

Los dilemas actuales de la función legislativa. El Congreso Nacional y su problemática centralidad – funcionalidad

“El Parlamento es una asamblea deliberativa, perteneciente a una nación con un único interés, el de la totalidad. En ella no deberían considerarse como directrices los propósitos o prejuicios locales, sino el bien general resultante de la razón general de la totalidad” (Edmund Burke).

I. Introducción

Los organizadores de este Seminario Internacional nos invitan en esta ocasión a exponer sumariamente acerca de los principales dilemas de la función legislativa y por ende, del Congreso Nacional.

El episódico debate acerca de la elección de las mesas y comisiones de las cámaras del Congreso Nacional, con motivo del cierre del periodo legislativo en marzo del 2006, los debates político-constitucionales generados a raíz de los instrumentos de control político nuevos o de la admisibilidad de proyectos de ley, y la renovación interna, en esta ocasión muy importante en cuanto a partidos y “caras nuevas” en las bancadas o grupos parlamentarios, no debe conducirnos a olvidar algunos temas de fondo que enfrenta este “poder” del Estado, que de cara a la reforma constitucional de 2005, promulgada mediante la Ley N° 20.050, aspira a un presidencialismo más moderado y a una mayor centralidad- funcionalidad del Parlamento en el régimen político.

La centralidad y funcionalidad no permiten hablar de omnipotencia legislativa y de soberanía parlamentaria, sino de (re) conquista de una posición estratégica del Congreso Nacional en el régimen político, (re) conquista de la capacidad para cumplir grandes decisiones y dictar orientaciones, hallar un punto que interrelacione el sistema de los órganos representativos y los sujetos institucionales del país e identificar

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales.

al Congreso Nacional como lugar de respuesta a las demandas que provienen de la sociedad civil¹.

Con la expresión de raigambre itálica “centralidad” designamos la posición del Congreso Nacional en el cuadro de instituciones del Estado que entroncan con la dirección política de una sociedad, y que definen al régimen político y forma de gobierno, así como los matices del arreglo institucional imperante. Tal centralidad conecta con la tradicional funcionalidad de Congreso Nacional que excede a la Legislación misma, abriéndose a tibias, pero importantes formas de control político y a una función presupuestaria de creciente importancia.

Así, la Legislación en general y el Congreso Nacional en particular recientemente han dado origen a diversos debates de interés público como el relativo a la Ley de Rentas Municipales II o a proyectos de ley de prolongado trámite y de gravitación como Mercado de Capitales II, Gobierno Corporativo, regulación del Lobby y Tribunales Tributarios y Aduaneros, entre otros. También han dado origen a debates de interés público fenómenos como el de la denominada “legislación express” o la demora en la tramitación de leyes adecuadoras de cuerpos legales orgánicos constitucionales a la reforma constitucional de 2005, como ocurre notoriamente con la muy necesaria y urgente modificación de las leyes del Congreso Nacional (incluidos reglamentos camarales) y del Tribunal Constitucional en actual (auto) control de constitucionalidad preventivo y obligatorio antes de su promulgación.

Por otra parte, las cámaras del Congreso Nacional han adoptado posiciones discutibles –y reñidas con su propia centralidad– en temas políticamente complejos, a saber: el Senado, para asuntos *interna corporis*, desechando la posición de su Presidente, le ha conferido una interpretación “legalista” al nuevo artículo 8º de la Constitución que consagra los caros principios de probidad en la función pública y publicidad en las actuaciones del poder público, y la Cámara de Diputados, adoptando la posición de su Presidente, también le ha conferido una interpretación “legalista- reglamentaria” al artículo 52 Nº 1 de la Constitución difiriendo en el tiempo a la legislación de desarrollo y a la reforma del reglamento camaral los institutos de control político del Gobierno y la Administración, de la interpelación y las comisiones investigadoras o bien declara la inadmisibilidad de un proyecto de ley (moción sobre “despenalización del aborto”), ejercitando un control político de constitucionalidad, excediéndose de los artículos 14 y 15 de la Ley Nº 18.918 orgánica constitucional de Congreso Nacional y restringiendo la competencia legislativa establecida en el artículo 19 Nº 1 y 63 Nº 2 de la Constitución, para redefinir la protección jurídica del *nasciturus* a una reforma constitucional.

Ciertamente estamos ante un Congreso Nacional tímido frente a los desafíos de su propia centralidad-funcionalidad, y derechamente renuente frente a los principios de constitucionalidad y a un concepto moderno de Constitución. Al mismo tiempo el

¹ Lucas Verdú, Pablo: “Curso de Derecho Político”, Edit. Tecnos, Madrid, 1984, Vol. IV pág. 634-650.

Congreso Nacional, al igual que buena parte de los operadores del derecho, aparece dominado por una cultura “legiscentrista”. Los dilemas de la función legislativa y del Congreso Nacional, precisamente se plantean como graves dudas derivadas del funcionamiento efectivo del Parlamento y de sus “poderes” frente a realidades, que hacen problemática la centralidad-funcionalidad del Parlamento, dilemas que enunciarnos y desarrollamos sumariamente en esta ponencia, sin pretender agotar el abordaje del tema.

Asimismo, recientemente se ha impugnado, en proceso de constitucionalidad, múltiples cuerpos legales pre y post constitucionales, a través de la herramienta de control de constitucionalidad concreto-abstracto, facultativo y represivo de normas: el novísimo recurso de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, incorporado por la reforma de 2005 a la Carta Política (Nº 6º y 7º del art. 93 C. P. R.). Esta herramienta de control de constitucionalidad, es un híbrido, es decir, acción de inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto acción opera como un control concreto entregado en su activación al tribunal o a las partes, a partir del presupuesto procesal de haber gestiones pendientes seguidas ante un tribunal ordinario o especial en que la norma legal impugnada es derecho material relevante de la gestión, y que puede conllevar la inaplicación de la ley al caso en que se pide, y en cuanto cuestión de inconstitucionalidad opera como control abstracto, que acogida conlleva la declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* y *ex nunc*.

Este último control concreto y abstracto de constitucionalidad atribuido al Tribunal Constitucional, a raíz de la reforma constitucional de 2005, someterá a la Legislación y al Congreso Nacional a nuevos estándares de calidad en su producción normativa, que junto con mejorar la técnica legislativa incorporen con fuerza una cultura constitucionalista.

Finalmente, el Congreso Nacional y la función legislativa enfrentan dilemas relativos a la eficacia de su Legislación, expansión definida y racionalizada de la Legislación delegada, proliferación de tratados internacionales incorporados al derecho interno, crisis de legitimidad y credibilidad ante al opinión pública y necesidad urgente de su propia Modernización. Todo lo expuesto, no lastra una añoranza liberal-burguesa por un Parlamento ideal indefectiblemente perdida en el tiempo, si es que tal “imagen” corresponde a un Parlamento real históricamente lo que razonablemente cabría poner en duda más aún en nuestro país en que el Congreso nacional bicameral es profundamente oligárquico, sino simplemente observa críticamente la necesidad de un Congreso Nacional que asuma sus funciones-potestades, y roles en el régimen político, convirtiendo la aglutinación de intereses sectoriales-territoriales en interés nacional; formar, moldear y mantener una serie de creencias y actitudes propias de un orden democrático, y servir de dispositivo de balance de poderes, es decir, ejercer un eficiente control político del Gobierno (S. Lukes)².

² Lukes, Steven: “El debate sobre el ‘declive’ del Parlamento Británico”, en VV.AA: “Parlamento y Democracia. Problemas y Perspectivas en los años 80” Edita Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1982, págs. 23-34.

II. Primer Dilema: “Ley Parlamentaria”

El Congreso Nacional en cuanto Parlamento moderno responde a la matriz conceptual de un órgano de representación política bicameral simétrico o equilibrado³; lo cual es reforzado por la reforma constitucional de 2005 en lo atinente a control político por la Cámara de Diputados de los actos del Gobierno, reforzamiento del “derecho de confirmación” del Senado y a la aprobación parlamentaria de tratados internacionales pieza esencial del “treaty making power” (artículos 52 N° 1, 53 N° 5 y N° 9, y 54 N° 1 C.P.R.)⁴.

El Congreso Nacional en cuanto órgano de representación política del cuerpo electoral o pueblo es concebido tradicionalmente por el constitucionalismo liberal como un ámbito institucional de deliberación pública y por ende, un espacio para la racionalidad práctica expresada en la ley, predominantemente en la ley material concebida esta última como normación general, abstracta, cierta y obligatoria. Es así como nuestro procedimiento legislativo o iter legis descansa en un principio de doble lectura, que se compenetra de todos los trámites constitucionales y reglamentarios de la formación de la ley, en particular de su etapa de discusión; principio que opera como resguardo del espacio deliberativo y de racionalidad práctica. Por todo ello, la lentitud temporal y complejidad procedimental del iter legis tienen como recompensa a la ley definida como “razón escrita”. La apoteosis de esta cosmovisión ideológica del constitucionalismo liberal fue la Codificación del siglo XIX⁵.

En el liberalismo burgués europeo del siglo XVIII, de Locke a Montesquieu, se produce un nexo entre el principio de publicidad y el carácter general-abstracto de la ley, una suerte de expresión de la razón y la naturaleza de las cosas. Al respecto el filósofo germano Jürgen Habermas nos recuerda: “así como el arcanum sirvió al mantenimiento de una dominación basada en la voluntas, así también la publicidad habrá de servir a la imposición de una legislación basada en la ratio. Ya Locke vincula la ley dada al conocimiento público con un common consent, y Montesquieu la reduce finalmente a la *raison humaine*; pero está reservado a los fisiócratas (...) el relacionar explícitamente la ley con la razón que se manifiesta a través de la opinión pública”⁶. En suma, la ley debe ser una expresión del “espacio público de la razón”, a la manera de Kant, fruto de la publicidad, educación y deliberación (Ilustración).

Sin embargo, el Congreso Nacional es parte hoy de un dispositivo institucional de

³ García Pelayo, Manuel: “Sistema Bicameral” y “Las Funciones de los Parlamentos Bicamerales”, en “Obras Completas” Edit. CEC, Madrid, 1991, Vol. III, pág. 2421- 2425, 2679- 2710.

⁴ Consultar Francisco Zúñiga (coordinador) “Reforma Constitucional” Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005.

⁵ Pérez Serrano, Nicolás: “Tratado de Derecho Político” Edit. Civitas, 2ª Ed. 1984, reimpresión, Madrid, 1989, págs. 787-818. También Pedro de Vega “Significado Constitucional de la Representación Política”, Revista de Estudios Políticos N° 44, CEC, Madrid, 1985, págs. 25-45.

⁶ Habermas, Jürgen: “Historia y Crítica de la Opinión Pública. La Transformación estructural de la vida pública” (Trad. A. Domenech), Edit. Gustavo Gili, 8ª ed., Barcelona 2004, pag. 90. También consultar de Pedro de Vega “El Principio de Publicidad Parlamentaria y su Proyección Constitucional”, Revista de Estudios Políticos N° 43, CEC, Madrid, 1985.

adopción de decisiones públicas en que los partidos políticos—y sus élites— son el “locus” real de la decisión, es decir, el contexto de un Estado de partidos o de democracia de partidos; todo lo cual aparece imbricado con el cabildeo de intereses, cuando no de un nítido neocorporatismo (Lobby)⁷. Junto a la identificación de este “locus” real de decisiones emerge el Gobierno como un hipertrofiado “órgano colegislador”, de lo cual los guarismos de producción legislativas recientes son la demostración evidente⁸. Este fenómeno se inscribe en una tendencia constitucional contemporánea de “vigorización” del Poder Ejecutivo observada a principios del siglo XX por Mirkiné Guetzévitch, y de consolidación en la segunda postguerra de un Estado Benefactor, que da origen a la “legislación motorizada” (Schmitt), las leyes medida y las leyes cuadros o básicas⁹, expresión de la “corrupción del concepto de ley”, a lo que cabría sumar una suerte de “legislación secundaria”, o mejor dicho, un complejo entramado de normas de naturaleza reglamentaria, pero jerárquicamente infralegislativas, emanadas de órganos de la Administración del Estado o de “autonomías constitucionales” revestidas de potestad de autonormación general (acuerdos del Banco Central, resoluciones de Contraloría General de la República y instrucciones del Ministerio Público, entre otras).

En consecuencia, la usina real de producción de la ley, y no sólo la fase prelegislativa, se traslada en parte importante al Gobierno y a los partidos, operando el iter legis como un procedimiento formalizado e inevitablemente lento y a veces anacrónico, frente a las exigencias de la producción legislativa. El uso-abuso de las “urgencias” y su “esterilidad” son demostrativas de lo afirmado.

En suma, la ley parlamentaria, concepto que viene a superar el viejo dualismo entre ley formal y ley material, es un concepto que designa un complejo proceso de adopción de decisiones en el cual la centralidad y funcionalidad del Congreso Nacional está puesta en cuestión permanente y estructuralmente¹⁰.

Además, la ley parlamentaria enfrenta de suyo, por el reparto de competencias normativas que cristaliza en la Constitución, un intento no completamente exitoso de “racionalizar” o jibarizar la competencia legislativa (artículo 63 C. P.R.), a través de una cláusula de dominio legal máximo que tiene como correlato una competencia y potestad reglamentaria autónomas residenciada en el Presidente de la República (artículo 32 N° 6° C.P.R.).

Pero, también el Constituyente autoritario segmentó la competencia legislativa, dando origen a categorías de ley (leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado, a las que se agregan las de quórum calificadísimo, y leyes ordinarias),

⁷ Blanco Valdés, Roberto L: “Las Conexiones Políticas-Partidos, Estado y Sociedad” Alianza Editorial, Madrid, 2001, págs. 167-169.

⁸ García Pelayo, Manuel: “El Estado de Partidos” en “Obras Completas”, Ob. Cit. Vol. II, pág. 1969-2078.

⁹ Sobre la “legislación motorizada” es clásica la obra de Carl Schmitt: “Legalidad y Legitimidad” (trad. J. Díaz García) Edit. Aguilar, Madrid, 1971.

¹⁰ Carré de Malberg, Raymond: “La Loi, expression de la volonté générale” (Preface de Georges Burdeau), Ed. Economica, París, 1984. Del mismo jurista de Estrasburgo: “Teoría General del Estado” (Prefacio H-Gross Espiell y Trad. J. Lion Depetre) UNAM-FCE, México, DF, 2ª Ed., reedición, 2000.

las que fundadas en un principio de competencia o distribución de materias, tiene la finalidad de dotar a ciertas categorías de normas legales de mayor estabilidad, por la vía de someterla a quórum agravado, modificando la regla o principio de mayoría como regla de adopción de decisiones en las cámaras (artículo 66 C.P.R.). Ciertamente estas “leyes de supermayorías” son un “enclave autoritario” en lo institucional, limitando severamente el principio democrático, contribuyendo a vaciar en parte el principio de soberanía popular basal al orden republicano democrático. Con ello, el espacio institucional de deliberación pública y de racionalidad práctica, que adopta decisiones con apego a un principio de mayoría se diluye, quedando entregado a la lógica de los “acuerdos” o “consensos”, cuyo “locus” real son los partidos o la “clase política”. El sistema electoral binominal, también es un “enclave autoritario” con quórum reforzado en la reforma constitucional de 2005, y contribuye como herencia autoritaria, a esta lógica negocial impositiva.

Finalmente, en la mencionada segmentación de la competencia legislativa y categorías de ley, en especial de leyes orgánicas constitucionales; se observa un espurio linaje, tanto en su antecedente comparativo francés como español, como en su concreción nacional, a saber: primero, la proyección del Legislador autoritario más allá de 1990 en una suerte de “Constitución intermedia”; “Legislador express” en el periodo terminal de su régimen político, periodo en que se dictan lo grueso de las leyes orgánicas constitucionales, subsistiendo como fictas la del Poder Judicial (Código Orgánico de Tribunales que se remonta a 1875) y la de Contraloría General de la República (Ley N° 10.336); y segundo, someter la legislación de “supermayorías” a la lógica de la negociación o bloqueo de la minoría-oposición. Y lo que es más grave, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, reforzando su rol contramayoritario, llegó a insinuar la posibilidad de que las “leyes de supermayorías” conformaban a la luz del principio de jerarquía normativa una “Constitución intermedia”, consolidado una interpretación extensiva del dominio del legislador orgánico constitucional.

Para concluir, el propio Poder Constituyente derivado, forzado o no incurre en la “trampa del consenso”, y en las principales reformas constitucionales de la transición (1991, 1997 y 2005) ha consolidado un espacio de normación en la competencia legislativa al legislador orgánico constitucional en el ámbito regional-municipal, Ministerio Público y Tribunal Constitucional mismo.

III. Segundo Dilema: Congreso Nacional y las “Leyes Inútiles”

Como segundo dilema en esta ocasión parece pertinente abordar un tópico “viejo-nuevo” aunque nunca explícito como es el de las “leyes inútiles”, que se suma a la crítica de la producción legislativa de nuestro Congreso Nacional por la modestia en el origen-iniciativa parlamentaria de la ley y la crítica reiterada a la deficiente técnica de legislar, críticas que no parecen del todo desencaminadas. En este cuadro el tópico

“viejo-nuevo” de las “leyes inútiles” es un tema olvidado, lo que probablemente entronca con nuestra mentalidad y cultura legalista.

Pues bien en la doctrina constitucional el tema acerca de las “leyes inútiles”, viene a cuento para designar el “síndrome” de inaplicación o déficit de cumplimiento de las leyes, a lo que puede sumarse una deficitaria tutela judicial de la legalidad objetiva.

Por la vía ejemplar esta doctrina acerca del tema de las “leyes inútiles” es abordada en la ciencia jurídica por R. Bettini en Italia¹¹; para dar cuenta del “síndrome” de inaplicación o déficit de cumplimiento de las leyes, determinada por razones políticas, la de ineficiencia administrativa o simplemente de carencia relativa de medios técnicos idóneos para lograr los objetivos de la Legislación. Subyace en la doctrina de las “leyes inútiles” un juicio crítico a la tarea de los legisladores; que no han tomado en cuenta acabadamente la evaluación previa de los medios disponibles para el cumplimiento de la ley y sus objetivos, ya que la Legislación requiere de la colaboración de la Administración y de la Jurisdicción, ciertamente en el marco de competencia que cada “Poder” del Estado tiene en un Estado de Derecho.

En este contexto son conocidos en Italia el Informe Giannini de 1979 y el Informe Barettoni Aleri de 1981, y en Estados Unidos, desde la década de 1970 la tareas evaluadoras de la “General Accounting Office” del Congreso y de la “Office of Management and Budget”.

La referida doctrina acerca del tema de la “leyes inútiles” conecta ex ante con el procedimiento legislativo y la formación de la decisión legislativa, que ciertamente es fruto de decisiones políticas y acuerdos que legítimamente tienen su “locus” formal en el Congreso Nacional y en el Gobierno. Pues bien, la decisión legislativa que penetra en el iter legis en sus trámites constitucionales y legales fundados en un principio de “doble lectura”, requiere de estudios y evaluación que permitan evitar o corregir la “inutilidad legislativa”.

En este contexto los proyectos de Modernización de las Cámaras constituyen un avance, así como la mejora en la calidad del personal letrado de cada corporación y adscritos a comisiones y órganos internos, así como la búsqueda de asesoría externa. Sin embargo, se observa críticamente el déficit de asesoría en los campos de política legislativa, técnica legislativa, déficit muy ligado al rol colegislador del Presidente de la República en nuestro régimen presidencialista; que hace casi “naturalmente” del Gobierno la usina principal de las leyes.

En rigor cabe tener presente que estos temas sobre política legislativa, técnica legislativa, organización y funcionamiento del Congreso Nacional no son nuevos. Fueron planteados señeramente hace casi cuatro décadas por el profesor de Derecho Constitucional Jorge Tapia Valdés, quién se desempeñó como secretario letrado en las

¹¹ v.gr. “Il Circolo vizioso legislativo” ed. Franco Angeli, Milano, 1983 y Santiago Muñoz Machado en España v.gr. “Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar”, Ed. Civitas, Madrid, 1986

Cámaras, en su recordado libro “La Técnica Legislativa”. Ayer y hoy, se hace necesario un debate público e *interna corporis* en la Cámaras acerca de las medidas necesarias para una mejora en la Legislación, específicamente en la calidad de las leyes y en la decisión legislativa¹².

Durante el periodo legislativo anterior, bajo la iniciativa de los H.D. Jorge Burgos, Eduardo Saffirio, entre otros, la Cámara de Diputados aprobó la creación de la “Comisión Especial encargada de evaluación de las leyes”, con el carácter de Comisión especial transitoria, por lo que su reinstalación debe renovarse en este período que comienza. La mencionada Comisión, que lamentable no llegó a funcionar, creada con un loable propósito por la Cámara Baja, guarda relación con la “inutilidad legislativa”; pero referida al estimar o evaluar *ex post* el cumplimiento de las leyes, y no a la indagación de las causas de decisiones legislativos que tropiezan con una realidad constituida por obstáculos o carencia de medios para asegurar el cumplimiento de la Legislación. Tal Comisión especial tampoco estableció un servicio administrativo de apoyo a sus tareas.

Con todo, situar en el debate público el tema de las “leyes inútiles”, en el contexto de una política legislativa y técnica legislativa adecuada a las decisiones legislativas, contribuye a la mejora de nuestra Legislación y al funcionamiento del Estado de Derecho y del Estado democrático.

IV. Tercer Dilema: Congreso Nacional y Legislación delegada

La Legislación delegada que fue un tema de importancia real del Derecho Constitucional y del Derecho Público, adopta en nuestro actual ordenamiento constitucional un perfil definido y racionalizado¹³.

Un perfil definido porque la Legislación delegada tiene en la Constitución tres expresiones a saber:

- a) El decreto con fuerza de ley tradicional fruto de una ley delegatoria de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, para regular materias de dominio legal, delegación que deberá ejercerse dentro de un plazo no superior a un año, y no podrá extenderse a nacionalidad, a ciudadanía, las elecciones o plebiscitos, como tampoco a las materias comprendidas

¹² Sobre este viejo-nuevo tema consultar a Nicolás Pérez Serrano: “El Estilo de las Leyes” y “Las Erratas de las Leyes” en recopilación de sus monografías “Escritos de Derecho Político”, 2 vol., Instituto de Estudios Administración Local, Madrid, 1984.

¹³ Carmona Santander, Carlos: “Dos nuevas potestades del Presidente de la República”, Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador) “La Constitución reformada”, Librotecnia, Santiago, 2005, pág. 199-250. Del mismo autor: “Los textos refundidos, coordinados y sistematizados” en Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador) “Reforma Constitucional” Edit. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pág. 771-810. También de Claudio Moraga K. “La potestad normativa del Presidente de la República: los decretos con fuerza de ley”, Revista de Derecho Público, vol. 70, Universidad de Chile, 2008, pp. 313-335.

en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, en especial las relativas a facultades que afecten a la “organización, atribuciones y régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional, y de la Contraloría General de la República” (artículo 64 inciso 2º y 3º C.P.R.)

- b) El decreto con fuerza de ley que fija texto refundido, coordinado, sistematizado de las leyes. Esta delegación introducida por la reforma constitucional de 2005 es fruto de una atribución legislativa directa y sub constitutive, y obviamente de utilidad práctica (artículo 64 inciso 5º C.P.R.)
- c) El decreto con fuerza de ley de ejecución de tratados, dictados en virtud del acuerdo aprobatorio del tratado por el Congreso Nacional, y que se extiende a la vigencia de éste, para su cabal cumplimiento (artículo 54 N° 1 inciso final C.P.R.)

Un perfil racionalizado tiene la Legislación delegada, ya que los decretos con fuerza de ley quedan sometidos a un específico control de legalidad por la Contraloría General de la República, la que debe rechazarlos “cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida” (artículo 64 inciso 6º C.P.R.) en la medida que la ley delegatoria arbitra los términos de la delegación, sin perjuicio de que este mismo control de legalidad importa también un control de constitucionalidad cuando estos “sean contrarios a la Constitución” (artículo 99 inciso 2º C.P.R.). Pero además el decreto con fuerza de ley queda sometido a un completo control de constitucionalidad contencioso, abstracto o concreto, facultativo y represivo en los términos del artículo 93 N° 4, N° 6 y N° 7; de suerte que compete al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad material, formal o competencial de estos decretos delegados.

De este modo, la Legislación delegada, al tener un perfil definido y estar debidamente racionalizada es un dilema más aparente que real para el Congreso Nacional y la función legislativa.

V. Cuarto Dilema: Congreso Nacional y Tratados Internacionales

La incorporación de los tratados internacionales al Derecho interno cuyas cláusulas iusfundamentales más significativas están contenidas en el artículo 54 N° 1, 32 N° 15 y 93 N° 1º y N° 3º de la Constitución, sí plantean un dilema para el Congreso Nacional y la función legislativa no tanto en cuanto al cabal cumplimiento de estos tratados por el Estado y la dictación de Legislación de ejecución y adecuación, sino en lo concerniente a la autoejecutividad de las cláusulas o normas de los tratados en el ordenamiento jurídico; lo que en el campo de las normas convencionales sobre derechos humanos conecta con la garantía institucional del artículo 5º inciso segundo de la

Constitución y con un “control de convencionalidad” superpuesto polémicamente al “control de constitucionalidad”. Este dilema se plantea en el marco de un estatuto de incorporación de los tratados, en que la aprobación de estos por el Congreso Nacional reequilibra los poderes de éste frente al Gobierno.

En efecto la autoejecutividad de las normas de tratados es una cuestión de primera importancia para nuestro Derecho Público y debemos tomar en serio dicha cuestión. Es sabido que en el marco de la operatividad de los tratados internacionales, una vez incorporados al Derecho interno de los Estados Partes, surge, primero en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y luego en el “derecho de gentes” común, el concepto de “autoejecutividad” o “autoaplicabilidad” o “self executing” de tales instrumentos internacionales. En términos generales, el concepto “autoejecutividad” se refiere a la capacidad o virtud de algo de ejecutarse o hacerse cumplir por sí solo (22º ed. Diccionario Real Academia Española, versión electrónica). En Derecho Internacional la “autoejecutividad” se refiere a la cualidad normativa de las cláusulas de los tratados internacionales de ser ejecutadas sin necesidad de que los Estados Partes adopten medida o disposición de Derecho interno alguno conducente a ello.

Al respecto, la doctrina mayoritaria estima que para que una disposición de un tratado internacional sea considerada como “autoejecutable”, es necesario que tal disposición *“...tenga una redacción que la haga susceptible de aplicación inmediata y directa, sin el requerimiento de una acción jurídica complementaria para lograr su implementación o exigibilidad”* (Humberto Henderson). En términos más específicos, se señala que para que una norma sea “autoejecutable” se requiere que concurran las siguientes dos condiciones:

- a) Que de la disposición del tratado se derive directamente un derecho o una pretensión a favor de un individuo que comparece ante un Juez solicitando su aplicación; y
- b) Que la regla sea suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o administrativo subsiguiente¹⁴.

En nuestro medio, el Tribunal Constitucional distingue claramente entre disposiciones “autoejecutables” o “self executing” y disposiciones “no autoejecutables” o “non self executing” de un tratado, de la siguiente manera: *“48º. a) Los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina “self executing” y “non self executing”. Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas,*

¹⁴ Henderson, Humberto: “Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La importancia del principio Pro Homine”, Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos, N° 39, págs. 37-66. Idem. Ortiz Ahlf, Loretta: “Integración de las Normas Internacionales”, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, págs. 447-467.

son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esta vía les dé vigencias efectiva” (S.T.C. Rol N° 309-2000).

De acuerdo a ello, las cláusulas que contienen los tratados enuncian normas de diversa densidad normativa o alcance, categoría y, por lo tanto, efectividad; *“hay normas cuya aplicación directa no importa mayor problema, toda vez que su redacción es tajante, no requieren ser detalladas legislativamente y, por lo general, no admiten excepciones....En otras ocasiones, las normas poseen un contenido genérico y abstracto que requieren posteriores actos legislativos internos que las detallen o hagan posible su aplicación a casos concretos, generalmente son mandatos al legislador....” (Carmona Tinoco); y podemos insistir en la aplicabilidad directa señalando “Esta es una determinación que ha sido atribuida al derecho constitucional; sin embargo, el derecho internacional se cuidó de elaborar el concepto de normas directamente aplicables (self-executing) propiamente dichas, en relación con disposiciones de tratados susceptibles de ser invocadas por un particular ante un tribunal o juez (“incorporación automática”), sin necesidad de un acto jurídico complementario (“transformación”) para su exigibilidad e implementación” (Cancado Trindade)¹⁵. Tenemos, entonces, que los tratados internacionales pueden contener disposiciones o cláusulas autoejecutivas y cláusulas que no sean autoejecutivas, o sólo unas u otras, y que para definir si son de uno u otro tipo habrá que estarse al contenido específico de cada tratado internacional y de sus cláusulas o normas particulares.*

Finalmente, debe tenerse en consideración que en nuestro medio los tratados internacionales vigentes y ratificados por el Estado de Chile, es decir, incorporados al ordenamiento jurídico interno, no tienen jerarquía de ley ordinaria sino un lugar en el sistema de fuentes a partir de los principios de competencia y de aplicabilidad, pero nunca podrán ser contrarios a la Constitución (art. 5° C.P.R.). Así lo confirma nuestro Tribunal Constitucional:

- a) “La prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado resulta, por lo demás, del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria permitiría la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en sus artículos 116 al 118. De allí que dicha prevalencia

¹⁵ Carmona Tinoco, Jorge: “La aplicación Judicial de los Tratados Internacionales”, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2002, págs. 181-209. También nos recuerda Antonio A. Cancado Trindade: “Para que una norma convencional pueda ser autoaplicable, se pasó a considerar necesaria la conjugación de dos condiciones, a saber, primero, que la norma conceda al individuo un derecho claramente definido y exigible ante un juez, y segundo, que sea ella suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, operando per se sin necesidad de un acto legislativo o medidas administrativas subsecuentes. La norma directamente aplicable, en resumen, consagra un derecho individual, susceptible de pronta aplicación o ejecución por los tribunales o jueces nacionales” (p. 305); en “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 305-307.

cia, tanto en la doctrina nacional como extranjera, sea la generalmente aceptada, salvo en aquellos casos excepcionalísimos en que la propia preceptiva constitucional respectiva establezca lo contrario” (21 diciembre 1987, Rol N° 46).

b) “61°. Que, con anterioridad a la reforma de 1989, había opinión unánime en el sentido que los tratados internacionales estaban sujetos al principio de supremacía constitucional”.

“62°. Que, en este aspecto, es relevante recordar, que aunque aparezca obvio, la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental”.

“63°. Lo anterior nos permite afirmar que no estuvo en la mente del Constituyente que los tratados no quedaran sujetos a la supremacía de la Constitución ni menos que su jerarquía permitiera enmendar normas de la Ley Fundamental, ya que si así no fuere carece de toda explicación lógica y jurídica que se hubiere afirmado que era procedente el recurso de inaplicabilidad de una norma de un tratado por ser contraria a la Constitución, habida consideración que dicho recurso reconoce como causa inmediata, precisamente, la prevalencia de la Constitución sobre la ley o el tratado”.

“64°. Que con anterioridad a la reforma de 1989 este Tribunal, en sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales”.

“68° [...] Dicha pretensión también atenta contra el delicado mecanismo de reforma de la Carta Fundamental, contenido en un capítulo especial, el Capítulo XIV, y que se caracteriza por su notable rigidez, especialmente tratándose de la reforma del capítulo relativo a los derechos y deberes constitucionales, cuya estabilidad y preservación el constituyente aseguró exigiendo un quórum reforzado de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Tanto este quórum especial como los trámites propios de una ley y de reforma quedarían reemplazados por el quórum y los trámites de una ley ordinaria que, además, tendría el efecto de reformar la Constitución si aceptáramos el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos y su eventual carácter modificadorio de la Constitución.

“Una interpretación semejante, para ser armónica con el resto de la preceptiva constitucional, debiera haberse plasmado en un texto diferente y debiera haber venido acompañada de la modificación de los arts. 80, 82 N° 2 y del Capítulo XIV de la Constitución” (“Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, en Gaceta Jurídica N° 215, 1998, pág. 13)”.

“69°. Que sostener que los tratados internacionales sobre derechos huma-

nos puedan modificar la Constitución, conduce a que pierdan eficacia las disposiciones que permiten el control previo de constitucionalidad de los tratados (artículo 82, N° 2, de la Constitución) y el control a posteriori (artículo 80, de la Constitución) ¿pues qué sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?” (8 abril 2002, Rol N° 346).

Lo anteriormente expuesto exige una breve explicación. Los tratados internacionales, relativos a derechos humanos como los relativos a cualquier otra materia, son una importante fuente de Derecho Internacional convencional. Los tratados en virtud de los principios de Derecho Internacional general y convencional de “*pacta sunt servanda*” y “*bona fide*” recogidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, obliga a lo estipulado en sus cláusulas o normas y al cumplimiento de buena fe de sus cláusulas por parte de los Estados signatarios. La infracción de estos principios trae aparejada responsabilidad de Derecho Internacional para los Estados signatarios recalcitrantes. Es menester agregar con Cancado Trindade que las obligaciones de protección de derechos humanos derivadas de tratados internacionales, tienen un carácter objetivo por lo que deben ser implementadas colectivamente y quedan permeadas por un a raíz de orden público que trasciende los intereses de cada Estado, no aplicándose el predicamento de que las obligaciones internacionales se interpretan restrictivamente por importar limitación de la soberanía de los Estados.

De esta suerte, el tratado internacional a pesar de no tener jerarquía en el derecho interno, goza de una posición de eficacia o aplicabilidad preferente por los órganos del Estado, y de una especial resistencia pasiva a la fuerza derogatoria o modificatoria de fuentes de derecho como la ley, por lo que su “derogación” o modificación o suspensión (denuncia), sólo puede producirse en la forma prevista por el propio tratado o el Derecho Internacional, como muy apropiadamente dispone el artículo 54 N° 1 inciso quinto, de la Constitución, reformado el año 2005. Sin embargo, a partir de estas definiciones la operatividad o efectividad de los tratados y sus cláusulas en el derecho interno, debe ponderarse a partir de la distinción elemental entre normas o cláusulas autoejecutivas y no autoejecutivas.

En consecuencia, como lo hemos expuesto, los tratados, que son fuente de Derecho Internacional convencional, carecen en el Derecho interno de jerarquía y su incorporación al Derecho interno en virtud del artículo 54 N° 1 de la Constitución obliga al Estado a conferirle eficacia o aplicabilidad preferente a sus cláusulas o normas. En todo caso, el tratado, lo que es confirmado por la jurisprudencia constitucional, se encuentra sujeto a la Constitución e incluso más, sometido a un control de constitucionalidad preventivo y obligatorio y a un control de constitucionalidad preventivo y facultativo, en virtud del artículo 93 N° 1 y N° 3 de la Carta Fundamental.

Como se ha dicho, la operatividad o efectividad de los tratados incorporados al Derecho interno debe ir de la mano de un examen acerca del carácter autoejecutivo o no autoejecutivo de sus cláusulas o normas, examen que pasa por determinar la densidad

normativa, alcance y relaciones jurídicas que tales cláusulas o normas fijan. De este modo, la autoejecutividad de las cláusulas o normas de los tratados internacionales exige un examen de la estructura normativa de estos y además de adecuación de estos a la Constitución¹⁶.

Luego, las cláusulas no autoejecutivas del tratado internacional obligan al Estado signatario o parte a adoptar medidas de ejecución y de adecuación de Derecho interno, sin perjuicio de la suscripción de acuerdos o convenios de implementación, o la dictación de decretales de ejecución o de decretos con fuerza de ley de ejecución, en los términos del artículo 54 N° 1 inciso final, de la Constitución.

En esta materia el dilema para el Congreso Nacional y la función legislativa se traslada al campo “aprobación parlamentaria” de los tratados internacionales y a la necesidad de tomarse en serio los tratados. Es decir, la “aprobación parlamentaria” y posterior promulgación y publicación de los tratados, la incorpora al Derecho interno, generando para el Estado y el Congreso Nacional y el Gobierno el deber de dictar las normas de ejecución o adecuación; admitir la autoejecutividad de los tratados y/o sus normas y soportar la resistencia de los tratados frente a la Legislación.

Otra compleja cuestión y muy problemática, que excede a este trabajo, es la relativa a la “auto-ruptura” constitucional, en materia de fuentes de Derecho Internacional convencional, que se produce cuando la cláusula de incorporación del artículo 54 N° 1 de la Constitución dispone en su inciso 5°: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Con ello se quebranta severamente el sistema de fuentes del derecho al admitirse la producción válida de normas regidas por fuentes *extra ordinem*, lo que quebranta la supremacía constitucional y debilita el control de normas y el principio democrático dado el acusado “déficit” de estas fuentes. Esta “auto-ruptura” obliga al Congreso Nacional a “tomar en serio” a los tratados internacionales en la fase de aprobación de éstos y prever, si el tratado abre la puerta a una producción normativa *extra ordinem*, fuente del derecho respecto de la cual no existen controles de juridicidad *ex ante* operativos.

VI. Quinto Dilema: Congreso Nacional y “Legislador Negativo” o “Legislador Positivo”

El constitucionalismo occidental conoce hoy de la universalización de los sistemas de control de constitucionalidad de la ley en particular y de los actos estatales normativos en general, que en la oposición dialéctica del barón de Montesquieu “pouvoir d’ établir” – “pouvoir d’ empecher”, se traducen en sistemas que permiten un amplio control abstracto y concreto, y que pueden conllevar la anulación o invalidación de la

¹⁶ En esta línea resulta muy útil consultar dictamen N° 61.817, de 26 de diciembre de 2006, de la Contraloría General de la República (Gaceta Jurídica N° 318, 2006, pag. 420-430).

ley, para salvaguardar la supremacía o integridad de la Constitución como subsistema de normas.

La reforma constitucional de 2005 ha consolidado un sistema de Jurisdicción Constitucional concentrado y monopólico, de suerte que, el Tribunal Constitucional está revestido de competencias de control de constitucionalidad abstracto (artículo 93 N° 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º y 16 C.P.R.) y concreto de la ley (artículo 93 N° 6º C.P.R.). El control abstracto de constitucionalidad opera como control preceptivo o facultativo y preventivo o represivo. El control concreto opera como control facultativo y represivo¹⁷.

Este control abstracto transforma al Tribunal Constitucional en un “legislador negativo”, es decir, la sentencia estimatoria, expedida en un proceso de constitucionalidad, anula o invalida la ley (normas legales) por vicios de fondo, materia, forma o competencia; anulación vinculante para los poderes públicos y de efectos temporales *ex nunc* o pro futuro y efectos personales *erga omnes* o generales. El “legislador negativo” no es sino una expresión figurada de Kelsen para asimilar los efectos de la anulación o invalidación, derivada de la inconstitucionalidad, con los efectos de la derogación, propios estos últimos de la Legislación.

Ahora bien, el control de constitucionalidad abstracto, preventivo, y en especial el obligatorio, introduce al Tribunal Constitucional al campo de la política, nuevamente con severo quebranto del principio democrático, convirtiéndolo en una suerte de “tercera cámara”, análoga al modelo francés originario del Consejo Constitucional instituido en la Constitución de 1958; “tercera cámara” interviniente en procedimiento legislativo, sin que sea evidente el conflicto constitucional a heterocomponer en un proceso por jueces constitucionales a través de una sentencia.

Con todo, nuestro Tribunal Constitucional, lo mismo que las experiencias comparadas de Jurisdicción Constitucional, han abierto la puerta al “legislador positivo”, que se expresa en sentencias estimatorias, dictadas en procesos de constitucionalidad, que adicionan, interpretan, exhortan o corrigen la voluntad del Legislador. Ello representa un dilema mayor para la función legislativa atribuida al Congreso Nacional y también pone en cuestión la centralidad y funcionalidad del Congreso Nacional, no sólo por el rol de esta Judicatura como “legislador negativo” o “destructor de leyes”, sino también por someter a la ley a ciertos estándares de racionalidad y calidad técnica, congruentes con la exigencia de ley material para el desarrollo de derechos fundamentales.

De este modo, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad-inaplicabilidad, deviene en componente central (título de imputabilidad necesario), para sostener la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador que difícilmente podría haberse sostenido desde el dogma de la soberanía del Parlamento o de la omnipotencia de la ley.

¹⁷ Consultar los citados libros de la Reforma Constitucional de 2005, coordinados por Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Zúñiga Urbina, en especial trabajos de Lautaro Ríos y Gastón Gómez. También de Nogueira Alcalá, H: “Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur”, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

El claroscuro de control de constitucionalidad de la Legislación, y la contrapartida del Congreso Nacional y de la función legislativa limitada por un control de amplia cobertura, es el activismo de un Tribunal Constitucional que se autodefine como un “super poder”, el viejo fantasma del “gobierno de los jueces” o Estado judicial.

Es un activismo del Tribunal Constitucional lejano a la funcionalidad asignada por el Constituyente autoritario, de “perro guardián” del Gobierno y del Congreso Nacional en el ejercicio de la potestad legislativa, es más bien resultado de un proceso de re-fundación de esta Judicatura y de posición o status entre los órganos constitucionales del Estado¹⁸. Asimismo, este activismo judicial, fundado en un horizonte ideológico (neo)iusnaturalista, tiene un talante (neo) liberal-conservador; anclado en una defensa del “orden constitucional” desde coordenadas originalistas; es poco proclive a la deferencia con los poderes públicos democráticos, lo que consecuentemente debilita la centralidad-funcionalidad del Congreso Nacional.

VII. Sexto Dilema: Congreso Nacional y “Opinión Pública” u “Opinión Publicada”

La distancia que el Congreso Nacional tiene entre la cosmovisión ideológica tradicional del constitucionalismo liberal burgués, como órgano de representación política, espacio o ámbito institucional de deliberación pública y de racionalidad práctica, depositario de la función – potestad legislativa, y la realidad contemporánea de la democracia o Estado de partidos y de un Gobierno como “órgano colegislador” predominante, contribuye a generar un severo problema de legitimidad del Parlamento en el sistema político mismo; que se traduce en una opinión pública o mejor dicho opinión “publicada”, crecientemente hostil o crítica respecto del quehacer parlamentario y de las cámaras mismas, que no infrecuentemente se funda en una sesgada visión acerca del trabajo parlamentario, de la función pública parlamentaria (en especial prohibiciones y privilegios), nivel del debate y del funcionamiento de las cámaras¹⁹. En tiempo reciente la exposición medial en televisión abierta del trabajo parlamentario y algunas prácticas o usos, contribuye a su deslegitimación y pérdida de prestigio, junto con algunos efectos positivos en materia de transparencia y probidad de esta función pública.

Asimismo, cierta cultura afincada en el secretismo contribuye a la deslegitimación del Congreso Nacional; el que se sitúa en las antípodas de un Parlamento fundado en la trinidad: representación, deliberación y publicidad, y en la repulsa de un Estado de Derecho por los arcana imperii.

Coadyuva a esta creciente deslegitimación del Congreso Nacional ante la opinión públi-

¹⁸ Zúñiga Urbina, Francisco: “Control de Constitucionalidad y Sentencia” Edita Tribunal Constitucional, Santiago, 2006.

¹⁹ Consultar el valioso libro coordinado por Garrorena Morales, Ángel: “El Parlamento y sus Transformaciones actuales”, Edit. Tecnos, Madrid, 1990.

ca el deterioro de la calidad de la política, el deterioro de la clase política parlamentaria, el desinterés de las élites ilustradas por la política o por el ámbito de lo público, y el vértigo mediático de esta clase político parlamentaria, que más allá de las funciones o potestades del Parlamento se transforman en caja de resonancia de una política cotidiana marcada por los signos de la inmediatez, cortoplacismo o coyuntura, cuando no frivolidad. Un signo reciente del deterioro de la “política parlamentaria” son los fenómenos de transfuguismo en el encuadramiento político partidista o de coalición o pacto de partidos y prevalencia de “empresas políticas” o “proyectos” personales, con apariencias o fondo “populistas”. En suma se observa por una parte, una decadencia de la ética de la responsabilidad propia de la “clase política” y por otra parte la pérdida del espacio institucional deliberativo público y plural que el Congreso Nacional debe ser en los grandes temas nacionales y en la producción legislativa.

El Congreso Nacional y la función legislativa aparecen sometidos, más a lógicas de negociación que de deliberación pública, más a la organización de intereses corporativos que al interés público, más abierto al cabildeo o “Lobby” y a sus profesionales que a las organizaciones de la sociedad civil²⁰.

En suma se instala en la opinión pública u opinión “publicada” una cierta percepción de opacidad acerca de los factores o fuentes materiales presentes en la función legislativa y en la producción de leyes. Los problemas que plantea la financiación de la política y en especial el sistema de financiación pública, no resuelven estos problemas de opacidad y la incestuosa relación “dinero-política”.

El saldo de esta creciente deslegitimación y crisis de credibilidad del Congreso Nacional, es una decreciente participación política, burocratización y oligarquización de los partidos políticos, trivialización de los temas públicos y desinterés de la ciudadanía por el ámbito de lo público.

Tal burocratización y oligarquización de los partidos políticos, conlleva con demasiada frecuencia a los discursos teórico-prácticos de demonización de éstos y de la democracia o partidos o Estado de partidos, demonización en la cual se ocultan muchas veces cosmovisiones autocráticas e inconfesablemente interesadas en erosionar la democracia constitucional; como elocuentemente lo ha sido el tema de la “partidocracia” o de la “ley de hierro de las oligarquías”.

VIII. Séptimo Dilema: Congreso Nacional y su “Modernización”

Con independencia del *iter legis* o procedimiento de formación de la ley, que exige de esta un itinerario temporal y formalizado para transformar las decisiones públicas en Legislación, el Congreso Nacional requiere de una urgente Modernización; que

²⁰ Consultar el libro coordinado por Francesc Pau Vall: “Parlamento y Opinión Pública” Edit. Tecnos-Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Madrid, 1995.

coadyuven a su legitimidad, eficiencia capacidad institucional y organizacional tema que no es nuevo en experiencias comparadas y que es recurrente hoy. Recientemente Valdés y Soto han planteado un inquietante estudio acerca del crónico déficit de “asesoría legislativa” de Congreso Nacional, y plantean que una sólida asesoría legislativa (interna y externa) son factores coadyuvantes al fortalecimiento institucional de las cámaras con independencia del debate acerca de la reforma del régimen político derivada de la crítica aun añoso y exacerbado presidencialismo ²¹.

La modernización del Congreso Nacional busca restituir eficientemente la Legislación, como obra de cuerpos representativos en un procedimiento legislativo, y con una “posición preeminente” en la escala de normas, para no terminar sepultada por una hipertrofiada “Legislación secundaria”²², que emana del Gobierno y de las autonomías constitucionales y legales en el contexto de un Estado complejo funcional y territorialmente; más allá de la “Legislación delegada” y de los “poderes de crisis”.

Un área de notorio déficit se produce en sus dispositivos de asistencia legislativa, tarea que hasta el día de hoy parece no encarar con éxito ha pesar de la disponibilidad de los recursos financieros y de gozar de autonomía financiera para disponer de los recursos materiales y humanos necesarios para la mencionada asesoría legislativa.

La falta de una Modernización del Congreso Nacional, que pase por contar con una asesoría legislativa de calidad y adecuada a sus tareas, es un verdadero dilema, pues lo contrario, el actual status quo, contribuye a trasladar parte importante de la usina de producción de la ley al Gobierno. También se observa una escasa colaboración de las universidades y facultades de derecho en la referida Modernización.

De este modo, las “erratas de la ley” o la deficiente técnica legislativa se transforman en el signo visible de esta falta de Modernización efectiva del Congreso Nacional en lo que atañe a los medios con que debe contar para la producción legislativa. Para ello se requiere mejorar la profesionalización de los cuerpos de funcionarios letrados (secretarios y oficiales o ayudantes) de las cámaras, y a los asesores letrados de bancadas o grupos parlamentarios y de parlamentarios, sustrayéndolos del campo de la “gestoría” de intereses concretos o de la clientela electoral.

También en el campo de archivos y apoyo documental, los recursos disponibles tienen un empleo deficiente, a pesar de ser un servicio común de gestión bicameral (Biblioteca del Congreso Nacional y Comisión de Biblioteca).

Finalmente, un campo asociado a la Modernización del Congreso Nacional, y que tiene efectos virtuosos en su relegitimación, es la participación ciudadana de la sociedad civil y sus asociaciones en general, y de la sociedad civil regional, provincial y local,

²¹ Linares Quintana, Segundo: “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, 9 Volúmenes, Edit. Plus Ultra, 2ª ed., 1977-1987, Vol. IX, pág. 519-538. El valioso estudio de Salvador Valdés P. y Sebastián Soto se titula “Un nuevo sistema de Asesoría Legislativa para el Congreso” de 6 de julio de 2009, consultado en el sitio del Centro de Estudios Públicos.

²² Consultar voz. “Legislación” con trabajos de B. Akzin, R.K. Huit y J.C. Walke, en “Enciclopedia de Ciencias Sociales”, editada por E. Shils, Edit. Aguilar, Madrid, 1974, Vol. 6, págs. 507-535.

en especial en la producción legislativa. Para ello las audiencias públicas a la sociedad civil deben obtener un lugar preceptivo y relevante en el iter legis, sin perjuicio de otras formas de participación social institucionalizada y de naturaleza consultiva, en la perspectiva de *Constitutione ferenda* como es el Consejo Económico y Social.

IX. Conclusiones. Congreso Nacional: Centralidad y Funcionalidad

Asistimos en el cuadrienio que se inicia a la puesta a prueba de los, por largo tiempo anhelados, cambios introducidos a la Constitución Política de República de 1980 por la reforma constitucional de 2005, que viene a cerrar en lo formal nuestra transición a la democracia, suprimiendo buena parte de los “enclaves autoritarios”, aunque no todos ellos, subsistiendo los más importantes, y restaurando así al menos parcialmente nuestras instituciones republicanas y Estado de Derecho.

Uno de los significativos cambios a la Constitución “vieja-nueva” es aquella enderezada a dotar al Congreso Nacional de una mayor centralidad- funcionalidad institucional, morigerando nuestro superlativo presidencialismo, por la vía de reforzar el control político del Gobierno y de la Administración a través de las interpelaciones y comisiones investigadoras residenciadas en la Cámara de Diputados (artículo 52 N° 1 C.P.R.), reforzar el “derecho de confirmación” del Senado (artículo 53 N° 5 y 9 C.P.R.), y un mayor peso a la “aprobación parlamentaria” de los tratados internacionales (artículo 54 N°1 C.P.R.). Ello porque democracia y Parlamento son “inseparables” (Cea Egaña)²³.

Por otra parte, en el campo de la Legislación surgen nuevos desafíos en la aplicación de estándares de calidad de normas y de constitucionalidad, en particular frente a un sistema completo y abierto a los ciudadanos de control de constitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional. Asociado al control de constitucionalidad se instala con fuerza la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, que exige del Congreso Nacional reintroducir a la “ley parlamentaria” la ley material en el desarrollo infraconstitucional de derechos fundamentales en especial de derechos civiles de contenido patrimonial.

Finalmente la centralidad- funcionalidad del Congreso Nacional y la necesaria legitimidad que debe poseer la institución democrático-representativa por excelencia, plantea hacer frente a los dilemas descritos sumariamente, saber: ley parlamentaria como fruto de la deliberación pública y plural y de una racionalidad práctica, un sistema de evaluación de las “leyes inútiles” y su corrección, un nuevo trato con el Tribunal Constitucional fundado en la deferencia razonada y presunción de legitimidad constitucional de la ley, una opinión pública informada que colabore a una relegitimación

²³ Cea Egaña, José Luis: “Teoría del Gobierno. Derecho Chileno y Comparado”. Edic. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000, págs. 93-131.

de la institución parlamentaria y una modernización en el funcionamiento de las cámaras y de sus órganos asesores, en especial de la asesoría legislativa, que morigere la predominancia del Gobierno como “órgano colegislador”.

En suma, la problemática centralidad-funcionalidad del Congreso Nacional y su legitimidad democrática pasan por transformar estos dilemas en desafíos de la institución parlamentaria en un presidencialismo renovado y más temperado en el papel o Constitución documental por la reforma constitucional de 2005.

En esta perspectiva adquiere pleno sentido el viejo principio-dogma de la “separación de poderes”, enderezado a la construcción de un Estado y régimen fundado en un equilibrio o balanza de poderes (“balance of powers!”), “[...] como una forma de división del ejercicio del poder donde la perspectiva orgánica subyacente a las formas de división anteriores y que presuponen [...] la idea organicista de sus *corpus mysticum politico o civile*, cede ante la perspectiva mecanicista -más típica del mundo moderno- al tratar el problema no desde el punto de vista de los miembros articulados en un organismo, uno desde el punto de vista de las relaciones de fuerzas” (García Pelayo)²⁴.

²⁴ García Pelayo, M.: “Separación de Poderes”; en “Obras Completas” ob. Cit. Vol III, págs. 2931-2945 y pág. 2936.