normas de la ley N° 19.886 y las sanciones jurídicas procedentes; todos los cuales podrían ser objeto de análisis de futuros estudios. Estas cuestiones, por otra parte, develan la inconveniencia de mantener la fijación del estándar aplicable a las compras de los órganos del sector público a través del mecanismo de la glosa presupuestaria, y sin duda aconsejan el modificar la ley sustantiva, con el objeto de incluir derechamente dentro del ámbito de su aplicación a dichas entidades, con excepción de aquellas cuestiones que el equilibrio de la democracia y la separación de funciones o poderes aconseje, como, a vía ejemplar, los mecanismos de control administrativos y jurisdiccionales de sus actos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ▶ Barra Gallardo, Nancy y Celis Danzinger, Gabriel, Contratación administrativa bajo la Ley de Compra (Santiago, 2009).
- ▶ Bermúdez, Jorge, Derecho administrativo general (Santiago, 2010).
- ▶ Endress, Sergio, Derecho presupuestario chileno: notas sobre sus actores, procedimiento y principios en la Constitución, en Revista de Derecho Público 71 (2009).
- ▶ Fernández Richard, José, Apuntes de clases de Derecho Administrativo, Universidad Pedro de Valdivia (Santiago, 2013).
- ▶ Instituto Libertad y Desarrollo, 10 preguntas para entender la ley de presupuestos. En <http://www.lyd.org/wp-content/uploads/2011/02/10-preguntas-presupuesto.pdf>. Última vista, 18/10/2011.
- ▶ Lara Arroyo, José Luis, La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la irrupción del denominado soft law (Santiago, 2011), en Revista Ars Boni et Aequi 2, a. 7.
- ▶ Martínez, Miguel Ángel, Manual de Derecho Presupuestario (Madrid, 1992).
- ▶ Mazuelos Bellido, Ángeles, Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales (Madrid, 2004), en <http://www.reei.org> y en <file:///C:/Users/CBECERRA/Downloads/Dialnet-SoftLaw-1004415.pdf>
- ▶ Mendoza, Ramiro y Lara, José Luis, La contratación administrativa y la ley 19.886, en Revista Universidad Finis Terrae 19 (Santiago, 2005).
- ▶ Montalvo, Carlos; Muñoz, Cristian, Ley de presupuestos, análisis de su elaboración, ejecución y control (Tesis Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007).
- ▶ Pantoja, Rolando (coord.), Derecho administrativo chileno (México, 2007).
- ▶ Pérez Gutiérrez, Dorothy, Extensión del Ámbito de Aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente, en Procedimiento Administrativo y Contratación Pública, Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886 (Santiago, 2013).
- ▶ Precht, Jorge, Principios jurídicos de hacienda pública, en Revista Chilena de Derecho 20 (1993).
- ▶ Villarroel Cáceres, Sebastián, El protocolo de acuerdos de la ley de presupuestos del sector público (Valparaíso, 2011).
- ▶ Constitución Política de la República de Chile
- ▶ Ley 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, en DO. 5 febrero 1990.
- ▶ Ley 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, en DO. 5 diciembre 1986.
- ▶ Ley 19.875, modifica el artículo 19 de la ley N° 18.918, orgánica constitucional del Congreso Nacional, con el objeto de carácter permanente a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, en DO. 28 mayo 2003.

- ▶ Ley 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en DO 29 mayo 2003.
- ▶ Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de Servicios, en DO. 30 Julio 2003
- ▶ Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, en DO. 20 agosto 2008.
- ▶ Decreto ley 1.263, orgánico de administración financiera del Estado, en DO. 28 noviembre 1975.
- ▶ Decreto con fuerza de ley 106, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que fija disposiciones por las que se regirá la Dirección de Presupuestos, en DO. 3 marzo 1960.
- ▶ Decreto (H.) N° 854, en DO.29 septiembre 2004.
- ▶ Decreto (H.) N° 250, en DO. 24 de septiembre de 2004, aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.
- ▶ Resolución C.22/2007 de 18 de octubre de 2007, del Secretario General del Senado que fija el Reglamento relativo a los contratos que celebre el Senado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles y de los servicios que requiera para sus funciones, y a los medios de control interno de dichas adquisiciones o prestaciones de servicios

- ▶ STC 1.005, 24 diciembre 2007.
- ▶ STC 1.867, 30 diciembre 2010.

- ▶ Dictamen CGR N° 37.948 de fecha 28 de julio de 2004
- ▶ Dictamen CGR N° 44.277, de fecha 22 de septiembre de 2005
- ▶ Dictamen CGR N° 39.690, de fecha 24 de agosto de 2006
- ▶ Dictamen CGR N° 33.622, de 21 de julio de 2008
- ▶ Dictamen CGR N° 31.956, de 19 de mayo de 2011

- ▶ <http://www.conama.cl/intranet/1275/article-44561.html>, última visita 19/09/2014.
- ▶ <http://www.hacienda.cl/especiales/presupuesto/etapas-de-elaboracion.html>, última visita 20/11/2014
- ▶ http://www.dipres.gob.cl/572/article-37495.html#h2_1, última visita 20/09/2014.v

CONVOCATORIA

50+1, la Revista de la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y Teoría de la Legislación, es una publicación anual, que se propone fortalecer el quehacer parlamentario y el funcionamiento del régimen democrático, fomentando y difundiendo los estudios acerca del Parlamento y la Teoría de la Legislación.

Los artículos serán examinados, en cuanto a su pertinencia, por un Consejo Editorial, debiendo cumplir adicionalmente, con las siguientes exigencias formales:

1. El título debe ser descriptivo y no exceder, en lo posible, de quince palabras. Los subtítulos deben presentarse debidamente numerados. La extensión del original debe ser entre 4.000 y 7.000 palabras.
2. Los artículos deben incluir un resumen en castellano, que describa sus aspectos principales en 100 palabras, y una breve reseña del autor, que señale sus estudios y la institución en que los cursó, además de la actividad que desarrolla actualmente.
3. La bibliografía debe presentarse con el siguiente formato: Apellido, Nombre. Título. Editorial, ciudad, año, páginas.
4. La tipografía debe ser Arial, tamaño 12, con un interlineado de 1,5 y sin saltos de línea entre párrafos.
5. Las colaboraciones deben ser remitidas a la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y Teoría de la Legislación, en soporte digital (formato Word) al correo electrónico. contacto@derechoparlamentario.cl
6. No se aceptarán artículos que hayan sido publicados o que se considere ofrecer a otra publicación. Los originales serán editados en cuanto a precisión, organización, claridad o consistencia con el estilo y formato de la revista.
7. El plazo de entrega vence el día 30 de abril de 2017.



50
+UNO

REVISTA CHILENA DE DERECHO PARLAMENTARIO

