



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LA LEY TAMBIEN ES UN PROBLEMA: LA NECESIDAD DE
INSTITUCIONALIZAR LA RETROALIMENTACIÓN EN EL
SISTEMA LEGISLATIVO.**

Reglas claras, economía institucional, la legislación óptima y la evaluación de las leyes por medio de un control de eficiencia poslegislativo; aplicabilidad al caso Chileno.

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.**

AUTOR DE LA MEMORIA: JUAN CRISTÓBAL SEPÚLVEDA COFRÉ.

PROFESOR GUÍA: CARLOS CARMONA SANTANDER.

SANTIAGO, CHILE,
MARZO, 2012.

DEDICATORIA

A mi padre, a Marcela Belmar,
a su familia, a la gente del campo y a Chile.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su más profunda gratitud por el desinteresado y valioso apoyo a las personas e instituciones que se mencionará a continuación, sin un orden de prelación, al cual debo que las ideas en este texto pudieron nacer, desarrollarse y llegar a manos de vuestros lectores:

- Prof. Carlos Carmona Santander, Miembro del Tribunal Constitucional de Chile y Profesor de la U. de Chile.
- Prof. Enrique Navarro Beltrán, Miembro del Tribunal Constitucional de Chile y Profesor de la U. de Chile.
- Prof. Álvaro Fuentealba Hernández, Director de Escuela de la U. de Chile y Profesor de la U. de Chile.
- Prof. Ricardo Reveco Urzúa, Profesor de la U. de Chile.
- Prof. Valentina Durán Medina, Directora del Centro de Derecho Ambiental, Profesora de la U. de Chile.
- Prof. Francisco Agüero Vargas, Investigador del REGCOM, Prof. U de Chile.
- Profesorado y compañeros de la facultad de derecho de la U. de Chile durante mis estudios de pregrado, especialmente a mis colegas ayudantes.
- A los Funcionarios de la Facultad de Derecho de la U. de Chile, en especial a la gente de la Biblioteca y del Departamento de derecho Público.
- Organizadores del Tercer congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional de la U. de Chile.
- A la Cámara de Diputados de la República de Chile y todos los que hicieron posible el Concurso público de Memoristas Universitarios año 2008, y en especial al Sr. Fernando Parodi.
- Corporación de Asistencia Judicial de Lampa año 2009-2010.
- A mi padre.
- A mi novia Marcela Belmar Soto, Clark, Duque y a su Familia.
- A mis Amigos, en especial los de Colegio y de la Universidad que aún están en contacto conmigo.
- A Dios y todos los que me rodean interviniendo de alguna manera en mi vida.

ÍNDICE

<i>Dedicatoria</i>	<i>ii</i>
<i>Agradecimientos</i>	<i>iii</i>
<i>Índice</i>	<i>iv</i>
<i>Resume / Summary</i>	<i>ix</i>
<i>Portada Alternativa</i>	<i>x</i>
<i>Prefacio</i>	<i>xi</i>
INTRODUCCIÓN	1

PRIMERA PARTE: LA LEGISLACIÓN COMO UN PROBLEMA DE COMUNICACIÓN.

CAPÍTULO I. La Historia de los intentos por mitigar la incertidumbre de la legislación.	16
▪ 1. La Comunicación perfecta como base de la institucionalidad.	16
▪ 2. La codificación cuida el poder de la ley, pero la incertidumbre sigue.	17
▪ 3. Desconfiamos de los jueces, son los culpables de la incertidumbre.	20
▪ 4. S.O.S. los jueces al rescate ante la ley injusta: Bienvenida incertidumbre.	22
▪ 5. La comunicación imperfecta: Vivir con la incertidumbre y Mitigarla.	26
▪ 6. Positivismo imposible y iusnaturalismo incorrecto. ...	29
 CAPÍTULO II. La Ley como un problema de obediencia, justicia (igualdad) y democracia	 33
▪ 1. El habito de obediencia en base a imitación y aprobación.	33
▪ 2. Identificación del derecho por medio de la norma de	

reconocimiento y su contingencia práctica.	37
▪ 3. El hecho de reconocer una norma no implica obedecerla.	42
▪ 4. Estándar de obediencia: Razones para no obedecer <i>Versus</i> muy buenas razones para no obedecer.	46
▪ 5. Justicia (Igualdad): La discreción judicial y la democracia.	49

CAPÍTULO III. El Coste Oportunidad de la Legislación y La Legislación

Optima	52
▪ 1. El levantamiento del velo al legislador: ¿Legislador Racional?	52
▪ 2. No existe el poder absoluto del soberano: No da lo mismo cualquier ley y la curva de Laffer como demostración.	55
▪ 3. Responsabilidad del Estado legislador: una buena idea pero un mal concepto.	59
▪ 4. El concepto de eficiencia es diferente a la maximización de la riqueza.	62
▪ 5. El coste oportunidad de la legislación y el ideal de la legislación optima.	66

SEGUNDA PARTE: LA LEGISLACIÓN ÓPTIMA POR MEDIO DEL CONTROL DE EFICIENCIA POSLEGISLATIVO.

CAPÍTULO IV. El Control Constitucional de la Legislación No Controla la

Eficiencia.	71
▪ 1. El concepto de control constitucional.	72
▪ 2. Control de eficiencia: interacciones necesarias entre eficiencia y control.	76
▪ 3. Eficiencia como mandato constitucional.	79
▪ 4. La máxima de adecuación no mide eficiencia, al no tener experiencia.	81
▪ 5. Eficiencia como comunicación.	82

CAPÍTULO V. El Control de Eficiencia Poslegislativo Como una Institución Necesaria para la Legislación.	84
▪ 1. El tribunal constitucional frente al mandato de eficiencia.	84
▪ 2. ¿Y ahora quien podrá defendernos de la ineficiencia? ...	88
▪ 3. Soluciones al problema de eficiencia: Mejorar la calidad de la legislación e institucionalizar la retroalimentación. ...	89
▪ 4. El control de eficiencia poslegislativo: Retroalimentación institucionalizada.	92
CAPÍTULO VI. Perspectiva Económica: Evaluando la eficiencia del control de eficiencia poslegislativo.	96
▪ 1. Instituciones, decisiones y costos de transacción.	96
▪ 2. Cómo funciona la retroalimentación legislativa hoy en Chile.	98
▪ 3. Aprendizaje organizacional (PIRA): como modelo de retroalimentación.	100
▪ 4. La retroalimentación legislativa debe recaer en una institución permanente para ser eficiente.	102
▪ 5. Mejorando el desempeño económico con el control de eficiencia poslegislativo.	104
CAPÍTULO VII. Derecho Comparado o como han Enfrentado el Problema de la Ley en otros Países.	106
▪ 1. Inglaterra: redactores de la ley. <i>Office of parliamentary Counsel</i> (Oficina del Consejo Parlamentario).	106
▪ 2. Estado Unidos: <i>Government Accountability Office, GAO</i> (Oficina de Auditoría Gubernamental) y la codificación desde abajo. ...	107
▪ 3. Francia: La segunda codificación y la comisión superior de codificación.	110

▪ 4. España: Comisión General de Codificación y cuestionario de evaluación de las leyes.	112
▪ 5. Lecciones del Derecho Comparado.	113

**TERCERA PARTE: EL CONTROL DE EFICIENCIA POSLEGISLATIVO:
CONVENIENCIA Y APLICABILIDAD AL CASO CHILENO.**

CAPÍTULO VIII. Problemas en el sistema legislativo Chileno: un Congreso con personalidad histriónica opacado por el presidencialismo. 117

▪ 1. Proliferación legislativa y lo urgente para los medios de comunicación.	118
▪ 2. Acceso a Información tendenciosa para decidir: La participación de los gremios en las comisiones legislativas. ...	121
▪ 3. La preponderancia del Poder ejecutivo en la legislación Chilena con datos.	124
A) Moción Versus Mensajes, Leyes aprobadas. ...	124
B) ¿Quién tiene la iniciativa en la presentación de modificaciones a las leyes?	125
C) Moción versus mensaje; porcentaje de aprobación durante los años 2008 al 2010.	126
▪ 4. Principio de Mayorías y principio de la negociación. ...	127
▪ 5. Consideraciones.	129

CAPÍTULO IX. La Creación legislativa en Chile: reconociendo la antigua conexión entre los especialistas y la redacción de una ley. 130

▪ 1. ¿Quien redacta las leyes?	130
▪ 2. Las comisiones legislativas permanentes y sus fuentes de información.	132
▪ 3. Comisiones de reforma y su integración especializada. ...	134

▪ 4. Consejos de especialistas los cuales no son escuchados por el legislador.	137
▪ 5. El costo de persistir en el error.	140
CAPÍTULO X. El control de eficiencia poslegislativo: una solución ventajosa a los problemas legislativos.	141
▪ 1. El problema: Irresponsabilidad del Estado por sus leyes y no control de los efectos de la ley en Chile	141
▪ 2. Las comisiones investigadoras no son, ni serán un buen sistema de control.	143
▪ 3. Una oficina de evaluación legislativa es insuficiente. ...	147
▪ 4. El control de eficiencia poslegislativo: Una retroalimentación continua y funcional.	150
CAPÍTULO XI. Control de Eficiencia Poslegislativo: Esbozos de un proyecto en Chile.	152
▪ 1. Rango Constitucional.	152
▪ 2. Órgano Autónomo (descentralizado), con patrimonio propio y de carácter técnico.	154
▪ 3. Composición multidisciplinaria y de carácter docente.	155
▪ 4. Iniciativa legal regulada y autónoma en relación al sistema de urgencias del presidente.	157
▪ 5. Propuesta y advertencias finales.	159
CONCLUSIÓN	163
BIBLIOGRAFÍA	174

RESUMEN

La ley es un instrumento para la comunicación y como tal es imperfecto; históricamente no se ha podido reconocer este problema como tal. Al reconocer aquello debemos replantearnos las instituciones del derecho actual y en ese camino, veremos los sistemas de control, para llegar a concluir que falta institucionalizar un sistema de control de eficiencia poslegislativo (SCEP). Dicha institución, funcionaría dando la retroalimentación faltante al sistema, entregando información al legislador de que fue lo que ocurrió con la ley luego de que esta entro en vigor. Aquella información procesada permitirá aprender de la legislación, corregir errores, conocer la práctica de los tribunales y finalmente permitirá generar leyes más eficientes; contando con la información necesaria para tomar mejores decisiones. Cuestión que es importante para Chile, permitiendo redistribuir eficientemente los recursos económicos y dar más seguridad al sistema. Haciéndose así, atrayente para la inversión extranjera (reglas claras); produciendo un fomento al crecimiento económico del país.

ABSTRACT

The law is a tool for communication and as such is imperfect; historically has not been able to recognize this problem as such. Recognizing that we must rethink the institutions of current law and in that way, we will see the control systems, to conclude the lack of an institutionalizing system of pos-legislative control of efficiency (SPCE). The institution, operate giving the missing feedback to the system, delivering information to the legislature of what happened with the law after it entered into force. That processed information, will aloud the legislator to learn from the legislation, correct mistakes, knowing the practice of the courts and finally will generate more efficient laws; counting with the necessary information to make better decisions. That it is important for Chile, allowing redistribute resources economically efficient and provide greater security to the system, thus, attractive to foreign investment (clear rules); producing a promotion to economic growth of the country.

PORTADA ALTERNATIVA

LA LEY TAMBIEN ES UN PROBLEMA

LA NECESIDAD DE INSTITUCIONALIZAR LA
RETROALIMENTACIÓN
EN EL SISTEMA LEGISLATIVO



JUAN CRISTÓBAL SEPÚLVEDA COFRÉ
SANTIAGO DE CHILE
2012

PREFACIO

La idea madre de esta investigación partió en el año 2003 cuando en mi primer año de universidad, cursando la cátedra de Introducción al Derecho, en la facultad de derecho de la Universidad de Chile, me encuentro con el texto de **Agustin Squella**, *La Cultura Chilena*¹ que plantea una división de culturas entre quienes manejan las leyes y quienes son destinatarios pasivos de ellas. En aquel texto se planteaba que era preferible que ambos mundos la cultura jurídica interna y externa estuviesen en contacto (comunicación como lo esbozare aquí). ¿Pero como lograr aquello? ¿Cómo interrelacionar a ambas culturas? ¿Los legisladores a que cultura pertenecían? ¿El pueblo era capaz de comprender una ley? Teniendo presente que el destinatario de la ley es el pueblo ¿Si el pueblo no fuese capaz de entender una ley o a la cultura jurídica interna como aplicarían las leyes en la practica? Esas fueron las primeras interrogantes que me motivaron a investigar.

Con esas preguntas dando vueltas en mi mente, empecé a buscar información al respecto en Internet y en la biblioteca de la facultad. Luego de varias búsquedas me di cuenta que el tema, no era popular, es más ese era un tema que no se investigaba, sino que se tomaba como dado por cierto (Paradigma). Es decir, la ley se respetaba y aplicaba de forma mágica por el hecho de ser ley, en otras palabras se resumía con la frase celebre de **Montesquie** “*Los jueces son la boca de la ley*”². Si bien es cierto que gran parte de la literatura decía que esto no era así y que el juez hace mucho tiempo hace un proceso de interpretación de la ley como fuente de derecho, no es menos cierto que la literatura sólo se refería a la aplicación de la ley por parte de los jueces, abogados y docentes. Nunca se detenían en como aplicaban la ley las personas legas (pertenecientes a la cultura jurídica externa). Es ahí cuando me encontré con la nomenclatura de **Nicklas Luhmann**³ quien describía como sociólogo porque el derecho no se interesaba por esa pregunta, en resumen debido a la clausura operativa del sistema

¹ SQUELLA, Agustín, “La cultura jurídica chilena: antecedentes, estado actual y proyecciones de una discusión”, en Agustín Squella N. (ed.), *Evolución de la Cultura jurídica Chilena*. Corporación de promoción universitaria. Santiago. Chile. 1994.

² MONTESQUIE, El Espíritu de las Leyes. Francia. 1748.

³ LUHMANN, Nicklas. *El Derecho de la Sociedad*. Primera edición en Español. México, Universidad Iberoamericana, 2002.

de derecho y así descubriría por primera vez que el punto ciego del sistema de derecho era la aplicación de las leyes por la cultura jurídica externa.

Con estas ideas en mente en el año 2004 trate de hacer mi primer ensayo titulado “El valor, que le otorga la cultura Jurídica Interna, a la norma en su actuación con la sociedad y su funcionamiento” buscando demostrar el punto ciego que tenía el sistema de derecho y la poca correlación que tenían el deber ser de la norma con la practica de ellas. Este ensayo no fue terminado pero en el año 2005, replantee esta idea con un ensayo, para el II Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional de la Universidad de Chile, llamado “Tomando las Leyes en Serio: aumentando la eficacia y sensibilidad del legislador” en el buscaba mostrar el punto ciego nuevamente y defendía la idea y necesidad de un *Feedback* (retroalimentación) al legislador (comunicación entre los jueces y el legislador). Este ensayo no fue seleccionado, haciéndome ver que si bien tenía ideas originales, eso no era suficiente y que la forma como plantear dichas ideas era importante. De ahí en adelante y teniendo fe en mis ideas, estudie con mayor exhaustividad el tema, encontrándome con mucha información nueva y así perfeccione el planteamiento de la institución de evaluación de las leyes. De esa forma en el año 2007 y en mi último año de universidad, para el III Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional de la Universidad de Chile, logre presentar mi trabajo llamado “La ceguera del Control Constitucional: La Ley Ineficiente pero Constitucional” En él logre demostrar concretamente el punto ciego, al existir leyes que pasaban todos los controles de constitucionalidad, siendo validas pero inaplicables por ser ineficientes. Dichas ideas recibieron muy buena crítica, lo cual me motivo a desarrollarlas extensamente en la presente memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

En el año 2008 recibí la beca de la Honorable Cámara de Diputados de la República de Chile, para memoristas universitarios, con el anteproyecto de tesis titulado “La Necesidad de la Institucionalización de la Retroalimentación en el Sistema Legislativo”. A su vez en ese mismo año me encontré con las investigaciones de Ángela Galiana Saura⁴, las cuales

⁴ GALIANA SAURA, Ángeles, La Ley: Entre La Razón y la Experimentación. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2008.

importe desde España e incorpore ya que seguían una línea de investigación parecida a la mía; lo cual validaba mi línea de investigación.

En el año 2009, empecé a vivir las consecuencias económicas y morales de la enfermedad de mi padre el cual tuvo a fines del año 2008 una endocarditis bacterial, junto unos infartos cerebrales, entre otras cosas. Esta situación hizo que no avanzara mucho.

En el año 2010, mi padre mejoro y a su vez termine de pagar las deudas de arrastre. También termine mi practica profesional, todo aquello me dio la tranquilidad para retomar mi tesis y contrastar la practica profesional con lo enseñado en la universidad. En ese encuentro me di cuenta de los límites de la ley en la práctica y de cómo los patrocinados interpretaban la ley o lo que ellos creían que eran sus derechos. A finales del 2011, fui demandado por un hecho injusto, y ahí aprendí personalmente la importancia de la ley y su revisión jerárquica; para mantener un Estado de Derecho.

Es así como reflexione sobre las ideas planteadas en el anteproyecto y me di cuenta que la teorías de la legislación nunca van a eliminar por completo la discreción judicial. Por ello el complemento entre las teorías de la legislación y las teorías de imputación no es excluyente, como lo había planteado en el anteproyecto, sino necesario e interdependiente, como lo desarrollaré a lo largo de está memoria. Los jueces son los guardianes de las leyes, pero las leyes también son los guardianes de los jueces.

Esperando que este sea una paso más en el desarrollo del sistema legislativo y estando a tiempo; los invito a leer está memoria.

Juan Cristóbal Sepúlveda Cofré.

11 de Marzo, 2012.

Santiago, Chile.

INTRODUCCIÓN

En Chile cuando salimos a la calle podemos observar principalmente tres posturas muy claras en relación a las normas. El primer grupo de personas cree que lo que dice una norma es una máxima que debe ser acatada (sin diferenciar si es moral o legal). El segundo grupo cree que una norma debe ser respetada por la sencilla razón de ser una ley, no importando el contenido normativo (legalistas). Por último, vemos un tercer grupo de personas que no obstante saber que la ley es algo importante y una buena razón para obedecer; consideran que es necesario que el destinatario de la norma adquiera más razones que las legales para obedecer. Para ahondar en aquello veamos los siguientes ejemplos.

Cuando vamos a la iglesia podemos observar que los fumadores no se ponen a fumar adentro de ella y que incluso apagan el cigarro antes de entrar. ¿Por qué la gente hace eso? Una respuesta que se da desde siempre es que ello se hace por respeto a Dios (norma moral). Empero desde el año 1995¹ podemos sostener que existe una ley que prohíbe fumar en un lugar cerrado sin ventilación, por ende al ser una iglesia un lugar cerrado sin ventilación, esta prohibido fumar (norma legal). Pero también puede ser que cuando el sujeto saca su cajetilla de cigarrillos para fumar, leyó en la etiqueta que el tabaco le producía cáncer (ley antitabaco²) y que por eso decidió no fumar. En dicha situación no podemos diferenciar si una persona actúa en razón a respeto a Dios (norma moral) o si es porque existe una ley que prohíbe fumar ahí (Legalistas) o debido a que tomo conocimiento que el cigarro le producía cáncer (salud). Lo único que podemos sostener es que la persona no está fumando y que se comporta como un ciudadano fiel a derecho.

Lo mismo ocurre cuando vemos un automovilista que respeta la velocidad máxima en una carretera. Aquella conducta puede generarse debido a que su auto tiene un desperfecto que no le permite ir más rápido. Otra situación más común se da cuando el

¹ Año en que entra en vigencia la ley del tabaco, que regula por primera vez las actividades relacionadas con el tabaco, N° 19.419, Chile, 1995.

² Ley antitabaco N° 20.105.- del año 2006, que introduce la obligación que en cada cajetilla se introduzcan frases como que el tabaco produce cáncer y el tabaco mata, hechas por el ministerio de salud.

sujeto respeta la norma porque vio a un policía que esta cerca del lugar. O debido a que decidió respetar la norma gracias a las campañas publicitarias del gobierno que dicen frases como “*el impacto dura toda la vida*”³. Observamos el cumplimiento de la norma pero no las razones de aquel cumplimiento.

Lo particular de estos dos ejemplos es que nos demuestran que el Estado laico no usa la moral (primer grupo) para hacer respetar la norma. Hoy estamos viendo que el Estado tampoco es quien busca que las normas se respeten solamente por el uso de la fuerza de la coacción (segundo grupo), sino que esta buscando y agregando razones extrajurídicas (tercer grupo). En otras palabras el Estado esta reconociendo en su actuar que la ley no es suficiente. En el primer ejemplo agrega que (el tabaco produce cáncer) y en el segundo ejemplo (el impacto dura toda la vida). Lo que analizaremos durante la presente memoria, es que el Estado actúa de esa forma debido a que comprendió que la ley no es una razón excluyente y que si el Estado busca obediencia debe entender que sus leyes se relativizan en su aplicación. Yo considero que ese hecho que vemos principalmente en leyes de salud y transito debe ser extrapolado e imitado en todas las leyes. Al reconocer aquella situación al Estado se le genera la obligación de controlar sus leyes, ya que el hecho de existir una ley no garantizaría su aplicación. Empero actualmente nos encontramos como una institucionalidad donde quien crea las leyes es un órgano diferente e incomunicado del que las aplica. Tratar de generar la institucionalidad necesaria para la comunicación⁴ entre los órganos del Estado creadores de leyes (ejecutivo y legislativo) y los aplicadores de leyes (judicial y ejecutivo); es el fin de esta memoria. Sólo generándose ese puente el legislador podrá asumir que la ley no es suficiente. Podremos constatar que la ley no es el fin de los problemas, sino una etapa más y que por ello debe existir control continuo (retroalimentación). De esa forma se generará la información necesaria para que el legislador pueda cambiar y mejorar las leyes; para así lograr el efecto planteado.

³ Campaña de prevención de accidentes de transito asociados al consumo de alcohol: servicio nacional para la prevención y rehabilitación del Consumo de Drogas SENDA(ex Conace), Septiembre 2011. www.senda.gob.cl video en: www.youtube.com/watch?v=b5ekc37_abm

⁴ Comunicación en el sentido de Luhmann, explicada en: LUHMANN, Nicklas. El Derecho de la Sociedad. Primera edición en Español. México, Universidad Iberoamericana, 2002. p33. Si bien recojo la Teoría de la Comunicación de Luhmann, no defenderé en esta memoria la teoría de sistemas, ya que el fin de esta memoria es proponer y no sólo describir.

Con esta postura estamos cuestionando la autoridad de la ley, pero más que cuestionar es poner la ley en su lugar, no siendo ni muy ingenuo creyendo que sólo los malos desobedecen las leyes, ni muy pesimista pensando que la ley no sirve de nada. Por eso debemos abordarlo de dos formas, primero como validez del problema planteado y segundo como validez de la solución planteada. Como validez del problema, si los destinatarios de la norma obedeciesen siempre la ley y los jueces fueran solamente la boca de la ley, lo que estamos haciendo es negando el problema de interpretación, comunicación y aplicación. Pero si vamos al otro extremo y decimos que nadie obedece la ley debido a que la ley no tiene ninguna fuerza coactiva, lo que hacemos es negar la solución de la retroalimentación para que el legislador vea si dicta una nueva ley o no. No tiene sentido mejorar una ley antigua y cambiarla por una nueva si nadie obedece la ley. En el balance de estas dos posturas, está el éxito y factibilidad del planteamiento de esta memoria.

Ahora bien, ¿Qué es una ley? Para que una ley exista y podamos reconocerla debemos tener un contexto y ese contexto se da principalmente por la existencia de una sociedad determinada, con costumbres, tradiciones y un idioma predominante. En la actualidad es común que se tenga también un Estado, una historia y un territorio. En ese contexto se introduce el concepto de ley, pero en sí la ley es inútil, está debe ser comunicada y enseñada a la gente. Así es como, desde pequeños se nos enseña en las escuelas y en nuestros hogares que debemos respetar la ley (método de endoculturación avanzado). Se nos dice también que debemos seguirlas por ser categorizadas como leyes más que por su contenido; que nos dice generalmente las consecuencias jurídicas de contradecir el contenido normativo. No se nos enseñan todas las leyes (ni siquiera en la educación universitaria especializada), pero si se nos enseña que si hay una ley debemos obedecerla. Con esa idea la gente en una sociedad se mueve con ciertas expectativas. Lo mágico es que si bien la mayoría de la gente en una sociedad no sabe cómo definir o reconocer a una ley, no obstante, si saben para que sirve una ley y la utilización de esta es unívocamente como un algo que nos permite resolver nuestros problemas y guiar nuestros actos. ¿Pero cómo algo que no conocemos bien y no sabemos reconocer bien va guiar nuestros actos

y resolver nuestros problemas? Si podemos reconocerlo e identificarlo bien podremos comportarnos como la ley quiere que lo hagamos. Pero si no conocemos la ley, o la entendemos de otra forma, o si sencillamente actuamos porque creemos en nuestro fuero interno, que las cosas son así y pensamos (sin confirmar) que debe haber una ley en particular que nos ampare; será difícil comportarse según la ley. Un letrado contestaría indignado diciendo que la ley se presume de todos conocida, así lo dice nuestro Código Civil⁵. Pero todos sabemos que esa es una gran mentira y que nadie conoce las más de 20.000 leyes que hay en Chile. Así las cosas, cabe cuestionarse esa simple y potente idea que maneja un lego, respecto a que la ley sirve para guiar nuestros actos, resolver nuestros problemas y que es compartida en parte por los académicos del derecho⁶. ¿Puede haber obediencia a la ley si no hay conocimiento de la ley? Por más extraño que parezca la respuesta anticipada es sí. Si puede haber un hábito de obediencia, como lo exige Bentham⁷, pero eso no implica que la gente conozca e intérprete de forma correcta la ley y sus derechos⁸. La ley o leyes se aplican para el conflicto dado, por los abogados que generalmente actúan ex post de ocurrido un conflicto. De esa forma el texto de la ley toma su significado en el contexto del conflicto jurídico. Pero la gente en general (destinatarios de las normas), no anda buscando conflictos y menos conflictos judiciales, por ello busca no judicializar los conflictos, lo cual es siempre un incentivo a las cada vez más comunes salidas alternativas. La clave está en que la gente evita los conflictos y en especial los conflictos judiciales; por ello si conoce o ha oído de una ley que dice que no se puede hacer algo, generalmente buscará no hacerlo y si lo hace por lo menos tomará precauciones para que no se sepa que lo hizo.

Si tomamos en cuenta que la gente no actúa por conocimiento de las leyes, sino por lo que ellos creen que es la ley, la pregunta que debemos formularnos entonces es: ¿Qué es lo que verdaderamente hace la ley en la práctica? No lo que alguien o

⁵ Artículo 7. Código Civil de la República de Chile. “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”.

⁶ HART, H.L.A. Post scriptum (El concepto de derecho). [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 65 Verano 1997. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010]. p242-p243.

⁷ BENTHAM, Jeremy, A fragment on government and introduction to the principles of morals and legislation, Basil Blackwell, Oxford. 1960. p38.

⁸ El desarrollo de esta idea se dará especialmente en el capítulo 2.1.

muchos quieren o han querido que ocurra y que plasman en papeles que se publican en todas partes. No hay que seguir preguntándose; ¿Qué es lo que es la ley? ¿Qué es derecho? ¿Qué es el deber ser de la ley? ¿Cuál es la norma de reconocimiento? De esa forma nos quedaremos siempre en un juego abstracto de lógica, reglas y paradigmas; que no son capaces de dar cuenta de cómo funciona el derecho⁹. Tampoco hay que indagar en las intenciones de los legisladores (Interpretación Originaria) para ver cómo funciona una ley en la práctica, eso son resabios de las antiguas teorías de comunicación. Sino que al contrario, hay que salir del congreso, ver en los tribunales y en las calles como se aplica la ley; así se ve su funcionamiento y finalmente se ve si lo que los legisladores querían que pasara, paso o no.

Me encantaría que la ley funcionara como una *razón excluyente* según lo planteado por **Joseph Raz**¹⁰ o como planteaba **Montesquieu**¹¹ que los jueces fuesen la boca de la ley. Pero pensar que la ley por el sólo hecho de publicarse va a cambiar el sentido y la forma de actuar de las personas (o de los jueces) es algo poco probable; así también como pretender que la ley va a resolver nuestros problemas es iluso. Si puede haber cambios de forma, pero en el fondo es difícil que alguien actúe en contra de lo que piensa y cree; esa dificultad es la que no puede ser ignorada en pos de la creencia absoluta de la certeza jurídica y debe ser problematizada de forma tal que la certeza jurídica no sucumba ante la adecuación de la norma al caso concreto.

Yo planteo a partir de una observación; que la ley se ocupa cuando hay un conflicto, llegando al extremo de decir que cuando no hay conflicto, no hay posibilidad de conocer el sentido de la ley (fenomenología Hermenéutica¹²). Así nos podemos dar cuenta que la ley, es una vía de escape cuando no podemos resolver nuestros problemas, como un piso para negociar una salida. Pero principalmente está ahí para

⁹ Crítica especialmente desarrollada en contra del positivismo en GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz y PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Postivismo Blando y la distinción entre derecho y la moral. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), pp. 63-79, <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

¹⁰ RAZ, Joseph. *Razón practica y normas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991, Traducción Juan Ruiz Manero.

¹¹ MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes. Francia. 1748.

¹² RICCEUR, Paul. *Del Texto a la Acción, Ensayos de hermenéutica II*, Fondo de Cultura Económica, México., primera Reimpresión 2004.

limitar nuestras reacciones, para eliminar finalmente la última opción, cuando la comunicación, confianza y los acuerdos fallaron; es decir la auto-tutela aparejada generalmente de violencia desmedida. Comprendiendo la ley de esa forma entendemos la ley del talión, “*ojo por ojo, diente por diente*”, como la primera forma de limitar una reacción agresiva ante un conflicto (un estándar que limita nuestra reacción), sólo hasta el monto del daño causado. Luego podemos observar que el hombre ha evolucionado a un mayor control de aquella reacción ante un conflicto (la coerción pasa exclusivamente al Estado), siempre reduciéndose la reacción agresiva y traspasando dicha reacción hacia el Estado, llegándose incluso a eliminar la pena de muerte en gran parte de los países de cultura occidental. Pero lo que no ha cambiado, es ese punto de partida, que como un axioma aparece cuando juzgamos una situación, no nos parece bien o justo que la reacción sea mayor al daño causado, así por dañar un diente se pierda un ojo¹³.

Pero la ley no es sólo un límite, nos da también un punto de apoyo, una certeza ante la pregunta *¿qué pasaría si?* Si bien es cierto que esa respuesta no es tajante y generalmente se da en términos de probabilidades, no es menos cierto que decidir teniendo en cuenta un dato estadístico es mucho mejor que decidir sin información alguna; ese dato nos tranquiliza y nos permite entender qué es lo que estamos haciendo. A su vez, el derecho y los códigos juzgan nuestro actuar en relación a la información que tuvimos en cuenta, para decidir de una forma dada. Por lo general una persona va a creer siempre que hace lo correcto, empero siempre podemos juzgarla a posteriori, según parámetros sociales, así en nuestro Código Civil se clasifican los actuantes (deber de diligencia) según si hubo dolo, culpa grave, leve o levísima¹⁴. Aquí se generaría un doble razonamiento relativizado. Primero una persona se convence de su actuar y de su razonamiento y luego ese razonamiento de forma hipotética debe pasar el supuesto de que ocurriría si el razonamiento es expuesto a un juez. Con esa respuesta más la probabilidad de ser atrapados el sujeto

¹³ Esto aún tiene aplicación en derecho penal, empero aquel principio en otros países aplicándose a materia civil ha tendido a desmoronarse específicamente en la responsabilidad civil; aplicando el concepto de daños penales, para evitar que se vuelva a producir.

¹⁴ Artículo 44 del Código Civil Chileno, 2012.

deberá decidir. Si creemos esa idea¹⁵ dejamos de creer en la razón excluyente y ponderamos la ley como una razón probable. La llamada razón excluyente (ley) se pondera considerando principalmente tres factores (1) la probabilidad de que a uno lo descubran (2) el tipo de sanción que conlleva la infracción a la norma y (3) probabilidad de éxito en que a uno lo declaren culpable (factibilidad de prueba y costo del proceso); esa ponderación es ampliamente estudiada por la rama ya no tan nueva del derecho llamada análisis económico del derecho. Todo esto, nos ayuda a entender que los sujetos relativizan la ley, y la ponderan como una razón igual que cualquier otra¹⁶; y como hipótesis no veo razón alguna para que los jueces y abogados sean una excepción a este postulado.

La ley deja de ser una razón excluyente, pero no es una razón ponderable como cualquier otra, está tiene una mayor valoración. Por eso yo digo que es una razón suficiente, si yo cito a una ley no es necesario que haga un razonamiento posterior, en cambio si quiero ir en contra de una ley, o sin ir en contra decir que este es un caso con un tratamiento especial, debo hacer un razonamiento posterior que debe ser expuesto. Esto ocurre porque la ley tiene aparejado el poder del Estado. Dicho poder, dicha fuerza centralizada es la que permite que se le tenga respeto a la ley y se la considere al momento de ponderar razones como un argumento más fuerte que otro (razón suficiente pero no excluyente). Existe la posibilidad cierta (expectativa) de que cuando se cumpla el supuesto de hecho de la norma, ocurran las consecuencias jurídicas de dicha norma, y eso está dado por las instituciones del Estado de Derecho¹⁷.

Ahora bien, tomando en cuenta que existe la expectativa de que se cumpla el derecho, siempre esta y estará el hecho de que hay gente que no cumple con lo que

¹⁵ Idea que se desarrollará en el capítulo 2.

¹⁶ Si bien es cierto que RAZ, Joseph, Óp. Cit. plantea la razón excluyente en última instancia para los jueces, se me hace difícil creer que los jueces queden fuera de dicha regla, aunque los positivistas lo deseen con muchas fuerzas.

¹⁷ Las dificultades de no existir aquel sistema de apoyo a la ley, las podemos observar en la práctica del derecho internacional, donde los tratados previos no son el fundamento que evita los conflictos graves (fronterizos) sino más bien la equidad, los mediadores y las negociaciones que se dan en pos de evitar la guerra. No se negocia para evitar las consecuencias jurídicas de un tratado o el reproche de la comunidad internacional; aquellas cosas pasan a un segundo plano debido a que como resalto, no hay un control exclusivo y excluyente de la coerción por parte de una institución (critica al consejo de seguridad de naciones unidas) superior la cual pueda someter a los Estados.

dicta la ley. ¿Que ocurriría si nadie obedece una ley? ¿Por el hecho de no aplicarse una ley en el tiempo está ley queda derogada? ¿Por cuánta gente y por cuánto tiempo debe ser ignorada una ley para poder sostenerse que está se derogó tácitamente? ¿Existe la derogación de una ley de forma tácita? Si bien el Derecho es contrafáctico¹⁸, no por que la gente no siga una norma esta va a ser derogada. No es menos cierto que una costumbre contra ley generalizada y aceptada, más temprano que tarde empezará a ganar apoyo en los académicos del derecho, a continuación empezará a cambiar las decisiones de los jueces en relación a castigarla y luego desmotivará el inicio de procesos en relación a ese tema, para finalmente terminar en dos opciones: (I) una donde los tribunales toman una posición muy parecida al *stare decisis*¹⁹ del *common law*²⁰ (precedente por autoridad²¹) que hace incuestionable el tema para los operadores del sistema o (II) si existe algún caso polémico que demuestre la falencia de la ley para la opinión pública, los legisladores enmiendan la ley. Como ejemplo de la primera situación en Chile podemos citar la introducción del concepto de daño moral, en responsabilidad civil, principalmente en la responsabilidad contractual²² donde el texto legal es claro en no aceptarlo, pero que hoy en la práctica se acepta. Como ejemplo de la segunda situación están las mociones de ley con nombre como por ejemplo la ley Christell sobre trabajo infantil²³, actualmente los proyectos de ley que nacen o toman fuerza a raíz del accidente de los treinta y tres mineros atrapados en la

¹⁸ LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1983 y en JAKOBS, Gunther, Derecho Penal parte general, Fundamentos y teoría de la imputación. 2 edición, Marcial Pons, Madrid.1997.

¹⁹ Precedente doctrina más información en LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio Cesar. Naturaleza y dimensiones del “*stare decisis*”. Revista Chilena de Derecho. V. 33. N. 1. Santiago, 2006 [En línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100007&script=sci_arttext] [Consultada: 22 de Noviembre 2010].

²⁰ Derecho de Común, exponentes Estados Unidos y Reino Unido, más información Ibíd.

²¹ En Chile, no existe el precedente, pero hay profesores y abogados que consideran que lo que diga la Corte Suprema es vinculante, por su función uniformadora (nomofiláctica), que le corresponde por el recurso de casación principalmente. Idea en CAROCCA PÉREZ, Alex. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema. [En línea] *Ius et praxis*. Año 4 N°1, U de Talca, Talca, Chile. 1998. [<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740112.pdf>]] [Consultada: 22 de Noviembre 2010].

²² Para ver este tema, resumen de PIZARRO, Wilson, La responsabilidad Contractual en el derecho Chileno. Fundación Fueyo. Universidad Diego Portales, Chile. [En línea] [Consultada: 22 de Noviembre 2010] [www.fundacionfueyo.udp.cl/investigacion/pubpizarro/responsabilidad_contractual.pdf]

²³ BUSTOS, Andrea. Trabajo infantil ¿En las aulas o en las calles? [En línea] Biblioteca Congreso nacional [http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/trabajo-infantil-en-las-aulas-o-en-la-calle] [Consultada: 22 de Noviembre 2010]

Mina San José²⁴. Pero también están otras leyes menos circunstanciales como la abolición de la pena de muerte.

En relación a esta segunda situación, la de iniciativa parlamentaria o ejecutiva, podemos subdividir en categorías, (I) las que agregan más leyes a lo existente y (II) las que enmiendan o modifican las leyes preexistentes. Generalmente nos encontraremos con la primera situación debido a que los legisladores y los gobiernos en general basan sus programas en hacer leyes. Ahora bien esas leyes se presentan como si fuesen la solución a los problemas. Pero lo que verdaderamente ocurre es que se provoca una sobrepoblación de leyes que en vez de ayudar al sistema generan inestabilidad en el sistema²⁵; lo que es un problema. Algunos catedráticos del derecho no intentan mejorar el sistema jurídico por el cambio legislativo sino por la vía de convencer y plantear sus posturas a los jueces y operadores del sistema, de forma de generar una *Stare decís* de forma supra legal. Pero ese balance en un sistema de tradición civil es muy delicado y complicado; así aquellos profesores no logran ver que se encuentran apostando a que la ley no va a cambiar, ya que si la ley cambia, sus teorías se desmoronan, de una forma muy rápida y probablemente ellos no logren reconstruirlas en el nuevo ámbito normativo.

En Chile somos herederos de la tradición civil²⁶, por ello la primera postura de un *stare decís*, si bien en un comienzo se nos hace lejana, por tradición, hoy en la praxis y en los operadores del sistema tiende a ser la solución. Reformas en ese sentido se han dado con cosas, como la actual facultad del Tribunal Constitucional de declarar la inaplicabilidad de una norma por inconstitucionalidad con efecto General (basándose en su jurisprudencia)²⁷, si a ello le sumamos el recurso de casación y la no reformada autoridad disciplinaria de la Corte Suprema; nos damos cuenta que en Chile tenemos un sistema mixto. Ante esta situación podemos generar tres soluciones: (a) dar un

²⁴ PARLAMENTARIOS llaman al gobierno a retomar proyecto sobre seguridad laboral [En línea] Diario Electrónico U. de Chile, [<http://radio.uchile.cl/noticias/87098/>] [Consultada: 22 de Noviembre 2010].

²⁵ LA PROLIFERACIÓN legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho, Aurelio Menendez “Et Al”. 1era Edición. España, Editorial Thomson Civitas, 2004.

²⁶ Civil tradición, según el concepto de MERRYMAN. Óp. Cit.

²⁷ Reforma implementada en el año 2005. Para ver más sobre aquello ver VEGA, Francisco y ZUÑIGA, Francisco. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional. Teoría y práctica. Estudios Constitucionales. Año 4 n°2, Universidad de Talca, Chile. 2006. p.149.

paso más y transformarnos al *Common Law*, (b) eliminar y retroceder en el avance en ese sentido o (c) generar una solución mixta y propia; esta última idea la desarrollaremos con la detención necesaria a lo largo de la memoria, ya que el planteamiento de la memoria va en esa tercera vía.

En otros países que comparten nuestra misma tradición civil, se les ha planteado el mismo problema, y alguna parte de la doctrina está planteando una nueva salida a este dilema, se plantea la segunda codificación y la racionalización de las leyes²⁸. Dentro de esta línea de pensamiento es que yo planteo y quiero aportar al debate con esta memoria, proponiendo un sistema de control de eficiencia poslegislativo que permita darle retroalimentación al sistema legislativo para que se decida con mejor información. Generar un método donde el poder legislativo pueda aprender y adquirir experiencias para que el “*know how*” (saber hacer) acumulado se traspase y se logre una sinergia del conocimiento legislativo. El llamado que quiero hacer es muy parecido a lo que planteaba René Descartes en su tiempo, dirigido a la ciencia con “El discurso del método” pero yo lo veo aplicado a la legislación. Es decir, un método para aprender de las leyes y las experiencias que se han tenido en el pasado, para que no se vuelvan a cometerse los mismos errores y empezar de cero, cada vez que queremos legislar sobre algo:

...todo lo que se sabe no es casi nada en comparación con lo que queda por saber... Si no nos impide la brevedad de la vida o la suficiencia de las experiencias, juzgué que no habrá mejor remedio contra estos dos obstáculos que comunicar fielmente al público lo poco que hubiera hallado, e invitar a los buenos espíritus a tratar de pasar más allá, contribuyendo, cada cual según su inclinación y poder, a las experiencias que sería preciso hacer y comunicando asimismo al público todo cuanto aprendieran, a fin de que, comenzando los últimos donde los precedentes hubieran terminado, y uniéndose así las vidas y los trabajos de varios, fuéramos todos juntos mucho más lejos de lo que podrá hacer cada cual por sí sólo.²⁹

No sostendré que existe una verdad objetiva que podamos descubrir, pero si sostendré que debemos aprender de nuestras experiencias y que dichas experiencias

²⁸ Estos temas los veremos en extenso en el capítulo 7.

²⁹ DESCARTES, René. El Discurso del Método. Centro Grafico, Santiago de Chile, 2003. p69.

sirven (por lo menos como información) para futuras decisiones. Lo que yo quiero es que se haga un seguimiento a las leyes, entender que en un debate dado podemos tener muy buenas razones para decidir, creyendo que es lo correcto. Y por muy correctos e intachables argumentos se hayan esgrimido, los hechos y la aplicación a los casos concretos pueden destruir dichos argumentos. Otra cosa que hace obsoletas las leyes, es el paso del tiempo, normas claras pasan a obscurecerse. Así hemos dejados los carruajes por los autos y la riqueza pasó de lo inmobiliario a lo mobiliario (acciones), nació el internet y los celulares, todos eventos que cambian nuestras formas de ver y sentir el mundo; consecuentemente él mundo de 1857³⁰, no es el mismo del 2011. La experiencia es la forma de luchar contra el relativismo (demostrando que las cosas funcionan de cierta forma) y contra el absolutismo (demostrando que las cosas pueden ser de otra forma); aunque a veces nunca exista un experimento crucial.

La rapidez del cambio aumenta y las leyes también deben cambiar con esa velocidad, eso no va a generar una inseguridad jurídica; sino al contrario más seguridad. Pero esto no sólo es aplicable a leyes del ayer donde tengamos decisiones unánimes sino también para el futuro donde no tengamos decisiones unánimes, ¿Qué pasa cuando las posturas son divididas? ¿Qué pasa donde el único argumento a favor de otro es el de ser la mayoría? ¿Si las experiencias empíricas demuestran que la mayoría estaba equivocada, debemos revisar esa ley? Mi opinión es que sí; de esa forma creo que avanzaremos por el bien común más que por el sólo poder, para que de esa forma los futuros Copérnico³¹ no tengan miedo de demostrarle a la mayoría que ellos tenían la razón. No sostendré que la política deba supeditarse a la experiencia, debido a que aún tenemos un ámbito muy grande en nuestras vidas donde no tenemos experiencias o no existe un experimento crucial donde podamos decir que algo es o no es, por ejemplo la existencia de Dios. Mientras la razón no sea suficiente la política

³⁰ 1857 Año en que el Código Civil de Chile, hecho por Andrés Bello, entra en vigencia; cuyas varias de sus normas, con su terminología, perviven hasta el día de hoy.

³¹ Nicolás Copérnico, Autor de la “Revolución de la órbita celeste”. Donde planteaba que la tierra giraba alrededor del sol y no que el universo giraba alrededor de la tierra. Biografía en Enciclopedia Libre, Wikipedia [En Línea]. <http://es.wikipedia.org/wiki/Nicol%C3%A1s_Cop%C3%A9rnico> [Consultada: 10 de Diciembre 2010].

siempre existirá. Pero si pudiéramos hacer que la política, tomara más decisiones basadas en la razón que en la fuerza (de la mayoría) no veo por qué no avanzar en ese sentido.

Insisto que el debate no termina cuando se dicta una ley, sino que el debate es constante y en pos de aquello, quiero hacer una institución que logre acelerar los procesos y de esa forma arreglar las leyes más rápido, en comparación con un método no institucionalizado. Hay que reconocer que las leyes en la actualidad se revisan y se reforman, pero lo que yo postulo es que no se revisan a la velocidad adecuada que demanda la sociedad actual. La ley no es el fin de los problemas, sino que es un producto el cual hay que darle un seguimiento, al igual como se sigue un auto en una compañía de autos desde la cadena de producción hasta después de su venta, como cuando se llama a revisión un auto debido a que la automotora se dio cuenta de un problema en dichas series. En otras palabras, la ley no es el final de los problemas, ya que la ley también es un problema en si. La forma de continuar el debate legislativo, es para mí, generando una institución que haga un seguimiento a la ley y que vea los resultados de su aplicación, la evalúe y que entienda cómo los jueces aplicaron la ley nueva; todo ello generando la información necesaria para que el legislador puedan decidir si deben mantener o reformar una ley, ex post. Todo este sistema que planteo producirá un mayor bienestar en la sociedad y una utilización más eficiente de los recursos; bajo este principio estoy trabajando. Debido a que si es importante administrar los recursos propios, es aún más importante administrar los recursos de todos; cuestión que en países en vías de desarrollo como Chile, llega a ser algo crucial para llegar al desarrollo y atraer inversión extranjera.

Para sustentar todo lo antes dicho esta memoria se dividirá en tres partes. En la primer parte, analizaré la legislación como un problema de comunicación. Haremos un recuento histórico de los intentos por mitigar la incertidumbre y la interpretación de la ley (Capítulo 1). Ahí nos encontraremos y entenderemos que la incertidumbre no va a desaparecer sino que sólo se puede mitigar. El positivismo y el iusnaturalismo son superados por una teoría de comunicación, donde el enfoque está en el receptor más que en el emisor. Luego, con esa teoría de comunicación (Capítulo 2), pasaremos a ver

cómo la ley se obedece, pasando de una razón excluyente a una razón suficiente que puede ser derrotada por muy buenas razones. Para terminar (Capítulo 3) sostendré lo importante que es la ley y que las decisiones que se toman tienen un costo oportunidad para la sociedad. Veremos que el legislador no puede decidir con completa libertad sus leyes y que existe una responsabilidad asociada a sus decisiones. No obstante, los legisladores tomar una decisión constitucional pueden causar en ocasiones daño a la sociedad. De esa forma acuñaremos el concepto de la legislación óptima, la cual produce el efecto deseado al menor costo asociado.

En la segunda parte, empezaremos a innovar y plantearé que el ideal de la legislación óptima, se puede obtener con información que se produce por medio del control poslegislativo. Para ello analizaremos los sistemas actuales de control y el concepto de control en el derecho chileno (Capítulo 4). Para observar que el control actual es suficiente para lograr una ley válida, pero es insuficiente para lograr una legislación óptima. Luego construiremos las bases de un sistema de control poslegislativo (Capítulo 5), en el cual la eficiencia y la recopilación de información son las claves para poder decidir. Ahí veremos con profundidad la necesidad de que sea expuesta la evaluación. Conjuntamente veremos las implicancias económicas que tendría dicha institución (Capítulo 6), aplicando el concepto de economía institucional y volviendo a analizar el concepto de costo oportunidad de la legislación. Finalmente y para contextualizar dicha institución veremos la legislación comparada (Capítulo 7) que ha ido en una dirección parecida, a lo planteado hasta acá, para ello veremos las experiencias en ese sentido de Inglaterra, Estado Unidos, Francia y España.

En la Tercera y última parte, veremos la adaptación y aplicabilidad de toda esta construcción teórica al sistema Chileno. Para ello primero nos debemos situar en el contexto de Chile, así observaremos el sistema legislativo, para incluso diagnosticar que el congreso tiene una personalidad histriónica opacada por el presidencialismo (Capítulo 8). Este problema será expuesto por medio de gráficos y tablas que demostrarán que el congreso está manejado principalmente por el ejecutivo. La incidencia de los congresistas en las leyes aprobadas por el congreso es marginal. Otro aspecto del sistema legislativo que veremos, será que los especialistas (técnicos)

siempre han estado ayudando a la redacción y confección de las leyes (Capítulo 9). El principal lugar donde se desarrollan los especialistas es en las comisiones legislativas de forma permanente y en las comisiones de reformas legislativas de forma esporádica. Empero, existe aún mucha información generada por especialistas que no llega al Congreso, lo cual genera ineficiencia en la transmisión de información. Ante este panorama y en la búsqueda de la legislación óptima, se propone el control de eficiencia poslegislativo (Capítulo 10). Se constata nuevamente que no existen controles de la ley en la práctica y que el Estado es irresponsable por los efectos negativos que producen sus leyes. Las comisiones Investigadoras no son un buen sistema de control y la oficina de evaluación legislativa planteada actualmente, es insuficiente. Ante este panorama la solución es el control de eficiencia poslegislativo (Capítulo 11). Esta institución para su funcionamiento necesita que tenga un rango constitucional, que sea un órgano autónomo de carácter técnico y una composición multidisciplinaria que cuente con la confianza de los legisladores. No obstante, la particularidad y originalidad de esta institución será su iniciativa legal regulada con autonomía en relación al sistema de urgencias del Presidente de la República, lo cual le permitirá cerrar el ciclo de la comunicación, al intervenir directamente en el congreso.

Con este esquema de trabajo, se plantean múltiples y ambiciosos objetivos, no obstante, el objetivo fundamental es dejar planteado que la ley también es un problema y que se empiece a discutir sobre aquello. Buscaré que a lo largo de estas tres partes, el lector pueda entender el problema, vislumbrar una solución y luego comprender que dicha solución se adapta a nuestra idiosincrasia. Siendo ambicioso, no me quise quedar sólo en lo teórico y quise avanzar con la esperanza que mis ideas sean acogidas por los docentes y los legisladores, así me atreví a esbozar los lineamientos de un proyecto de ley. Esto es sólo un pasó más, no el final del desarrollo de estas ideas, que con ayuda de todos siempre pueden mejorar. Con toda esa fe, los invito a leer, cuestionarse, innovar y discutir esta memoria.

PRIMERA PARTE:
LA LEGISLACIÓN COMO UN PROBLEMA DE
COMUNICACIÓN.

“Nuestras visiones del mundo y de nosotros mismos no guardan registro de sus orígenes, las palabras del lenguaje (en la reflexión lingüística) pasan a ser objetos que ocultan las coordinaciones conductuales que las constituyen operacionalmente en el dominio lingüístico. De aquí que tengamos continuamente renovados “puntos ciegos” cognoscitivos, que no veamos que no vemos, que no nos demos cuenta que ignoramos. Sólo cuando alguna interacción nos saca de lo obvio –por ejemplo, al ser bruscamente transportados a un medio cultural diferente- y nos permitimos reflexionar, es que nos damos cuenta de la inmensa cantidad de relaciones que tomamos por garantidas.”¹

Humberto Maturana y Francisco Varela, El Árbol Del Conocimiento, (1984).

¹ MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco. El árbol del conocimiento. Editorial Universitaria, 17^{ta} edición, Santiago de Chile, 2005 p161.

CAPÍTULO I

LA HISTORIA DE LOS INTENTOS POR MITIGAR LA INCERTIDUMBRE DE LA LEGISLACIÓN.

En este capítulo veremos como históricamente se ha tratado de que el emisor de una norma no sea mal interpretado por su receptor. Antiguamente eran los césares luego fueron los reyes, hasta hoy, que son los parlamentos y congresos. El punto que debemos entender es que el problema de la antigüedad es el mismo de la actualidad, el éxito o el fracaso de comunicar el contenido de una norma a sus destinatarios; para que luego de ser comunicada, esta pueda ser obedecida. Muchos intentos y muchas explicaciones se han dado para este problema, pero todas están mal enfocadas porque todas se basan en el hoy antiguo paradigma de comunicación perfecta. Reconstruyendo el dilema, dentro de un nuevo paradigma comunicacional, nos permitirá superar la ya legendaria discusión entre el positivismo y el iusnaturalismo; planteándonos nuevas preguntas para nuevos y más complejos problemas.

1. La comunicación perfecta, como base de la Institucionalidad.

El origen de todas estas teorías se basa en que lo que el emisor quiere transmitir, es lo mismo que el receptor recibirá. Es decir, Si yo digo **Aa** el oyente entenderá **Aa** y no **Ac**. El contenido subjetivo, de un individuo o de una suma de individuos es transmitido para que se entienda esa subjetividad completamente por el receptor o receptores de aquel contenido. De esa forma, si una ley prohíbe el parricidio, todos entenderán que se trata de la prohibición de matarse entre parientes, a su vez entenderán lo que significa ser un pariente y lo que significa matar. Por consiguiente, nunca habrá malos entendidos y cuando una persona diga que no entendió la norma, eso pasa a ser un imposible donde se presume mala fe². Hoy ese concepto de comunicación esta siendo

² Como ejemplo de cómo nuestras leyes se basan en eso tenemos Artículo 706 Código Civil de Chile “...El error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”.

destruido por dos teorías la teoría de la acción comunicativa de J. Habermas³ y la teoría de la Comunicación como Sistema de N. Luhmann. Empero, dichos autores son del siglo XX, y anteriormente el mundo se describía y creaba en pos del antiguo paradigma comunicacional ya descrito, así toda la institucionalidad, la separación de poderes, y la creación de la constitución se basaron en el antiguo paradigma. Dicha forma de entender la comunicación, si ha sido funcional durante muchos años, pero en la actualidad empieza a dejar de ser funcional. En el pasado se manifestó el germen que hoy ha culminado desatando las crisis de la ley. En esa época se enfrentaron los problemas, sin éxito, debido a que dichas soluciones se encasillaban dentro del paradigma de comunicación perfecta. Así las cosas, los intentos por bajar la incertidumbre, vistos desde el presente nunca serán efectivos, al no entender los límites de la comunicación.

2. La codificación cuida el poder de la ley, pero la incertidumbre sigue.

La ley no es cualquier comunicación, la ley es la forma de mantener e informar el poder. Por ello, todos los gobiernos y tipos de gobiernos basan sus planes de mantención de poder en las leyes. Si el gobernante no tiene influencia en la ley, este no tendría poder. Ahora bien, si nos encontramos en un escenario donde abundan las leyes y las costumbres contra ley; los ciudadanos no sabrían como actuar (por no saber que ley seguir) y actuarían según las costumbres más que por las leyes; lo que debilitaría el poder del gobernante. Bajo esa premisa los gobernantes en la historia han tomado diferentes posturas para que se obedezcan sus leyes, así la codificación de las leyes ha sido el instrumento más importante. El primero en darse cuenta de

³ En esta memoria, no sustentare mi tesis, en la teoría de Habermas respecto a la acción comunicativa, debido a que creo que Luhmann hace una superación de ella (la cual por no ser la instancia no expondré). Para mí Habermas aún no me convence debido a que sus supuestos universales del habla, sobre inteligibilidad, verdad, rectitud y veracidad; son muy exigentes e ideales (poco posible de llevar a la práctica). Para ver más sobre Habermas y esta Teoría de comunicación ver HABERMAS, Jürgen, Teoría de la acción comunicativa I. Grupo Santillana Ediciones S.A. España. 1999. Para ver Aportes en el Derecho de Habermas un buen resumen crítico en SOBREVILLA, David, La concepción Habermasiana del Derecho. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 30 (2007), p563-579. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

esto fue el emperador Romano Justiniano en Siglo V, creando el *Corpus Juris Civiles*, que compila y codifica al derecho romano.

Justiniano “Primero era un reaccionario: consideraba decadente el derecho romano contemporáneo ... Segundo, era un codificador: la masa de materiales autorizados y semi-autorizados era tan grande, e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes, que Justiniano estimó conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro o repetitivo; resolver conflictos y dudas; y organizar lo que conviniera conservar en alguna forma sistémica.”⁴ Lo que buscaba Justiniano era “...abolir la autoridad de quienes no fuesen los más grandes jurisconsultos del periodo clásico, y hacer innecesaria la redacción de más comentarios y tratados.”⁵

Justiniano incluso prohibió citar obras no incluidas en su código⁶, con ello logró destruir gran parte del derecho Romano antes de Justiniano. Lo que hizo Justiniano fue derogar todo el derecho que no estuviese codificado, en otras palabras hizo una limpieza y le permitió a su pueblo tener un punto de certeza sobre que ley había que seguir. Pero esa certeza era imposible de mantener en el tiempo, las leyes exigían alguien que las interpretara, el *corpus juris civiles*, no logró ser autónomo y no fue “...eficaz su disposición de que no se hiciesen comentarios sobre la compilación, ya que se desobedeció durante su propia vida.”⁷ Lo que implica que siempre va a ver comentaristas, interpretaciones respecto a una ley y así la ley, no va a ser nunca autosuficiente. Incluso históricamente los comentarios al *corpus juris civiles* recopilados durante los siglos fueron la base de lo que se llamo el *ius Commune*, en Bolonia⁸. Todo esto nos lleva a concluir que la ley esta acompañada ineludiblemente de comentarios que la enriquecen u oscurecen durante el tiempo transformándola y quitándole autosuficiencia en su aplicación.

⁴ MERRYMAN, John Henry, *Sistemas legales en América latina y Europa*. Fondo de cultura económica, Primera reimpresión Chile, 1995. p26.

⁵ *Ibíd.*

⁶ MERRYMAN. *Óp. Cit.* p27.

⁷ *Ibíd.*

⁸ MERRYMAN. *Óp. Cit.* p30.

La otra opción, ante este dilema, es la que siguió Federico el Grande en Prusia, siglo XVIII, al intentar hacer un derecho a prueba de jueces. Es decir, intento codificar todo, que los jueces y la gente no tuvieran que interpretar debido a que la solución era claramente dada en el código. De esa manera *“La legislatura proveería entonces una interpretación autorizada para guiar al juez. En esa forma se corregían los defectos del derecho, se impediría que los tribunales elaboraran leyes y el estado estaría a salvo de la amenaza de una tiranía judicial”*⁹ Así Prusia adoptó un Código con 17 mil artículos. A los jueces se les prohibió interpretar el código y se instauró una comisión de estatutos para resolver dudas. Finalmente este intento por disminuir la incertidumbre también fracasó en la práctica, *“...el código con todo su detalle, no proveía respuestas obvias para todos los casos; y los jueces interpretaban sus disposiciones a diario.”*¹⁰ Creer que en un código se puede subsumir toda la praxis humana con lujo de detalles, simplificar la complejidad de las relaciones humanas existentes y futuras, es y será condenado al fracaso, debido a que (a) los detalles de cada situación hacen que se hagan muchas leyes y tantas leyes se hacen inmanejables, y (b) Las relaciones humanas son dinámicas e impredecibles y no estáticas como sería la codificación. Por más que el derecho se esfuerce éste siempre llega después de inventadas las cosas¹¹ y por mientras los jueces deben crear derecho.

Jean-Etienne- Marie Portalis, uno de los compiladores del código Francés, conociendo el fracaso prusiano por preverlo todo, buscó evitar los extremos de la ideología racionalista y presentaba como solución que *“es preferible considerar las disposiciones del código como principios o máximas, “féconds en conséquences”, que deberán ser desarrollados y aplicados por los jueces y otros juristas.”*¹² Según la historia esta es la solución que ha prevalecido, la codificación basada en principios,

⁹ MERRYMAN, John Henry, *Sistemas legales en América latina y Europa*. Fondo de cultura económica, Primera reimpresión Chile, 1995. p80.

¹⁰ MERRYMAN. Óp. Cit. p81.

¹¹ Por ejemplo: Primero se inventó internet, se aplicó internet y recién ahora se está legislando sobre internet: delito informático, ciber bullying, Ip, protección de datos etc. Si bien es cierto que esto se puede subsumir en parte en derecho preexistente, no es menos cierto que no calzan completamente los tipos.

¹² MERRYMAN, John Henry, *Sistemas legales en América latina y Europa*. Fondo de cultura económica, Primera reimpresión Chile, 1995. p66.

que pueden ser desarrollados y aplicados por los jueces y no un código que tenga todas las situaciones de hecho.

Viendo estos intentos podemos darnos cuenta que (a) la codificación ayuda a bajar la incertidumbre, (b) la codificación no puede eliminar la interpretación judicial de glosadores o de la gente, (c) la codificación no puede tener una respuesta específica para todas las situaciones de hecho es por ello que se basa en principios que pueden ser desarrollados y aplicados por los jueces. Con la codificación la incertidumbre si bien disminuye, ésta pervive entre nosotros.

3. Desconfiamos de los jueces, son los culpables de la incertidumbre.

Si tenemos claro que la codificación ayuda a identificar la ley vigente, y que este no puede tener todas las situaciones de hecho. Sólo nos queda concluir que la aplicación de un principio general al caso particular, genera una incertidumbre debido a la interpretación que hace el Juez (aplicador de la norma) al caso particular. Es decir, el juez es el culpable de la incertidumbre, entonces lo que hay que hacer para mantener el poder no es controlar sólo la legislación sino que también hay que controlar a los jueces. Ese es el paso lógico que dio la revolución francesa, en el siglo XVIII, al sentir miedo de que los jueces no aplicaran sus nuevas leyes debido a que los jueces no eran parte de la revolución.

La aristocracia judicial era uno de los objetivos de los revolucionarios franceses. Ellos no distinguían entre aplicación y elaboración de la ley¹³. “...*Los tribunales se negaban a aplicar las leyes nuevas, las interpretaban en forma contraria a su intención o frustraban los esfuerzos de los funcionarios administrativos*”¹⁴. De esa forma las leyes no podían aplicarse y los cambios esperados por los legisladores no se realizaban. Acá se demuestra una clara pugna de poder en el cual los jueces luchan contra los legisladores. Teniendo en cuenta que el hacer más específicas las leyes no

¹³ MERRYMAN, John Henry, *Sistemas legales en América latina y Europa*. Fondo de cultura económica, Primera reimpresión Chile, 1995. p41.

¹⁴ MERRYMAN. Óp. Cit. p41-42.

ayudaría, la Francia revolucionaria se enfrentaba a un dilema. Por un lado si querían mantener el poder y que las leyes se materializaran, debían generar una interpretación autorizada para cada caso (inundándose de cuestionamientos de los tribunales) o por el otro lado inventar algo que ordene la jurisprudencia de los tribunales. La solución se dio por la corte de casación “...la legislatura creo un nuevo órgano no gubernamental y le dio facultades para anular las interpretaciones incorrectas de los tribunales.”¹⁵ Si bien parecía un tribunal, éste no pertenecía al poder judicial y se creó con el fin de preservar la supremacía de la legislación. Con el pasar del tiempo, sus facultades aumentaron y no sólo anulaba decisiones incorrectas sino que también dictaba cual era la correcta. El reconocimiento de aquel poder se veía “necesariamente acompañado de la aceptación gradual de interpretación de los jueces ordinarios.”¹⁶ Para esa época ya era claro que “En la práctica el juez no se ve relevado por un legislación clara, completa, coherente y previsor, de la necesidad de interpretar y aplicar estatutos.”¹⁷ Así las cosas, el debate jurídico giro entorno: las disposiciones poco claras, las lagunas y la interpretación evolutiva¹⁸. Teniendo el juez la obligación de decidir, no pudiendo decir que no existía derecho para ese caso, la salida a ello como muy bien expone el profesor Merryman eran los principios del derecho natural, que incluso fueron recogidos por varios códigos¹⁹ como el código civil austriaco de 1811 que lo hizo explícitamente²⁰.

Esto generó nuevas interrogantes, las cuales plantean, como limitar el poder de interpretación de los jueces y que deben entender los jueces que es derecho; se necesita así una teoría del derecho. En este contexto y en pos de responder dichas interrogantes, el movimiento positivista toma fuerza en el siglo XIX, buscando diferenciar la moral del derecho. De esa manera, los jueces aplicarían el derecho y no su visión particular; su moral respecto a como resolver el caso. Todo esto se genera

¹⁵ MERRYMAN. Óp. Cit. p82.

¹⁶ MERRYMAN. Óp. Cit. p85.

¹⁷ MERRYMAN, Óp. Cit. p87.

¹⁸ MERRYMAN. Óp. Cit. p.88.

¹⁹ El código Civil Chileno, en su artículo 24, se refiere a la equidad natural y al espíritu general de la legislación, como normas de clausura cuando no se pueda resolver los pasajes oscuros o contradictorios. Algunos positivistas Chilenos (i.e. Guzmán Brito) manifiestan que la equidad natural, esta en los textos legales y que sería un símil del espíritu general de la legislación, en cambio para los iusnaturalistas, es una referencia clara al derecho natural.

²⁰ MERRYMAN. Óp. Cit. p92.

como una crítica directa al movimiento iusnaturalista, que cree en la existencia de principios morales eternos y universales, independientes de la legislación vigente. De esa forma se empiezan a eliminar las referencias en los códigos al derecho natural. De forma simple, el iusnaturalista sólo considera derecho el que esté conforme al derecho natural (moral) en cambio el positivista sólo considera derecho al creado por el soberano. El movimiento positivista limita al juez y su actuar a lo que dicen las leyes impidiéndole evocar argumentos morales, si estos no son recogidos por la ley. De esta forma, se instala (y trasciende incluso hasta hoy) el pensamiento que para controlar el poder también hay que controlar a los jueces y que los jueces no pueden esgrimir argumentos morales, ya que sino la incertidumbre aumenta²¹.

4. S.O.S. Jueces al rescate ante la ley injusta: Bienvenida incertidumbre.

Si llevamos al extremo el argumento de que los jueces sólo pueden decidir basándose en lo que dice la ley y que no pueden interpretar según sus argumentos morales, podemos concluir que todo lo que el soberano dice debe ser cumplido. Ahora bien, ¿Que pasa si el soberano es un Nazi llamado Hitler? ¿Los jueces deben actuar de igual forma, cumpliendo la ley aunque para ellos sea injusta e incluso inhumana? Estas son algunas de las preguntas que el positivismo no ha sabido abordar o no ha querido abordar. El positivismo plantea la contingencia de la ley, es decir, la ley es lo que el soberano dado diga que es la ley. Así las cosas, la ley siempre puede ser de otro modo y como recalca Atria “...el derecho Nazi demostró que “de otro modo” incluye “del peor modo posible”²².

²¹ Para Merryman, el positivismo y la búsqueda de controlar al juez en su interpretación es parte de lo que el llama el Folklor (ideales de pensadores Franceses que desconfiaban en los jueces), Así Sostiene que “*La distinción importante entre los procesos judiciales de derecho civil y de derecho común no reside en lo que efectivamente hacen los tribunales, sino en lo que el folklor dominante dice que hagan*” MERRYMAN. Óp. Cit. p95.

²² ATRIA, Fernando, La ironía del positivismo jurídico, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p129. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

Dworkin entendiendo esta problemática levanta el punto de que *“Las minorías cuyos derechos han sido violados ¿tiene a su vez derecho a violar la ley?”*²³ Ante esto, afirma que los ciudadanos tienen derechos morales en contra de su gobierno y que estos son más relevantes cuando la sociedad política esta dividida. Plantea que el deber de obedecer todas las leyes *“... no puede ser un deber absoluto, porque es posible que incluso una sociedad que en principio es justa produzca leyes injustas, y un hombre tiene deberes aparte de sus deberes para con el Estado.”*²⁴ Consecuentemente, con estos pensamientos empieza a minarse la postura positivista²⁵ y vuelve a entrar la moral como parte relevante de la discusión jurídica planteándose incluso que *“...los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia.”*²⁶ De esta forma el que debe proteger a los ciudadanos y decidir en base a principios morales, en vez de recurrir al texto legal, es el juez; el juez es el llamado a salvarnos de las leyes injustas y del excesivo formalismo. El mismo juez que antes se quería mecanizar, ahora se quiere que piense y actúe, que además nos proteja contra el derecho que puede considerarse injusto y por ello inaplicable.

Otro factor que le da más poder a los jueces para protegernos de las leyes injustas es el movimiento neo-constitucionalista que afirman la superioridad constitucional por sobre la legislación, no obstante su mayor vaguedad²⁷. La mayor vaguedad genera texturas abiertas, la cual le otorgan mayor discreción al juez al momento de decidir; pudiendo la judicatura incluso no aplicar una ley por declararla inconstitucional, lo cual le permite generar una laguna que debe ser suplida por la moral (principios) del propio juez. En otras palabras, el juez puede y debe corregir al legislador, de esa forma se sustentan los tribunales constitucionales, en pos de mantener la supremacía de la constitución. Los teóricos como Alexy buscan limitar dicho poder y no transformarlo en un súper órgano arbitrario, generando teorías como la ponderación de

²³ DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio. Editorial Ariel Barcelona. 4ta reimpresión, 1999. p276.

²⁴ DWORKIN. Óp. Cit. p279.

²⁵ Así se empieza a dividir los positivistas blandos de los positivistas duros.

²⁶ DWORKIN. Óp. Cit. p51.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001. p22.

principios²⁸ y la garantía del contenido esencial como restricción de las restricciones²⁹. Pero no obstante aquello, no se puede controlar al guardián (tribunal constitucional), si este se equivoca³⁰. Así las cosas el juez es quien ahora nos cuida de la ley injusta y pos de ello no importa la certeza (seguridad jurídica). El pensamiento que reina es que la incertidumbre es tolerable frente a lo intolerable de la ley injusta.

Pero dicha corriente no es monolítica como denuncia Atria, para él es un retroceso a lo que él llama el derecho pre-moderno, debido a que *“...incluye normas constitucionales redactadas en términos amplios que hacen referencia a principios morales y enfatiza que esos principios constitucionales son normas aplicables como leyes ordinarias...”*³¹ y su miedo es que *“En cumplimiento de ese deber fundamental el juez debe erigirse en juez legislador”*³² y *“la idea de que a través de tribunales es posible prevenir el genocidio y el exterminio es al menos discutible.”*³³, ya que los jueces en situaciones de excepción también pasan a ser actores políticos³⁴. Así las cosas, Atria plantea que los jueces no son una élite privilegiada que pueda tener una sabiduría superior para decidir un tema particular y cree que los jueces no deben ser obstáculos, para la libertad de gobernarnos³⁵; consecuentemente el positivismo no puede abandonar su contingencia.

²⁸ ALEX Y. Óp. Cit. p160.

²⁹ ALEX Y. Óp. Cit. p286.

³⁰ Mayor profundidad en ese estilo de críticas en ATRIA, Fernando, Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 79 Invierno 2000. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

³¹ ATRIA, Fernando, La ironía del positivismo jurídico, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p119. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

³² *Ibíd.*

³³ ATRIA. Óp. Cit. nota al pie N° 115.

³⁴ Véase el caso Chileno en ATRIA, Fernando, La hora del derecho, los derechos humanos entre el derecho y la política. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 91 Invierno 2003. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

³⁵ ATRIA, Fernando, La ironía del positivismo jurídico, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p128 y p129. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

Así se erige, la disputa entre moral, política y derecho, que sigue hasta hoy con diferentes matices con términos como textura abierta³⁶, test de pedigrí, *validez prima facie*³⁷, corrección³⁸, principios y norma de reconocimiento entre otros. Pero finalmente el cuestionamiento está enfocado a la disyuntiva de quien debe decidir el juez o el legislador, la ley o la moral, aplicar el derecho (certeza) o crear derecho (adecuación), obedecer o desobedecer. Esa disyuntiva se plantea como una batalla irreconciliable que es lo uno o lo otro y es ahí donde yo creo que esta el error. Dependiendo de los hechos históricos (revolución francesa, Nazismo) la balanza se inclina para uno u otro bando, pero al pasar el tiempo volvemos al equilibrio. Ya hemos convivido con más 50 años de neo constitucionalismo que se ha morigerado aún con prácticas que responden al modelo positivista legalista³⁹. Lo cual me lleva a entender que no es lo uno, ni lo otro, sino los dos, que es tolerable y bueno un poco de incertidumbre, en ese sentido se debe regular el poder del legislador y el poder del Juez; para así evitar atrocidades, casos recalcitrantes e incertidumbre intolerable (arbitrariedad)⁴⁰.

Creo que hoy, hay que perderle el miedo a la contingencia de la ley y con eso a la crítica al nazismo, ya que debemos abrir los ojos y entender que quien obedece la orden de tirar una bomba atómica sobre Hiroshima matando a 140.000 personas (aunque sea para terminar la II Guerra Mundial), no puede haber pensado como un neoconstitucionalista, un positivista blando o un iusnaturalista⁴¹; sino solamente como un positivista. No estoy diciendo que haya sido bueno tirar dicha bomba, sólo estoy diciendo que las órdenes y las leyes no pueden ser relativizadas, al punto de hacerlas inoperativas. Más que defender una teoría positivista lo que defiende es la

³⁶ HART, H.L.A. El Concepto de Derecho. Traducido por Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1968.

³⁷ RAZ, Joseph, El concepto de sistema jurídico, UNAM, 1986, Traducido por Tamayo, R.

³⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001.

³⁹ ATRIA. Óp. Cit. (Ironía del...) p126.

⁴⁰ Para entender porque el derecho no ha podido dar una respuesta que permita regular tanto al juez como al legislador ver el capítulo II.

⁴¹ Bulygin tiene un ejemplo gráfico de cómo debe actuar un soldado ante una orden, dependiendo de que Teoría del derecho siga. En ese ejemplo el único que cumpliría una orden, es el positivista. En BULYGIN, ¿Esta parte de la Filosofía del Derecho Basada en un error? Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p25. <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

operatividad y funcionalidad de las leyes, y ello no se explica, ni se explicará, por medio del positivismo (excluir la moral) sino como comunicación imperfecta con un mensaje de autoridad (mandato).

5. La comunicación imperfecta: Vivir con la Incertidumbre y mitigarla.

Para empezar debo aclarar que por comunicación imperfecta⁴², yo entiendo lo que el profesor Luhmann entiende como comunicación (la comunicación deja de ser un acto sino una situación), sucintamente bien explicado por Darío Rodríguez, imaginemos a dos sujetos Alter (otro) y Ego (yo), que quieren comunicarse, lo que ocurre es lo siguiente:

“La comunicación no es una acción, tampoco una acción comunicativa, sino un evento diferente, que requiere de la participación de más de un actor para tener lugar. En el concepto elaborado por Luhmann, la comunicación es síntesis de tres selecciones:

- A) *La selección de una información, que **Alter** decide cuál de las distintas alternativas de información de que dispone va a seleccionar: Que voy a informar, que voy a decir.*
- B) *La selección de una expresión o acto de comunicar, en que **Alter** opta por una forma de expresar la información: Como lo digo.*
- C) *La selección de una comprensión/incomprensión en que **Ego** elige una de las posibilidades de comprensión o incomprensión de lo que **Alter** le ha transmitido. En este acto, **Ego** diferencia entre la información y la expresión: Que entiendo.”^{43 44}*

Lo más importante y radical es entender el tercer proceso, donde Ego manifiesta si entiende o no, no siendo lo más relevante lo que Alter quería decir. En otras palabras “*la comunicación sólo ocurre cuando Ego reacciona comprendiendo o no*”⁴⁵. Las implicancias de entender la comunicación de esta forma son tremendas y permite que nos demos cuenta que el legislador nunca ha comunicado por medio de la legislación;

⁴² Le llamo comunicación imperfecta para diferenciarlo con el antiguo concepto de comunicación.

⁴³ RODRIGUEZ M., Darío, Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. en LUHMANN, Nicklas. El Derecho de la Sociedad. Primera edición en Español. México, Universidad Iberoamericana, 2002. p33.

⁴⁴ Aquí al igual que Luhmann, Rodríguez da vuelta la tradicional forma de expresar la comunicación donde ego (yo) le comunica a alter (otro), esto lo hace para recalcar que la comunicación se produce cuando en el ejemplo ego (yo) entiendo lo que se le quiso comunicar, y no por el hecho de hablar va a haber comunicación.

⁴⁵ RODRIGUEZ M. Óp. Cit. p33.

porque nunca supo ni ha sabido que entendió el destinatario de la norma. El destinatario de la norma tanto a nivel prescriptivo como adscriptivo es el juez y el juez no se comunica con el gobernante; debido que se tiene la errada concepción de que como juez si se comunicará sería político y el juez no puede ser político; ya que eso sería antidemocrático⁴⁶. Esta postura concuerda y tiene lógica bajo el antiguo paradigma de comunicación donde el juez sólo debe obedecer, por tanto la comunicación se daba con el sólo acto de dictar una norma; donde sólo importa el que digo y como lo digo, no el que entenderán, ya que se presume su cabal comprensión. La *“...comunicación implica la participación de ambos interlocutores y no puede ser confundido con el simple acto de comunicar.”*⁴⁷ Lo que hace el legislador es el simple acto de comunicar una norma, pero eso no es comunicación; la comunicación se da cuando alguien interpreta la norma y la aplica. De esta forma podemos entender a Yañez cuando nos dice que *“La norma no tiene un contenido definido antes de ser confrontada con la práctica con los casos particulares, antes de ser concretizada.”*⁴⁸ De esta forma cabe concluir como dice Luhmann que *“Las normas adquieren estructura sólo cuando se las cita explícita o implícitamente; las expectativas sólo cuando se expresan en la comunicación”*⁴⁹.

Otra forma de entender este mismo problema y no desde la teoría sociológica son los aportes desde la Hermenéutica (filosofía de la interpretación). En ese camino el filósofo Paul Ricœur, nos plantea que *“...el texto se vuelve autónomo respecto a la intención del autor, respecto de la situación inicial del discurso y respecto de su primer*

⁴⁶ Esa concepción es superada en el derecho anglosajón, para ver un ejemplo de como piensan aquellos jueces Stephen Breyer dice *“No cabe duda alguna que, por definición, no es democrático que un grupo de jueces anule una ley que fue aprobada por un parlamento democráticamente elegido, o incluso confirmada por referéndum. La razón por la cual las democracias han establecido tribunales constitucionales y que nuevas democracias los quieran crear es que la democracia pura no es el único bien. La protección de derechos individuales también es un bien.”* Entrevista a Stephen Breyer Juez de la Corte Suprema de EE. UU. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 80 Primavera 2000. p146. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

⁴⁷ RODRIGUEZ M., Dario, Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. en LUHMANN, Nicklas. El Derecho de la Sociedad. Primera edición en Español. México, Universidad Iberoamericana, 2002. p33.

⁴⁸ YAÑEZ PÉREZ, Sergio. La evolución del sistema del derecho penal. Cuadernos de política criminal N° 54, Madrid, 1994. p1162.

⁴⁹ LUHMANN, Nicklas. El Derecho de la Sociedad. Primera edición en Español. México, Universidad Iberoamericana, 2002. p102.

destinatario.”⁵⁰ Así “Ya no se trata de definir hermenéutica como una indagación sobre las intenciones psicológicas que se ocultarían bajo el texto, sino como explicitación del ser en el mundo mostrado por el texto. Lo que se ha de interpretar, en un texto, es la propuesta de un mundo, el proyecto de un mundo que yo podría habitar y en el que podría proyectar mis potencialidades más propias.”⁵¹ Lo que busca es diferenciar la cosa del texto de la psicología del autor, entendiendo que la “...*subjetividad no es lo que inaugura la comprensión sino lo que la acaba.*”⁵² Aquí volvemos a entender que las leyes como textos, no tienen vinculación con quien las hace (el legislador) sino que se hacen y concretan con quien las interpretan y aplican, o sea los jueces principalmente⁵³.

En mis palabras, las normas no existen, hasta que alguien las cite. ¿Qué hace el legislador entonces? ¿Qué crea el legislador? El legislador crea normas y las comunica, pero nunca sabe si hubo comunicación o no. Tiene la expectativa cierta de que se cumpla lo que quiso comunicar, pero nunca tendrá la certeza. Lo que si ve, es que si por ejemplo dicto una norma para que se construyera **A**, luego ve la construcción de **A**, el legislador asume que hubo comunicación. Cosa más difícil se da cuando dicta una norma que prohíbe destruir un árbol **Z**, el legislador puede ir a su Bosque favorito de Arboles **Z**, si lo ve se sentirá tranquilo, si no lo ve, no sabrá que pasó con su norma, para llegar a saber que paso tendrá que ir al tribunal y ver si existe algún condenado por destruir un árbol **Z**, si no lo hay, no entenderá que paso. Lo que el legislador tendrá que hacer es ver que fue lo que hizo el juez, que entendió que significaba la norma que el había dictado, con lo solos hechos y sin hablar o leer lo que el juez sentencia, nunca podrá entender que paso con su norma. Este último ejemplo cobra especial relevancia, en el sentido de que gran parte del derecho (i. e. Derecho

⁵⁰ RICCIEUR, Paul, Del texto a la Acción, Ensayos de Hermenéutica II. Fondo de Cultura Económica, México, Primera Reimpresión 2004. p47.

⁵¹ RICCIER. Óp. Cit. p51 y p52.

⁵² RICCIER. Óp. Cit. p52.

⁵³ Cabe aclarar que “*aunque es cierto que la hermenéutica acaba en la autocomprensión, es necesario rectificar el subjetivismo de esta posición diciendo que comprenderse es comprenderse ante el texto. ...Algo que nos apropiamos es siempre la cosa del texto. Pero ésta sólo se convierte en algo mío si me desapropio de mí mismo para dejar que sea la cosa del texto. Entonces cambio el yo, sueño de sí mismo, por el sí mismo, discípulo del texto.*” RICCIER. Óp. Cit. p53. Esto es importante, de lo contrario podríamos caer al solipsismo (donde no habría nada más que uno mismo).

penal) es contra fáctico, por ejemplo, el hecho de que muestren en la televisión de que hay homicidios todos los días, no implica que ya no exista la norma que prohíbe matar a otro. Así las cosas, la única forma que el legislador tenga sentido, es sabiendo que paso con la norma que el dictó y para saber aquello los que le puede informar son las personas pertenecientes a la cultura jurídica interna, los jueces, abogados y los catedráticos del derecho principalmente.

En este esquema de comunicación imperfecta entre el legislador y el juez, el juez pasa a ser un aliado del legislador y no un enemigo u obstáculo al poder. Si el legislador excluye al juez de la creación normativa, es lo mismo que ponerse una venda en los ojos, el legislador queda ciego y si bien puede seguir creando leyes, nunca va a saber si sus leyes se entendieron, aplicaron y sirvieron para lo que él quería (nunca comunicaría y sólo haría ruido). El no escuchar a los jueces, es lo que ha provocado, la inflación legislativa y la llamada crisis de la ley⁵⁴. El legislador cree que haciendo leyes va a cambiar las cosas e insiste generando más y más leyes, pero lo que tiene que entender es que escuchando e interviniendo a los aplicadores de las normas es la única forma de ver un cambio; para ello necesita ayuda de la cultura jurídica interna⁵⁵ y está memoria plantea que dicha ayuda debe ser institucionalizada.

6. Positivismo imposible y iusnaturalismo incorrecto.

Para entender y delimitar mejor la teoría de comunicación antes expuesta y sus efectos pasaré a hacer una revisión de las teorías de la ley bajo este nuevo paradigma de comunicación; tratando de superar la discusión entre positivismo y iusnaturalismo.

El positivismo, como vimos, nos plantea la separación entre derecho y moral. Kelsen incluso tiene la pretensión de que se transforme en una “*ciencia racional del*

⁵⁴ Para saber más sobre el problema de la crisis de la ley, ver: HIERRO, Liborio L. Igualdad, Generalidad, Razonabilidad y Crisis de la ley. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 26 (2003), pp. 449-476, <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

⁵⁵ Una mayor profundización de esta idea en el capítulo 3.

*Derecho*⁵⁶. De esta forma, delimita el estudio al “...*derecho tal como es, es decir una realidad jurídica, caracteriza el derecho positivo como un ser con respeto a la justicia, es decir, con respeto a la exigencia de cómo debe ser el derecho.*”⁵⁷ Pero bajo el nuevo paradigma de comunicación, no podemos distinguir entre el ser y el deber ser; siendo todo ser. Kelsen acá plantea que el deber ser de las cosas, es plasmado en una norma y que ese deber ser, es independiente de lo que el lector de la norma quiera incorporar (su experiencia y moral). Empero, el lector no esta condicionado por ese deber ser (subjetivismo original) cuando la norma es clara y menos cuando la norma tiene una textura abierta, como las normas constitucionales. Como bien se ha demostrado por la doctrina, “*existe una conexión empírica entre el derecho y la moral y no una conexión conceptual*”⁵⁸ al tratarse de las constituciones con conceptos morales. Pero sostener aquello implica que el positivismo como “...*teoría a pesar de ser conceptualmente consistente, resulta vacía, en tanto no explica como funcionan realmente los sistemas jurídicos.*”^{59,60}. El punto insostenible por el positivismo, en la comunicación imperfecta, es la separación de la moral (subjetivismo) del derecho. El destinatario de la norma siempre ocupará su experiencia propia (su mundo, con su moral) para interpretar la norma y para que está le de sentido. Pretender que el destinatario deje de lado su moral, para interpretar una norma es imposible, podrá pensar que lo hace pero siempre para que la norma jurídica tome sentido, es el mundo del propio aplicador el que le da sentido. Así las cosas, el positivismo es un ideal imposible de realizar y ni siquiera puede quedar como una utopía.

Ahora bien, el entender que la moral siempre va a estar vinculada con la norma, no quiere decir, que el lusnaturalismo esté en lo correcto. Todos los individuos tenemos

⁵⁶ KELSEN, Hans, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, Novena Edición, Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2002. p13.

⁵⁷ KELSEN. Óp. Cit. p15.

⁵⁸ GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz y PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Postivismo Blando y la distinción entre derecho y la moral. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p70. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

⁵⁹Ibíd.

⁶⁰ Para Kelsen eso no es relevante, debido a que el no buscaba el ser de las cosas y para el ser estaba la sociología no el derecho. KELSEN, Hans, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, Novena Edición, Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2002. p19.

diferentes experiencias de vida, con ello apreciamos las cosas de diferentes puntos de vista morales. Hasta aquí para mi las críticas del iusnaturalismo al positivismo basadas en que no se puede ocupar sólo la ley para decidir, son correctas si consideramos como dice Orrego que para los clásicos la “...*ley natural es lo mismo que la ley moral fundada en la razón*”⁶¹ no en un ser superior, sino en la razón humana y que “*todas las opiniones y juicios sobre lo que ha de considerarse “exigencia de la justicia” independiente del derecho positivo son diversas opiniones y juicios sobre el derecho natural*”⁶² o sea se permite la divergencia de lo que dice la ley, en base a la razón (en base al individuo que interpreta y concreta la norma con su historicidad). En otras palabras, el iusnaturalismo dice que el sujeto cuando se enfrenta a la norma, la interpreta y la hace suya con su razón (moral). Esto para mi es una descripción adecuada de lo que ocurre, empero no estoy en acuerdo respecto a las conclusiones y pretensiones basadas en esa descripción.

Es un error creer que de aquella descripción, se pueden derivar principios universalmente verdaderos, también estimo que es un error que un desacuerdo entre esos principios universales y la ley implique una desobediencia de la ley. (I) La moral (razón) es parte de nuestro subjetivismo, y no de un algo metafísico universal, objetivo y cognoscible. Orrego cree que “*Es posible construir derecho objetivo sólo mediante la adecuada ordenación de esa subjetividad, especialmente la del juez.*”⁶³ La suma de subjetividades sólo genera una posición subjetiva compartida nunca una objetiva; para que haya objetividad se necesitaría un acuerdo unánime en todo tiempo y espacio, algo imposible debido a la diversidad humana⁶⁴. No obstante, un acuerdo de muchas personas puede ser la solución a muchos problemas del derecho, por ejemplo, la ley,

⁶¹ ORREGO, Cristóbal, *Analítica del derecho justo, la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005. p107.

⁶² ORREGO. *Óp. Cit.* (*Analítica del derecho justo*) p117.

⁶³ ORREGO, Cristóbal. *La objetividad del derecho como función de la subjetividad/objetividad del juez*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII*. Valparaíso, Chile, 2do semestre 2009. p601.

⁶⁴ La imposibilidad de la objetividad, no se asume *a priori* como una respuesta correcta, pero existen varias razones biológicas y empíricas (que me han convencido) relativas a como nuestros órganos perciben (y de sus puntos ciegos), que abalan la imposibilidad de la objetividad. Para ver un completo análisis de aquellos argumentos es fundamental ver el libro MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. Editorial Universitaria, 17^{ta} edición, Santiago de Chile, 2005.

los auto-acordados de la corte y la jurisprudencia. En Chile la jurisprudencia no tiene fuerza vinculante, entonces si la tiene esta sólo se debe a sus razonamientos (como diría Orrego y los clásicos a la moral), pero no porque sea unánime esa jurisprudencia (i.e. la de otorgar el daño moral en responsabilidad contractual) podemos decir que es objetiva y que no va a cambiar, si hubiese un posterior cambio legal. (II) No creo que por el hecho de que el intérprete de la norma use su moral (razón) para entender la norma implique que no deba obedecerla si encuentra razones para no seguirla, creo que la exigencia debe ser de tener muy buenas razones para no seguirla (estándar de obediencia⁶⁵). Aquí habría una diferencia de grado con el iusnaturalismo, y eso se daría porque si bien es cierto, que todos tenemos diferentes morales (razonamientos), no es menos cierto que nuestros razonamientos son en principio igual de validos que los hechos por el otro (i.e. el legislador). Para derrotar el argumento legislativo debemos dar buenas razones de lo contrario, empíricamente, si no logramos, por lo menos convencer al juez superior, la sentencia sería nula por medio de un recurso de casación. Esto no es visible para un iusnaturalista puesto que cree que su argumento, es el más cercano a la razón natural y que si este llegase a ser derrotado (no de forma empírica, si no con otro razonamiento) el pensará que el otro estaba equivocado.

De esta forma, hemos sostenido que la comunicación es imperfecta y como tal, para que ocurra necesita del receptor (juez) más que del emisor (legislador). Con esta idea, la pretensión de mecanizar al juez es imposible. Ese cambio también genera que los intentos por erradicar la incertidumbre, sean inútiles y que sólo se logre mitigar. La mitigación de la incertidumbre por medio de la codificación, es algo rescatable que no puede ser destruido por la creencia que los argumentos morales subjetivos (consagrados en las constituciones) en contra de una ley implican su desobediencia (o inaplicabilidad). Siguiendo la búsqueda de la mitigación de la incertidumbre es que buscare demostrar que la ley es funcional, no obstante poder ser derrotada por los argumentos individuales del juez en la adecuación de la norma al caso concreto.

⁶⁵ Esta propuesta es vista en detalle el capítulo II.

CAPÍTULO II

LA LEY COMO UN PROBLEMA DE OBEDIENCIA, JUSTICIA (IGUALDAD) Y DEMOCRACIA.

La ley bajo este nuevo esquema de comunicación, visto en el capítulo I, nos plantea múltiples interrogantes, que debemos tratar de darles una respuesta para poder seguir con esta memoria. Los principales cuestionamientos se dan en el sentido de que si la ley sólo se concretiza (existe) cuando es citada por un aplicador del derecho ¿Qué influencia tiene el texto normativo en la decisión judicial? ¿La norma puede ser obedecida si el destinatario no entiende y nunca podrá saber cual fue la subjetividad (motivación) inicial del legislador en dicha norma? En ese orden de cosas, si todo es decidido por los jueces, ¿para que necesitar de la legislación? y ¿para que tenemos democracia? Si somos pesimistas, estas interrogantes harán destruir toda la institucionalidad social existente en la actualidad, pero si vemos con detención y con la experiencia histórica, nos daremos cuenta que las leyes si sirven; quizás no tanto como muchos quisieran, pero si lo suficiente para mantenerse en el tiempo y ser funcional para la sociedad.

1. El hábito de obediencia en base a: Imitación y Aprobación.

Un tercio de los alumnos en Chile no entiende lo que lee⁶⁶, si no entienden lo que leen, no podrán entender que es lo que dicen las leyes y por ello no podrán obedecerlas. Empero, en Chile y en varios países de Latinoamérica que tienen incluso peores índices de comprensión lectora, se produce lo que Bentham denomina “*Hábito de Obediencia*”⁶⁷. ¿Cómo puede haber obediencia si no hay entendimiento ni conocimiento de una norma? La gente actúa generalmente (siempre hay excepciones) evitando los problemas, para ello (I) debe observar como otros actúan (imitar) y (II)

⁶⁶ PISA: Pese a mejora, uno de cada tres estudiantes chilenos no entiende lo que lee. Diario El Mercurio. [En línea] Chile. 7 de diciembre 2010. [Consultada el 7 de diciembre 2010] [<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=451483>].

⁶⁷ “*Habit of obedience*” BENTHAM, Jeremy, A fragment on government and introduction to the principles of morals and legislation, Basil Blackwell, Oxford. 1960. p38.

escucha que es lo que otros dicen respecto a la acción que queremos realizar (busca la aprobación). Cuando estamos en nuestros países natales, no nos damos cuenta que hacemos eso, pero cuando uno sale del país, encontrándonos en otra cultura, imitamos y buscamos aprobación. Si imitamos, lo que razonamos es que si otro lo hace nosotros también lo podemos hacer y cuando no podemos ver eso o tenemos dudas (mayoría de las veces) buscamos la aprobación de nuestra acción no sólo con nuestro razonamiento sino buscando que otro acepte nuestro razonamiento. El hecho de obtener la aprobación de otro (o la de imitar) no significa que estemos actuando de acuerdo a una ley o de acuerdo a lo justo natural; empero actuamos sin miedo.

Esta exposición puede ser fácilmente confundida como el seguimiento de la teoría de la práctica de H. L. A. Hart, que *“trata las reglas sociales de un grupo como si estas estuviesen constituidas por una forma de práctica social que comprende los patrones de conducta que observan comúnmente la mayoría de los miembros del grupo.”*⁶⁸ Para diferenciarla, es un buen ejercicio afrontar las críticas que en principio también serían aplicadas a mi exposición, que llamaremos teoría de la coordinación. Así Joseph Raz critica que la teoría de la práctica *“... no explica las reglas que no son prácticas; no logra distinguir entre reglas sociales y razones ampliamente aceptadas; y priva a las reglas de su carácter normativo.”*⁶⁹. Para precisar mi teoría, paso a afrontar dichas críticas. El principal cambio de enfoque es que para Raz, las prácticas son hechos (puros y simples) y no comunicación como he sostenido.

Primero, las reglas que no son una práctica, no son posibles de ver por un observador externo. Pero las reglas en mi visión sólo existen si se expresan, no obstante, no poder verse en la práctica. Me explico, si yo creo que para mi es una regla el hecho de que las promesas deben ser cumplidas⁷⁰, yo debo expresar y decir, que para mi es una regla que las promesas deben ser cumplidas. El hecho de que nadie lo practique es indiferente, la regla me vincula cuando es compartida (comunicada) con otro. La coordinación entre sujetos es la que provoca la regla (la

⁶⁸ HART, H.L.A. Post scriptum (El concepto de derecho). [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 65 Verano 1997. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010]. p242.

⁶⁹ RAZ, Joseph. Razón práctica y normas. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991, Traducción Juan Ruiz Manero. p.60.

⁷⁰ Mismo ejemplo de RAZ, Óp. Cit. p60.

expectativa), si no existe esa coordinación (comunicación entre dos sujetos como mínimo) no hay regla. Así en mi teoría, esto sería lo que una persona hace cuando busca la aceptación, es decir, cuando no puede imitar debido a que no hay práctica.

Segundo, se dice que no distingue entre reglas sociales y razones ampliamente aceptadas. Para ello Raz utiliza el ejemplo de Warnock, de un observador que ve un juego de críquet y observando un juego, puede observar reglas del juego (cambio de posiciones tras seis bolas jugadas) y disposiciones tácticas (si el lanzador es lento los jugadores se desplazan más lejos del bateador)⁷¹. Raz concluye que la teoría de la práctica no logra distinguir entre una regla y una buena razón para no hacer algo⁷². Una persona que se guía tanto por buenas razones como por reglas, evitará el conflicto tanto jurídico como moral; cuestión que no es criticable, si la finalidad es evitar los conflictos de cualquier tipo. Por ello no hay ningún problema en que no se diferencien las buenas razones de las reglas sociales, el objetivo de que sirvan como una guía de conducta, se cumple, mientras no se produzca un conflicto. En el ejemplo, si el observador juega Críquet, cambiándose de lado cada seis bolas y moviéndose para atrás cuando hay un lanzador lento, estará respetando las reglas del juego y estará jugando Críquet, no otro juego y nunca será sancionado por su conducta (aunque para él equivocadamente crea en la existencia de una regla, donde hay que moverse para atrás cuando hay un lanzador lento). Sólo cuando se produzca un conflicto se dará cuenta que lo que el creía que era una regla, en realidad no lo era; si no se produce ese conflicto, nunca se enterará (a menos que busque aceptación en un caso hipotético conflicto).

¿Cuándo se produce el conflicto? El problema no se produce cuando el sujeto que cree que es una regla, no la cumple, sino cuando quiere exigirle a otro equipo (o persona) que la cumpla. Por ejemplo, el sujeto juega en el equipo A contra el equipo B, que van empatados y en la última jugada el equipo B ante un lanzador lento, no se mueve hacia atrás, el bateador le da mordido, el equipo B recupera la bola fácilmente y ganan el partido. Nuestro observador, dirá que el equipo B hizo trampa por no cumplir

⁷¹ RAZ, Óp. Cit. p63.

⁷² RAZ. Óp. Cit. p64.

la regla de que cuando hay un lanzador lento hay que moverse hacia atrás y el otro equipo (también sus compañeros) le dirá que dicha regla no existe. La práctica social (Imitación) sirve para que uno siga las reglas, pero no sirve para exigirle a otro que las cumpla. Para exigir a otro, se necesita de la aceptación y la aceptación como dijimos se da cuando hay comunicación. Si el observador le preguntará antes a un compañero de equipo, que pasaría si alguien no respeta la regla de que hay que moverse hacia atrás cuando hay un lanzador lento, el compañero (que conoce las reglas del juego) le dirá que eso no es una regla sino una táctica. Entonces, la diferenciación entre regla y buenas razones, no se da por observar hechos en la cancha⁷³, sino que sólo se da cuando hay comunicación, cuando el sujeto que “cree X” busca aplicar su creencia a otro, o busca la “aceptación de X en otro”; no por su creencia (subjetiva) en la existencia y respeto por la regla X.

Respecto a la crítica de Raz que dice que la práctica priva a las reglas de su carácter normativo, sostengo lo mismo que en el ejemplo anterior, el sujeto que imita, no va a tener problemas con las normas. Si bien es cierto que se auto-exigirá un mayor esfuerzo para poder seguir todas sus reglas (incluso las que no son legales, e incluso las que sólo son buenas razones), no es menos cierto, que seguirá actuando conforme a derecho. En ese sentido, al derecho (normatividad), no le importa si el sujeto actuó siguiendo una regla social, una norma o una buena razón, sólo le importa que el sujeto no actué contra la norma. De esta forma, la normatividad no se produce con una mirada hacia los hechos, sino de como hablamos (comunicamos) de esos hechos. La aceptación o rechazo de nuestro actuar es la clave de la normatividad. En especial, para mi la normatividad se da cuando los abogados y jueces hablan sobre determinados hechos. En el ejemplo, no es lo mismo que el observador como jugador diga que algo es o no una regla, a que lo diga el referí. En otras palabras, la normatividad se da cuando los abogados y jueces (referí), manifiestan que entienden respecto a la norma y su aplicabilidad a los hechos; dan aceptación jurídica o rechazo

⁷³ Se podría reprochar a este ejemplo que un observador externo, que viese el juego entre A y B, podría deducir que como el equipo B, gana el partido no moviéndose hacia atrás ante un lanzador lento, no existe la regla de que hay que moverse siempre hacia atrás cuando hay un lanzador lento. Pero, si el caso en el ejemplo no se produce, no podrá saber si fue un error del referí, o si verdaderamente no es una regla. Tendrá que acudir a un tercero (buscar aceptación), para identificar si existe regla o no.

respecto a una conducta. En esa autoridad para hablar de los hechos, reside la diferencia entre una regla social y una norma. No se da normatividad cuando una comunidad cree que una regla social es una norma jurídica, tampoco cuando alguien cree que una buena razón es una norma; si no cuando una autoridad o un experto determinan (aceptan) que los hechos son subsumibles, o no, en una norma jurídica.

La diferencia entre la teoría de la práctica y la teoría de la coordinación, se da en dos sentidos: (I) Que la teoría de la práctica, asume hechos puros y simples y en cambio la teoría de la coordinación busca la comunicación en relación a esos hechos. (II) La teoría de la práctica, (según la entiende Raz) no diferencia respecto a quienes son los que practican esa practica. En la teoría de la coordinación se le da una preponderancia mayor a que es lo que opina los jueces y abogados (cultura jurídica interna) que lo que opina el resto de la sociedad (cultura jurídica externa)⁷⁴. En otras palabras, la coordinación y comunicación sólo es importante entre la cultura jurídica interna y los legisladores; no en relación a toda la sociedad. Respecto a la sociedad sólo es importante que exista un hábito de obediencia a las normas, no importando (y no puede saber) qué razonamiento hizo. Si se basó en reglas sociales, razones morales, razones personales, buenas razones o de cualquier otra índole.

2. Identificación del derecho por medio de la norma de reconocimiento y su contingencia práctica.

Hasta el momento hemos dado por hecho que algunos de los destinatarios de las reglas (o normas) conocen las reglas (o normas). Dworkin propone y Hart acepta que existen reglas que la gente práctica por convención (todos se ponen de acuerdo) y otras que se practican por convicción⁷⁵(las prácticas individuales convergen). Pero ¿Cómo podemos saber si alguien practica una regla por convención o por convicción? La única forma es preguntándole a la persona (que incluso puede no saber) y que

⁷⁴ Para Hart sería la diferenciación entre el punto de vista externo (imitación) y el punto de vista interno (aceptación). Véase HART. (Post scriptum) Óp. Cit. p243. Pero yo sostengo que no todo punto de vista interno es importante, el punto de vista interno de la cultura jurídica interna es más importante. Así Hart concuerda conmigo al explicar la norma de reconocimiento como una practica social de los tribunales (no de toda la sociedad). HART. (Post scriptum) Óp. Cit. p244.

⁷⁵ HART. (Post scriptum). Óp. Cit. p243.

como vimos no puede expresar su subjetividad en la comunicación. La otra forma es sabiendo de antemano cuáles son las convenciones y por descarte obtendremos cuáles son las reglas por convicción. El punto es que sólo quien conoce la regla social puede luego distinguir si seguimos una regla por convicción o por convención. Esto es un problema, debido a que de la práctica no podemos desprender, si se actúa por convicción o por convergencia; sólo cuando hay comunicación y se problematizan los hechos (hay conflicto) con la búsqueda de aprobación, podremos hacer la distinción. Aquí aparece la vieja pregunta ¿Qué es derecho? Pregunta que distingue una práctica (personal o social) de una norma. El hecho es que no podemos y no podremos distinguir nunca una práctica social de una norma, si no conocemos de antemano las normas.

Hart nos propone una regla consuetudinaria para poder distinguir qué es derecho de lo que no lo es y a la cual llama la regla de reconocimiento. Esta “...*La regla básica de reconocimiento de un sistema legal es considerada como si fuera una regla establecida por la práctica uniforme de los tribunales de aceptarla como guía tanto al aplicar como al hacer cumplir el derecho*”⁷⁶. La califica como una práctica que se basa en una “*regla convencional*”⁷⁷. Hart, acierta en calificar a la cultura jurídica interna, como la que debe reconocer al sistema legal, pero comete un error en decir que es una regla convencional. Hart quiere separar la moral del derecho, pero no se da cuenta que eso sólo se puede hacer diferenciando la cultura jurídica interna (la que conoce las normas) de la externa (la que no conoce las normas). Para la cultura jurídica externa, las normas son lo que la cultura jurídica interna diga que son y con ese conocimiento podemos distinguir las normas de las reglas sociales. Empero al sostener esto, no podemos saber si la práctica de la cultura jurídica interna, que sigue la regla de reconocimiento, lo hace por convención, por convergencia, por tradición o por otra razón⁷⁸. En otras palabras, la regla de reconocimiento es una practica judicial, que

⁷⁶ HART. (Post scriptum). Óp. Cit. p245.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ HART dice que: “*cuando se plantea la interrogante de por qué las personas (jueces) han aceptado reglas convencionales como pauta de comportamiento o como criterio de crítica, no veo razón para seleccionar como la única respuesta posible o adecuada, entre las muchas respuestas posibles, aquella que se refiere a la justificación moral de las reglas.*” HART. (Post scriptum). Óp. Cit. p245. Entre paréntesis agregado para recalcar la idea. Ese argumento utilizado en su contra en relación a la norma de reconocimiento como convención, me da la razón de que no se puede saber si la norma de reconocimiento se sigue por convergencia o por convención.

puede ser moral (seguida sólo por buenas razones) y no necesariamente una convención; la única forma de poder llegar a saber si es o no por convención, es sabiendo de antemano (incluso antes de la práctica) la norma de reconocimiento, cuestión que no es posible⁷⁹. Así el debate entre iusnaturalistas y positivistas se hace inútil, al no existir -un experimento crucial- que permita decir que la norma de reconocimiento es una práctica convencional, ni tampoco alguno que la niegue; se torna en una discusión de creencias de cómo el derecho debe ser. Podemos de esa forma aseverar como Atria (pero con diferentes razones) que “*Cuando se trata de prácticas sociales como el derecho, el teórico no puede entender su labor como la descripción de algo que existe con independencia de su descripción, y por eso lo normativo y lo descriptivo están hasta cierto punto ligados*”⁸⁰. Esto es así debido a que no podemos describir a la norma de reconocimiento, sin decir que es lo que queremos que sea la norma de reconocimiento (i. e. una convención o una buena razón moral).

Teniendo claro ya el problema de la norma de reconocimiento, lo que podemos constatar es que existe una práctica uniforme de los tribunales, pero que no podemos saber las razones detrás de esa práctica. Para mí, la práctica se da y evoluciona (dando diferentes respuestas para diferentes tiempos y lugares) condicionada a una pugna de poder (creencias) dentro de la misma cultura jurídica interna. Por ejemplo, en el la Alemania nazi, bajo la constitución de Weimar, la creencia que se impuso era la del nazismo, se transformó en la práctica uniforme de los tribunales (ya sea por convención o por miedo, eso no lo podemos saber como ya dije), por ello se reconocía como derecho al derecho nazi. En relación al lugar, esa práctica dominante, se dio en Alemania y luego en los países conquistados; pero dicha práctica no se dio ni en Inglaterra, ni en Estados Unidos. En relación al tiempo, en la misma Alemania pero en otro tiempo (luego de que perdieran la segunda guerra) se rechaza todo lo que parezca nazi (más rechazo aun los resabios del derecho nazi) y esa el la actual práctica dominante de los tribunales en Alemania, no reconocer como derecho al derecho nazi.

⁷⁹ Para un Iusnaturalista, si es posible, (aquello se discutirá a continuación) empero para HART, no puede serlo ya que el dice: “*mi razonamiento no ha de demostrar que los hombres tiene algún derecho (aparte del derecho de todos por igual a ser libres) que sea “absoluto”, “irrevocable” o “imprescriptible”.*” HART, H.L.A. ¿Existen los derechos Naturales? [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 37, 1990. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010]. p46.

⁸⁰ ATRIA, Óp. Cit. (Ironía del positivismo Jurídico) p134.

En Chile podemos constatar que los tribunales continúan, aplicando los decretos leyes (por ejemplo las partes de la constitución que no han sido modificadas desde 1980, en los noventa el decretos ley 2191 de 1979 de auto amnistía del gobierno militar⁸¹ y cosas tan útiles en materia civil como la regularización de la pequeña propiedad raíz, Decreto ley N° 2.695) que nacieron cuando gobernaba el General Pinochet. Si bien es cierto que la aplicación de esos decretos leyes no tiene relación con una postura genocida activa, no es menos cierto que son reconocidos como derecho, no obstante, no nacer de forma democrática. Por el otro lado, como constata Atria⁸², los jueces aceptaron el derecho de Pinochet, lo aplicaron e incluso fueron pasivos en relación a actuar en contra del gobierno de Pinochet. *“A pesar de que el poder judicial demostró complicidad, si no hubiese actuado de este modo la judicatura habría sido intervenida: para el gobierno (que reclamaba para sí el poder legislativo y el constituyente) habría sido particularmente sencillo dictar un decreto ley, por ejemplo, modificando la composición de la corte.”*⁸³ En otras palabras, los jueces y su práctica uniforme para reconocer el derecho pueden basarse incluso en razones de su propia subsistencia como órgano del estado. Confirmando de esta forma mi idea de que la norma de reconocimiento no necesariamente se trata de moral (buenas razones) y que tampoco se trata de una convención necesariamente⁸⁴. En otras palabras, la pugna se da por entablar una práctica uniforme del derecho dentro de la cultura jurídica interna por

⁸¹ ATRIA, Óp. Cit. (La hora del derecho), p48.

⁸² Ver en extenso ATRIA, Fernando, La hora del derecho, los derechos humanos entre el derecho y la política. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 91 Invierno 2003. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

⁸³ ATRIA. Óp. Cit. (La hora del derecho), p53.

⁸⁴ Para Atria *“El golpe de estado de 1973, efectivamente suspendió lo jurídico, en el sentido de que la distinción entre lo legal y lo ilegal dejó de ser relevante. Esto no significa que no pueda aplicarse la distinción retroactivamente, i. e. cuando la normalidad es recuperada...”*. ATRIA, Óp. Cit. (La hora del derecho), p52. Atria comete el mismo error que Hart, para ellos la norma de reconocimiento puede ser calificada solamente como una convención y no acepta, según se desprende de la frase citada que el derecho sea derecho reconocido *i.e.* por miedo. Puede que no nos guste, que no sea nuestra creencia, pero no implica que no haya sido derecho, si existió una práctica uniforme de parte de los tribunales. El hecho de que lo que se considera derecho en una época determinada nos permita retroactivamente decir que algo no era derecho, no implica que en dicha época la práctica judicial estaba equivocada al calificarla según su norma de reconocimiento como derecho. De igual forma, si mañana cambia la práctica, *i.e.* hacia un derecho nazi, no creo que se pueda sostenerse que el derecho a vivir iguales sea calificable de un no derecho. Sólo cuando yo conozco la norma por medio de la práctica uniforme de los tribunales, puedo distinguir lo que es derecho de lo que no lo es y ese criterio si puedo usarlo retroactivamente, y ese criterio es mutable, en el sentido, que nunca existe normalidad. Calificar de normal (el derecho que queremos), es no reconocer la contingencia del derecho que Atria defiende en ATRIA. Óp. Cit. (La ironía...) p.129.

sobre otra práctica, buscando la uniformidad del criterio de aplicación de Justicia; Igual/desigual⁸⁵. En otras palabras, dar una respuesta uniforme cuando hay que aplicar la norma y cuando hay que hacer una excepción.

Esta discusión sobre la norma de reconocimiento se produce dentro de la cultura jurídica interna, empero para la externa, la práctica jurídica es uniforme ya que permite claramente diferenciar una norma de una regla social. El derecho es lo que la práctica judicial diga que es derecho y esencialmente dice hoy⁸⁶ que las reglas validas, son las que han pasado el test de pedigrí (las promulgadas y publicadas en el diario oficial). Como bien dice Hart “...*las reglas jurídicas dictadas, pese a que pueden reconocerse como válidas mediante los criterios que proporciona la regla de reconocimiento, pueden existir normas jurídicas desde el momento en que son promulgadas y antes de que se haya planteado la posibilidad de utilizarlas, y a ellas no puede aplicárseles la teoría de la practica.*”⁸⁷ El hecho de ser validas no implica que sean practicadas, tiene el potencial de ser practicadas, por ejemplo leyes con vigencia diferida en el tiempo (i.e. la reforma procesal penal que fue diferida para la Región Metropolitana). A su vez, la validez no implica que sean efectivamente aplicadas, la aplicación depende de otros criterios⁸⁸; sin embargo, la no aplicación no implica su derogación como norma válida.

Aquí hay que distinguir dos planos; uno el reconocimiento de la norma (validez) y otro el de la aplicación de la norma (efectividad), tanto para la cultura jurídica interna como para la externa. Para la cultura jurídica interna, el reconocimiento de la norma es igual de contingente que su aplicación. En cambio la cultura jurídica externa, no se problematiza el reconocimiento de la norma (incluso a veces ni le interesa), no es contingente, repite lo que diga la cultura jurídica interna en un momento. Esto lo hace solamente cuando tiene un conflicto y busca aceptación (Señor abogado dígame que dice la ley al respecto); empero cómo el sujeto entendió esa información, vuelve a ser contingente en su aplicación.

⁸⁵ Aquí sólo dejare esbozada esta pugna, la veremos en extenso en las siguientes secciones de este capítulo y el siguiente.

⁸⁶ En el pasado puede haber sido las que estén conforme con la ley de Dios.

⁸⁷ HART. (Post scriptum). Óp. Cit. p244.

⁸⁸ Véase Capítulo 4 y 5.

3. El hecho de reconocer una norma no implica obedecerla

¿Cómo funciona una norma en la sociedad? O mejor dicho ¿Cómo aplica la cultura jurídica externa una norma cuando la conoce? El tema del conocimiento de la norma, se lo dejaremos a los métodos endoculturización (colegios y familia). Aquí sólo veremos qué hace una persona cuando se entera que existe una norma (sea válida o no⁸⁹) que manda, prohíbe o permite hacer algo. En otras palabras, la práctica de la cultura jurídica externa en relación a la obediencia de una norma.

Una manera fácil de zanjar este problema, es planteando que los ciudadanos tienen una obligación moral de seguir el derecho. Bulygin ante esto cree que la respuesta es irrelevante para la teoría del derecho, sin embargo, considera “...*curioso que dos de los filósofos del derecho más destacados de la actualidad Joseph Raz y Juan Carlos Bayón llegaran a la misma conclusión, a saber, que no hay obligación moral, ni siquiera prima facie, de obedecer el derecho*”⁹⁰. Si no hay una obligación moral de seguir el derecho, nos queda profundizar la teoría de la coordinación y ver la práctica.

Las personas se mueven buscando evitar el conflicto (ser sancionados), por ello imitan y buscan aprobación. En la búsqueda de aprobación y no en la imitación es donde nos encontramos con las normas. Si pregunto en una sociedad determinada “puedo hacer X”, me pueden responder con las siguientes oraciones “no porque existe una norma acá que prohíbe hacer X” (normatividad) o me pueden decir “no existe ninguna norma que prohíba X, pero no te lo recomiendo por Z razones” (recomendación) o incluso me pueden decir “no sé si X es legal, pero yo creo que si puedes hacerlo” (desconocimiento y creencia). Todas estas frases muy comunes, logran diferenciar entre una razón legal (norma) y una razón no legal. El sujeto puede

⁸⁹ Insisto la cultura jurídica externa, sólo es capaz de reconocer una norma, según lo que ha oído y no lo pone en duda, por ello su creencia en la norma no diferencia si es válida o no. Los más informados o que tengan un contacto más cercano con la cultura jurídica interna podrán darse cuenta de aquellos detalles, pero a grandes rasgos sólo entiende la expresión “hay una norma”. No la identificación de la norma, ni su validez.

⁹⁰ BULYGIN, Eugenio. ¿Esta (parte de) la filosofía del derecho basada en un error? DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p23. <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

no conocer la norma, pero según su propia experiencia y de la gente que conoce -lo que ha oído-, opina y actúa.

En Chile, si voy a un restaurant no tengo la obligación de dejar propina y en EE.UU. existe la obligación de dejar el 15% a 20% como propina. Empero en Chile se ha instaurado la obligación (no legal) de dejar el 10% como propina, de no ser así el camarero se ofende, e incluso en ocasiones exige más propina. Esto para mi se explica en que uno de los medios por los cuales uno aprende es la TV (en Chile se ven muchas series de EE.UU.) cuestión que hace que la gente se confunda y crea que dicha costumbre es una obligación legal. La confusión aumenta si tomamos en cuenta que en Chile entre 1941 y 1981 fue una obligación legal⁹¹. Lo que quiero graficar con este ejemplo, es que en la práctica no podemos diferenciar si una persona actúa por una obligación moral o por una norma, sin conocer de antemano si existe o no una norma y que incluso la gente puede guiarse por normas derogadas. Esto, incluso ocurrió en Chile, dentro de los tribunales, con la exigencia de mostrar patente al día para que un abogado pueda comparecer en un juicio. Dicha exigencia que fue derogada en año 1981, pero que se siguió aplicando hasta junio del año 2008⁹².

Así las cosas, una persona de la cultura jurídica externa se mueve más por lo que dicen de las normas que por lo que son. Cuando alguien decide no matar a otra, no lo hace basándose en su conocimiento de los Artículos 390 y 391 del Código Penal chileno. El sujeto pondera una variedad de razones, como las religiosas, las cuales puede superponer a la norma. “No mato porque mi religión me lo prohíbe” o “no mato porque en la TV vi que metían presos a los que mataban”, estas conclusiones son ejemplos de diversos tipos de razonamientos que pueden converger en el seguimiento de la norma no matar. No obstante, la convergencia en la acción de no matar, no implica que el sujeto conozca la norma o que conociéndola la considere obligatoria.

⁹¹ CAMARA DE DIPUTADO DE CHILE, Boletín N° 5032-13, Establece la reglamentación opcional de propina de los trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos a fines. [En Línea] BCN. Chile. [http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2007-05-10.7058048405/5032-13.pdf]

⁹² COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE, Corte Suprema dispone no exigir patente al día a abogados en tribunales. Santiago de Chile 2008. [En Línea] [Consultada: 10/12/2010] [http://www.abogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art_1&campo=c_archivo&id=389]

Raz plantea que la gente debe seguir las normas debido a que éstas funcionarían como una razón excluyente. Las razones excluyentes son *“razones para no actuar sobre la base del balance de razones tal como ellas lo perciben incluso aunque estén en lo correcto”*⁹³. Debido a que de esa forma *“La autoridad puede asegurar la coordinación sólo si los ciudadanos afectados dejan de lado su juicio y no actúan sobre el balance de razones, sino sobre la base de las instrucciones de la autoridad”*⁹⁴. Esta idea es luego circunscrita solamente a una forma de imputación, donde los jueces *“...deben juzgar a los individuos como si estos debieran tomar las exigencias jurídicas como razones excluyentes.”*⁹⁵ Raz parte proponiendo un criterio muy alto a seguir por los ciudadanos (donde el ciudadano debe conocer la norma y siempre debe estar dispuesto a seguirla) y luego termina como un criterio que sólo debe ser aplicado por los jueces, el cual si se aplicará tendría que desconocer las excepciones así como las expresiones impropias, debido a que aquellas se dan al ponderar la norma con el caso concreto y si la norma es excluyente, impide esa ponderación. Raz se equivoca en la idealización, empero tiene una idea que es rescatable; que existe una diferencia entre razonar con una ley y otras razones.

Continuando con mi teoría de la coordinación basada en la comunicación imperfecta, será fácil darnos cuenta que nunca podremos saber la razones que tuvo el ciudadano para seguir o desobedecer la norma. Pero si podremos constatar que los ciudadanos actúan de diferente forma si existen razones jurídicas para no actuar de una forma. El hecho de reconocer una norma no implica obedecerla. Dworkin en esa misma posición plantea que *“Un hombre debe cumplir sus deberes con Dios y con su conciencia, y si estos últimos se hallan en conflicto con su deber hacia el Estado, es él, en última instancia quien tiene derecho a hacer lo que juzga correcto.”*⁹⁶ El hombre reconoce la norma, pero no la sigue debido a que hace un balance de razones, en el cual decide no seguir la norma. El balance como cree Dworkin puede ser entre derechos concurrentes (conflicto de derechos), *“...los hombres tienen el deber de obedecer la ley, pero también tienen el derecho de seguir lo que les dicta su conciencia, si está en conflicto con tal deber.”*⁹⁷, de

⁹³ RAZ. (Razón Práctica y normas), Óp. Cit. p73.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ RAZ. (Razón practica y normas). Óp. Cit. p166.

⁹⁶ DWORKIN, (Los derechos en serio), Óp. Cit. p279.

⁹⁷ DWORKIN, (Los derechos en serio), Óp. Cit. p280.

esta forma Dworkin comprende a los objetores de conciencia que en los setentas no querían hacer el servicio militar en Estado Unidos⁹⁸. El conflicto de derechos puede entenderse solamente como una situación donde el derecho no es claro. Sin embargo, incluso un hombre sin creer que tiene un derecho contra el Estado⁹⁹ (como sostiene Dworkin) y teniendo completo conocimiento de la norma puede decidir no seguir la norma; y eso no se explicará nunca como un conflicto de derechos, sino lise llanamente como desobediencia.

Para un ciudadano, la norma no es una razón excluyente y ésta siempre se pondera. La llamada razón excluyente (ley) se pondera considerando su factibilidad de aplicación, con principalmente tres factores: (1) la probabilidad de que a uno lo descubran, esto tiene que ver con la dotación policial, es diferente en el sentido de probabilidad cometer un delito en una casa deshabitada que cometerlo en un cuartel de la policía¹⁰⁰. (2) el tipo de sanción que conlleva la infracción a la norma, si bien es cierto que en materia penal se discute cuál es la efectividad de subir las penas, no es menos cierto, que en materia de responsabilidad civil, es algo que se pondera¹⁰¹. (3) probabilidad de éxito de que a uno lo declaren culpable (factibilidad de prueba y costo del proceso), en materia penal, la prueba es algo fundamental, de ahí que los ladrones y homicidas, conociendo la norma, evitan dejar pruebas que los incriminen. En materia de derecho del consumidor, esta rama nace debido a que el costo de demandar es superior al beneficio que se pueda obtener¹⁰² y en

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Esta paradoja presupone que los hombres tienen derechos a seguir lo que les dicta su conciencia. En las sociedades democráticas, que respetan los derechos individuales, es completamente aplicable la paradoja. Empero, no seguiré este razonamiento tratando de hacer una teoría que incluso sea aplicable a una sociedad en que la mayoría no respete los derechos individuales.

¹⁰⁰ “Para aumentar el costo de las acciones delictivas, tenemos que seguir las buenas enseñanzas de la experiencia comparada como, por ejemplo, aumentar la dotación de policías, que es factor probado de disuasión” SALINERO, Sebastián “Incidencia de la probabilidad de condena en los delitos de robo. Análisis descriptivo y comparado” *Polít. crim. [En Línea]* Vol. 4, N° 8 (Diciembre 2009), p471. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A5.pdf] [Consultada: el 10 de Diciembre 2010]

¹⁰¹ Casos de responsabilidad por defectos de productos, donde se pondera si es más barato retirar los productos o pagar las indemnizaciones. Dicho balance, hizo que nacieran en EE.UU. los daños punitivos. Ver GARCIA, Laura y HERRERA, María, El concepto de daños punitivos o *punitive damage*. Estudios Socio-jurídicos, UNAM, México. [en línea] [<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf>] [consultada 10 de Diciembre 2010.]

¹⁰² LAGOS, Ricardo “*Si un millón de personas tiene el mismo problema, hay que hacer un millón de juicios. Esto no es sólo absurdo sino también antieconómico.*” Notas para la intervención de S.E. el

materia medio ambiental, las dificultades de prueba y el costo del proceso hacen que sea más barato contaminar y que se busque incluso internalizar el costo de los daños futuros¹⁰³. De hecho en una negociación extrajudicial, tanto legos como abogados negocian en relación a estos factores para llegar a un acuerdo. Todas estas ponderaciones son extensamente estudiadas por las teorías de análisis económico del derecho¹⁰⁴ que se aplica a todas las ramas del derecho.

El punto a enfatizar, es que las normas se ponderan en la práctica por los ciudadanos y no son razones excluyentes. (A) El individuo se puede guiar por otras razones y convergentemente obedecer la norma. (B) El individuo puede tener derechos concurrentes para no obedecer la norma. (C) La norma es ponderable en relación a la factibilidad de su aplicación y si este punto no es tomando en cuenta, la ley puede transformarse en letra muerta¹⁰⁵. El último punto podría decirse que es irrelevante para el juez, empero, el juez no debe interpretar las normas en el sentido de que estas sean inoperantes. De esta forma la Corte Suprema de Chile ha dictado autos-acordados como por ejemplo, para la tramitación del recurso de protección y sus múltiples modificaciones. Si el juez no ponderará la ley, no debería haber dictado un auto-acordado (para hacer operativa la ley) y tendría que haber esperado que el legislador dicte el procedimiento (denegando justicia ó generando disparidad de criterios en el intertanto); pero eso no ocurre así en la práctica.

4. Estándar de obediencia: Razones para no obedecer Versus Muy buenas razones para no obedecer.

La norma no es una razón excluyente, pero si una razón a ponderar. Si bien para la cultura jurídica externa no es obligatorio ponderar la ley dentro de su razonamiento, no

presidente de la república, Ricardo Lagos Escobar, en la promulgación de modificaciones a la ley del consumidor, Santiago Chile. 2004 [En línea] p4 y 5. [Consultada: 10 de Diciembre 2010] [http://www.sernac.cl/docs/ley_del_consumidor_revisado.pdf]

¹⁰³ REVESZ, Richard. El Costo beneficio en el derecho ambiental de los Estados Unidos. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 117 Verano 2010. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

¹⁰⁴ En la segunda parte de esta memoria retomaremos estas teorías en extenso.

¹⁰⁵ “Se requerían cambios que permitieran que los derechos que ya existían se pudieran ejercer y no fueran letra muerta.” LAGOS. (ley del Consumidor). Óp. Cit. p2.

es menos cierto que, si no lo hace genera un razonamiento incompleto. En cambio para la cultura jurídica interna, en especial para los jueces, el no ponderar la norma no sólo genera un razonamiento incompleto (posible de anular), sino que también la ley tiene la particularidad de servir como una razón suficiente (aunque no necesaria) de la sentencia. Si no se va a aplicar una norma el juez debe dar muy buenas razones (generar la excepción), para el caso en cuestión donde debe justificar la no aplicación de la norma y no sólo obviar la existencia de la norma. Si no puede generar esas muy buenas razones, el juez debe obedecer la norma, aunque no le guste la norma e incluso creer que es injusta (contra el derecho natural).

La norma debe ser ponderada para no generar un razonamiento incompleto. Si yo quiero evitar problemas jurídicos (mantener mi libertad) debo razonar de cierta forma que me permita efectivamente mantener mi libertad. Por ejemplo si voy en una carretera con un auto Ferrari, puedo razonar que yo puedo ir a 150 Km/h debido a que dicho auto tiene toda la tecnología necesaria para andar a esa velocidad (frenos buenos, control de estabilidad), todo lo cual evitaría que yo chocara; manteniendo así el riesgo bajo control. Ahora bien, si no ocupo la norma como una razón a ponderar, me puede ocurrir que por ejemplo en Chile, por andar a esa velocidad me quiten la licencia de conducir, empero si estoy en Alemania en una *Autobahnen* que no tiene límite de velocidad mi razonamiento me permitirá evitar cualquier conflicto y optimizar mi tiempo. Por ello insisto que si bien la norma no es excluyente, si es necesario ponderarla para tener un razonamiento completo. Un razonamiento completo no implica obediencia, incluso se puede razonar desobedeciendo la norma, por ejemplo, si bien existe un límite de velocidad X, yo voy a excederlo debido a que en esta recta la policía no cursa infracciones y el técnico que hizo la norma pensó en un auto promedio, no en un Ferrari. Entonces si un individuo quiere evitar problemas legales, debe ponderar la norma dentro de su razonamiento para actuar, si no lo hace, su razonamiento es incompleto y su conclusión podría ser errada, generándose un mayor riesgo a que lo castiguen, como vimos en el ejemplo anterior.

Otra cosa es lo que sucede cuando la persona que tiene que hacer la ponderación es el juez. El juez se encuentra obligado a razonar con las normas y si no lo hace su

sentencia es susceptible de anulación (casación)¹⁰⁶. Por ello, para el juez, el no razonar con normas no genera un razonamiento incompleto sino uno inválido. El juez puede guiarse por los principios generales del derecho, caso en el cual no ocuparía normas. Pero antes de ello, debe demostrar que existe un vacío o una contradicción en la ley y en todo caso esos principios nacen de la misma legislación¹⁰⁷, no de la arbitrariedad.

La ley, no sólo es necesaria para que los jueces hagan una ponderación completa y válida; también ésta funciona como una razón Suficiente¹⁰⁸. La razón suficiente, no tiene que ver con la relación causal sino con la condición suficiente de la lógica. La condición suficiente se describe como **si el antecedente es verdadero la consecuencia tiene que ser verdadera**. A es suficiente para B. Si tomo agua no tendré sed. En nuestro tema se plantearía de la siguiente forma, **Si obedezco la norma eso es suficiente para cumplir con los fines del derecho**. Tomar agua es suficiente para no tener sed, pero no necesariamente tiene que ser agua, también puede ser un jugo de naranja, y no podemos decir que un jugo de naranja es lo mismo que el agua. De igual forma, no sólo mediante obedecer la ley se cumplen los fines del derecho, por eso mismo existen las excepciones (adecuación de la norma al caso concreto) cuando la exégesis del texto en su aplicación genera un caso recalcitrante. En este sentido podemos nombrar los principios del derecho y entender la derrotabilidad de la norma; como formas de hacer un derecho más dúctil. El punto acá es que si el juez quiere ir a favor de la norma, sólo tiene que citarla y subsumir los hechos en la norma (caso fácil), en cambio, si no quiere aplicar la norma por generarse un caso recalcitrante (para él), debe generar una argumentación con buenas razones que muestren *“una propuesta política de acerca de cómo debiéramos seguir conviviendo dadas las complejidades inesperadas del mundo que se han hecho*

¹⁰⁶ Artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, en relación al numeral 8 y 9 del al Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias. Santiago. 1932.

¹⁰⁷ Para ver más sobre a que dichas expresiones no significan alejarse de la ley ver BRITO, Guzmán. El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “Principios de Equidad” en Derecho Chileno. *Revista de Ciencias Sociales* 18 – 19, Valparaíso, 1981, pp. 111 – 143.

¹⁰⁸ Razón suficiente es diferente al principio de razón suficiente que se refiere a la causalidad de las cosas y su existencia. JIMENEZ. Juan Carlos. El principio de razón suficiente: Leibniz versus Schelling. [En Línea] Dialnet, Contextos, N°33-36, 1999-2000. España. p85-p152. [Consultada: 10 de Diciembre 2010] [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=853182>].

*patentes con el problema que tenemos adelante.*¹⁰⁹ En otras palabras, debe presentar razones para que el caso de desobediencia a priori, se transforme una obediencia al derecho a posteriori.

Esto no es lo mismo que plantea el iusnaturalismo, *“el derecho injusto no obliga en conciencia moralmente; es decir, no es “obligatorio desde el punto de vista moral”*¹¹⁰. Si para mi no es justo, no me obliga moralmente y ahí termina la argumentación. Si bien Orrego nos aclara que *“...apelar al derecho natural no es apelar al hecho de mis convicciones, sino a razones objetivas que uno tiene y que los demás tienen”*¹¹¹ Si existiesen esas razones objetivas, no habría conflicto, ya que siempre que una norma esté en conflicto con las razones objetivas, la norma sería derrotada. En mi pensamiento esto puede suceder como no puede suceder, debido a que para mi no existen razones objetivas (ver capítulo 1) y como no existen, el juez, debe dar buenas razones para no obedecer una norma (adecuarla), si hace una mala argumentación, su decisión es anulable. En cambio, si un juez iusnaturalista hace una mala argumentación, su decisión no es anulable, debido a que son razones objetivas, que aunque mal fundamentadas todos tendríamos que compartir. La diferencia es de grado, para el iusnaturalista ipso facto se le faculta no obedecer la ley, en cambio, lo que planteo es que se deben dar muy buenas razones (generalizables, no objetivas) para no obedecer la ley, que por lo menos debe ser aceptada por la corte superior.

5. Justicia (igualdad): La discreción judicial y la democracia.

La justicia se basa en un criterio de igualdad, *“la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.”*¹¹² En otras palabras, dar a cada cual lo suyo, criterio que funciona tanto para hacer leyes como para aplicarlas. El profesor Niklas

¹⁰⁹ VALENZUELA CORI, Rodrigo. Conflicto y humanidades, un ensayo sobre argumentación jurídica. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2004. p20.

¹¹⁰ ORREGO. Óp. Cit. (Analítica del derecho justo) p120.

¹¹¹ ORREGO. Óp. Cit. (Analítica del derecho justo) p123.

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol 53/1988, Considerando 72 [En Línea] [<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/556>] [Consultada 10 de Diciembre 2010]

Luhmann distinguía dos corrientes que en el derecho se movían con el esquema igual/desigual en busca de generar un criterio de uniformidad para diferenciar el derecho de lo que no lo es (generar la clausura operativa). La primera postura más arraigada en la tradición del *Common Law* (derecho anglosajón):

“Se parte (y se partía) del hecho que siempre está presente una tradición de decisiones jurídicas que han resuelto el tratamiento de lo igual y lo desigual. En esta tradición, el juez encuentra el esquema igual/desigual en forma concreta. Si quiere hablar de justicia, deberá atenerse a esta tradición; esto permite decidir y seleccionar, por su parte, aquellos casos en los que el tratamiento deberá ser desigual cuando descubre una desigualdad una capacidad- por así decir- de igualdad, y la expone de manera convincente. La “racionalidad” de esta praxis se encuentra en el manejo de la forma de dos lados (igual/desigual) que ha posibilitado, como lo muestra la experiencia, un enlace continuamente actualizado entre continuidad e innovación.”¹¹³

La segunda postura, que busca imponerse es:

“...el derecho natural (derecho de razón) tendrá que tratar con la improductividad de la deducción y con la subdeterminación interpretativa de los principios y, por ello, tenderá a dejar la resolución de la tarea de codificación y de innovación en manos del legislador – quien se dejará aconsejar por expertos universitarios.”¹¹⁴

Para mí ambas posturas son insuficientes, la primera no logra entender la función de la ley, especialmente su función innovadora. Por el otro lado, la segunda postura peca de ingenua, al creer que sólo dictando una ley podrá cambiar el peso de la tradición judicial. Lo que yo propongo es un criterio ecléctico, el cual observe cómo funciona las normas en la práctica de los tribunales y que por medio de una nueva ley se consoliden esas prácticas, o hagan que estas sean más difíciles de producirse. *i.e.* el daño moral en sede contractual, el legislador debería dictar una norma que lo aceptará u otra que lo negará expresamente, pero dejar una norma que puede ser interpretada a conveniencia, creo que desprestigia al legislador. El legislador que fue electo democráticamente puede creer que sus normas se cumplen por el sólo hecho de nacer. Pero como hemos visto en estos dos capítulos, eso no es así y la práctica de los tribunales es tanto o más importante que las leyes mismas.

¹¹³ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*. Universidad Iberoamericana. Primera edición en Español, México. 2002. P169-170.

¹¹⁴ LUHMANN. *Óp. Cit.* p170.

Esto no quiere decir que el legislador no sirva para nada, sino que debe cambiar su enfoque. El cambio de enfoque se da en el control de las leyes, una evaluación de la práctica y como propondré un sistema de control de eficiencia poslegislativo¹¹⁵. De esa forma la democracia, sigue teniendo sentido y el temido gobierno de los jueces, nunca podrá realizarse. Pero a su vez, los jueces podrán seguir innovando (discreción judicial¹¹⁶) y dichos criterios podrán ser informados a los legisladores los cuales adoptaran las medidas que ellos democráticamente estimen convenientes. El legislador tendrá tres opciones: (1) no hacer nada, (2) cambiar la norma adoptando el criterio o (3) generar una norma que rechace el criterio adoptado por los tribunales. Todo esto para mi será más transparente y así se evita la crítica según la cual los jueces no pueden crear derecho por no ser cargos de elección popular. Así las cosas, si los jueces crean derecho y al legislador le es comunicado aquella creación y no hace nada, lo que esta haciendo el legislador es validar democráticamente aquel criterio judicial. Es un símil a lo que Hobbes nos plantea al hablar de las leyes antiguas, *“el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan ahora siendo leyes”*¹¹⁷. Esta mejora continua del derecho tenderá a disminuir los casos difíciles y así *“el momento de creación del derecho por los tribunales no sólo se postergaría, sino que se eliminaría, en los casos en que le Derecho vigente [apoyado por el legislador y los jueces] tuviera un conjunto singular de principios superiores que atribuyeran ponderaciones o prioridades relativas a estos principios contrapuestos de categoría inferior.”*¹¹⁸ Entonces, el Juez no sólo tendrá que generar argumentos que convengan a sus pares sino que también a los legisladores. En esta comunicación el legislador podrá aprender de sus experiencias.

Acá sólo quiero dejar claro que una comunicación entre jueces y legisladores, no es algo perjudicial para el sistema, sino que necesario para que la democracia tenga sentido; así la ley no se transformará en un diálogo de sordos.

¹¹⁵ El desarrollo, ventajas y peligros de una institución, así planteada, se verán en los próximos capítulos.

¹¹⁶ Creación de Derecho para Hart o interpretación Constructiva para Dworkin, ambos conceptos son funcionales a mi planteamiento. Ideas en HART. (Post Scriptum.) Óp. Cit. p262.

¹¹⁷ HOBBS, Thomas. Leviatan o la material, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Fondo de Cultura Económica, México, decimotercera reimpresión 2004. México. p220.

¹¹⁸ Énfasis agregado. HART. (Post Scriptum). Óp. Cit. p262.

CAPÍTULO III

DECISIÓN LEGISLATIVA: EL CONCEPTO DE EFICIENCIA, EL COSTE OPORTUNIDAD DE LA LEGISLACIÓN Y LA LEGISLACIÓN ÓPTIMA.

Ya analizamos como las leyes son parte de la comunicación imperfecta y que el Juez es un actor relevante que nunca se podrá mecanizar. También vimos como las leyes funcionan tanto para la cultura jurídica externa y la interna, demostrando así que la ley sí es funcional. Ahora, nos queda ver el punto de vista del legislador y su relación con la ley. El legislador tiene que legislar, pero no puede hacerlo si no supera las ficciones jurídicas de la cultura jurídica interna. También existen límites a libertad para la creación de leyes, esos límites se dan principalmente en dos sentidos: (1) Como un problema de obediencia, y (2) Como un problema de eficiencia. En ambos casos la comunicación imperfecta y la teoría de la coordinación, expuestas en el capítulo dos, son las claves para entender el problema de los límites al poder del legislador y de la eficiencia. Dejando claro aquello, nos daremos cuenta que la decisión de hacer una ley no es inocua y tiene un coste oportunidad involucrado que debe manejarse. Al observar dichos costes podremos plantear el ideal de la legislación óptima, cuestión que el legislador debe tratar de alcanzar, para que la democracia y el respeto a los derechos individuales tenga sentido.

1. El levantamiento del velo al Legislador: ¿Legislador Racional?

Existe una ficción creada por la cultura jurídica interna para poder interpretar la ley, la cual concibe al legislador como un ente unificado y racional. Dicha ficción logra resolver muchos problemas prácticos, en la aplicación de las leyes, pero a su vez impide que el legislador enmiende dichos problemas. Superando dicha ficción y haciendo humano al legislador, podremos empezar a mejorar el sistema jurídico.

Los juristas, en la época medieval, se enfrentaban a un texto y en la función de interpretar el texto (hermenéutica), buscaban encontrar la voluntad del legislador. ¿Por qué la voluntad del legislador? Primero, debido a que creían que eso era posible (comunicación perfecta) y segundo “...se hace trascender la objetividad de la interpretación ligándola a un significado profundo cuya autoridad sería incontestable.”¹¹⁹ La interpretación no era la posición del intérprete, sino la posición de la autoridad, así la interpretación ganaba la autoridad que el intérprete carecía. “...la inscripción de las ejecuciones hermenéuticas en la voluntad del legislador ideal, racional y dotado de autoridad absoluta, legitima y justifica las interpretaciones autorizadas”¹²⁰. Esta ficción se limitaba a sólo la búsqueda de la voluntad del legislador en el texto. En el mundo medieval la voluntad era de Dios y en la modernidad paso a ser solamente la del soberano. Pero esa postura, cambió en la modernidad y se ampliaron sus aplicaciones, así “...el significado de la ley no es la letra, sino lo que está de acuerdo con la intención del legislador. De la misma manera la síntesis racionalista que se proyecta sobre la <intención del legislador> puede corregir el significado literal del texto”¹²¹ De esta forma, no sólo se legitima la autoridad del interprete sino que el mismo interprete puede corregir al legislador, sin perder autoridad, basándose en la intención del legislador. El profesor Calvo por ello concluye que “la ficción de la voluntad del legislador legitima al intérprete para corregir los defectos superficiales de la ley.”¹²²

Calvo no es el único que plantea esta situación, Hart en relación a los casos difíciles y la facultad de crear derecho de los tribunales (discreción), nos plantea que “...en todo caso difícil pueden plantearse principios diferentes que respaldan analogías contrapuestas y a menudo el juez tendrá que elegir entre ellos, basándose, como legislador responsable.”¹²³ Acá se cambia el concepto de la intención del legislador (interpretación) por la de decidir como un legislador responsable (un estándar de

¹¹⁹ CALVO GARCIA, Manuel. La voluntad del legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 3 (1986), p113-127. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010]. p115.

¹²⁰ CALVO GARCIA, Óp. Cit. p127.

¹²¹ CALVO GARCIA, Óp. Cit. p120.

¹²² CALVO GARCIA, Óp. Cit. p127.

¹²³ HART. (Post Scriptum). Óp. Cit. p262.

decisión); pero en el fondo es la misma idea, la de decidir judicialmente con la autoridad de un legislador. La diferencia clave se da en que Hart admite la creación del derecho en su concepto y la ficción de la intención del legislador, no admite la creación del derecho. En Chile Peña nos comenta en relación a la creación del derecho que “...los juristas no estarían dispuestos a reconocer esa función de creación que inevitablemente poseerían y, de esa manera, construirían un conjunto de técnicas argumentativas que tendrían por objeto atribuir al legislador las soluciones planeadas por los juristas”¹²⁴. Bueno una de esas técnicas y de hecho la más usada es la ficción de la intención del legislador.

La voluntad e intención del soberano, sólo puede entenderse bajo el paradigma de comunicación perfecta (capítulo 1). Al destruir dicho paradigma, la ficción sólo se entiende como un recurso para enmascarar la creación de derecho de parte de los tribunales. Lo que entiendo respecto a la ley, cuando entiendo algo, ese algo automáticamente es la intención del legislador, incluso pudiendo corregir la letra de la ley. La ley X, se entiende como Y, debido a que el intérprete dice que es Y, incluso si en un comienzo entendió X, debido a que para el intérprete es más racional Y que X. Así las cosas, en la jurisprudencia Chilena, no obstante no existir el concepto daño moral, cuando se creó el Código Civil de Chile, se ha entendido hoy que cuando el código dice que se indemniza “todo daño”¹²⁵ esto incluye el daño moral; ya que si el legislador hubiese conocido dicho concepto lo hubiese incluido. Pero a su vez también se ha entendido que si racionalmente se incluye el daño moral en la responsabilidad extracontractual, también lo tenemos que entender incorporado en la responsabilidad contractual, aunque literalmente el código¹²⁶ diga que sólo se indemniza el lucro cesante y daño emergente¹²⁷. De esta forma lo que se aplica en los tribunales no es la

¹²⁴ PEÑA, Carlos. Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil. en Revista Centro de Estudios Públicos, [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 60 año 1995. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

¹²⁵ Artículo 2329. Código Civil de Chile.

¹²⁶ Artículo 1556. Código Civil de Chile.

¹²⁷ Así fue la evolución jurisprudencial de los tribunales en Chile, para ver más me remito como antes, a PIZARRO, Wilson, La responsabilidad Contractual en el derecho Chileno. Fundación Fueyo. Universidad Diego Portales, Chile. [En línea] [Consultada: 22 de Noviembre 2010] [www.fundacionfueyo.udp.cl/investigacion/pubpizarro/responsabilidad_contractual.pdf]

ley, sino lo que los mismos tribunales dicen que dice la ley; incluso contradiciendo la letra de la ley, pero legitimados por la ficción del legislador.

Ahora bien, no sólo es una ficción que enmascara la creación del derecho por los tribunales, sino que también es una ficción en el sentido que la ley tiene una sola voluntad o intención. Es un hecho notorio que en las asambleas legislativas (parlamento o congreso) se provocan grandes discusiones en las cuales por regla general no se provoca unanimidad. Existen diferentes visiones, grandes discusiones, que quedan estampadas en la historia de la ley e incluso podemos llegar a generar leyes en que nadie esta totalmente de acuerdo. Estas leyes, en que nadie esta totalmente de acuerdo, son leyes negociadas o híbridas, donde se recogen ideas contradictorias¹²⁸. Por ejemplo en la ley 19.300 de Chile, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, se recoge la responsabilidad subjetiva (Artículo 52), empero se pone una presunción de culpabilidad (Artículo 53) que la transforma para muchos en responsabilidad objetiva¹²⁹. En relación a esto y con la presunción del legislador racional, la ley es concretada por los tribunales (decidiendo los jueces en la práctica si la responsabilidad ambiental es objetiva o subjetiva). El juez hace una práctica uniforme en relación a esa ley y eso permite superar la contradicción de texto; práctica que es transmitida en las facultades de derecho. No estoy diciendo que sea malo ocupar esta ficción, sólo estoy diciendo que hay que asumir que es una ficción y que lo que cotidianamente hacen los tribunales, es crear derecho, pensando idealmente como un legislador responsable.

2. No existe el poder absoluto del soberano: No da lo mismo cualquier ley y la curva de Laffer como demostración.

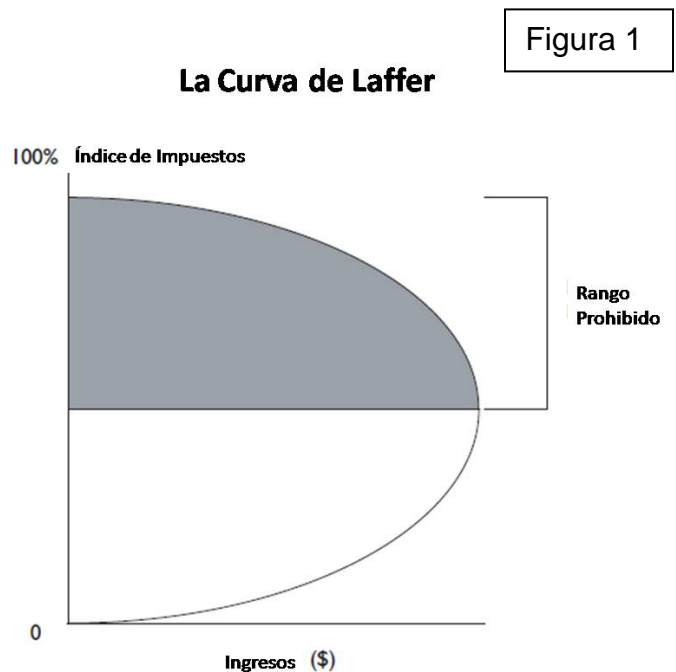
Así como la ficción del legislador también existe la idea errada de un poder absoluto del soberano. Si bien la idea del poder absoluto del soberano se ha ido desterrando con el respeto a los derechos individuales y la consagración de estos, tanto en las

¹²⁸ Esto se verá en profundidad en los capítulos 8 y 9, acá sólo se dejará planteado.

¹²⁹ HUNTER, Iván. La culpa con la ley de responsabilidad civil. Rev. derecho (Valdivia) [En línea] v.18 n.2 Valdivia dic. 2005. [Consultada: 10/12/2010] [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200001&script=sci_arttext]

constituciones como en los tratados internacionales; no es menos cierto que la idea de derechos individuales se contrapone como el único límite a dicho poder. En este apartado veremos que el poder absoluto, no es absoluto y que tiene como límite la factibilidad de aplicación de la ley. La factibilidad no se relaciona, con la factibilidad física, *i.e.* como que el soberano quiere que todos caminemos sobre el agua. Sino con la posibilidad y el costo de implementar una ley. Para demostrar aquellas dificultades revisaremos la curva de Laffer, la cual nace como una política fiscal, pero que en este apartado plantearemos que puede ser extendida a otros temas.

La curva de Laffer, fue creada por el economista Arthur B. Laffer, en el año 1978, planteando que si el índice de impuestos es equivalente o cercano al 100%, los contribuyentes preferirán no trabajar o aumentarían sus esfuerzos por evadir (si estos pueden decidir), lo cual provocaría un ingreso cercano a 0% y también obviamente si el



índice de impuestos es cercano 0%; el estado no percibiría ingresos (**ver figura 1**¹³⁰). Esta situación demuestra que si el Estado quiere percibir más ingresos, no debe aumentar indiscriminadamente los impuestos. El hecho de aumentar los impuestos no implica que vaya a recaudar más dinero. “La curva por si misma no dice si un recorte de impuestos va reducir o aumentar la recaudación”¹³¹ Laffer aclara que la forma de la curva es cambiante y que son varios los factores que la afectan (*i.e.* factores productivos), pero sostiene que “si los impuestos son muy altos –en el rango prohibido-

¹³⁰ Grafico obtenido de: LAFFER, Arthur B. The laffer curve, past, present, and future. [En Línea] The Heritage foundation. N° 1765, Washington. EE.UU. Junio 1, 2004. p2. (traducción informal por el autor). [www.heritage.org/research/taxes/bg1765.cfm] [visitada: 10/12/2010].

¹³¹ LAFFER. Óp. Cit. p3. (traducción informal por el autor).

*un recorte en tasa de impuestos, va a generar una mayor recaudación*¹³². Así las cosas, la única forma de saber si se está en el rango prohibido es bajando los impuestos¹³³. Observando ex post, si la rebaja de impuestos produce en la práctica un mayor recaudo fiscal al final del periodo¹³⁴, si aumenta el recaudo hipotéticamente podría intentarse una nueva rebaja, para así obtener el mayor ingreso fiscal posible.

La curva de Laffer, nos permite rescatar dos conclusiones: **(A)** Que el legislador no debe subir los impuestos indiscriminadamente si lo que quiere es recibir una mayor recaudación; y **(B)** El ciudadano no obedece cuando no le conviene obedecer. El punto **B**, lo analizamos en extenso (capítulo 2) al demostrar que las leyes se ponderan, como razones importantes, no excluyentes. Acá rescato el punto que cuando hay una mala ley (*i.e.* tasa de impuestos del 100%) la masa en su conjunto reacciona (no sólo un individuo), incluso pudiendo desaparecer por completo el hábito de obediencia al derecho. También rescato que la desobediencia social a la norma (al pago de impuestos) es gradual en relación a al índice de impuestos en la zona prohibida (más cercana la tasa a 100%, más personas desobedecen la norma en la zona prohibida).

Ahora bien el punto **A** presentado, se puede entender principalmente de dos forma (i) Como un límite al legislador o (ii) como coste oportunidad del legislador. Acá sólo lo analizaremos como un límite al legislador, la otra forma se verá al final del presente capítulo. El límite al legislador se da en el sentido, que si quiere implementar una reforma, que implique un gran costo para que la sociedad la practique, este deberá enfrentarse a la desobediencia de la norma. Por ejemplo, si el legislador quiere impedir el consumo de alcohol (ley seca), puede prohibirlo como lo hizo en EE.UU. en los años 1920s¹³⁵. Empero, tendrá que enfrentarse ante bandas organizadas como las del famoso gánster Al Capone, que buscaran suplir la demanda insatisfecha por alcohol. Los consumidores están dispuestos a pagar grandes sumas de dinero por

¹³² *Ibíd.*

¹³³ Laffer entrega tres factores a tener en cuenta: (1) el monto del recorte, (2) el tiempo del recorte y (3) lugar del recorte. LAFFER. *Óp. Cit.* p3 y p4.

¹³⁴ Laffer propone como ejemplos de su teoría, recorte de impuestos en EE.UU. durante los años 1920s, 1960s y 1980s, donde se recaudo más dinero al bajar los impuestos. LAFFER. *Óp. Cit.* p3 y p4.

¹³⁵ Resumen de los hechos en MORENO, Francisco. El noble experimento de la ley seca. Liberalismo. año 2009. [En Línea] [<http://www.liberalismo.org/articulo/431/53/noble/experimento/ley/seca/>]. [visitada 10 de Diciembre 2010]

satisfacer sus necesidades y habrá gente dispuesta por ese dinero a suplirla, aunque sea contrario a la ley. Este límite no se trata de un todo o nada, sino de la dificultad y costos muy altos para efectivamente aplicar la ley. Si bien la ley seca se derogó en EE.UU., no es menos cierto que, si el legislador hubiese querido mantener la ley lo podría haber hecho a un costo muy alto. El límite se da por los costes y consecuencias negativas de mantener una ley así (limitación), no como un límite real. Volviendo al ejemplo de los impuestos, yo puedo tener un índice del 100% y obligar a trabajar a las personas, pero eso sería un símil de la esclavitud; en donde para evitar la desobediencia sólo puedo aplicar la fuerza, no la razón. ¿Se puede?, sí se puede, pero las posibilidades de mantener un régimen así planteado son muy bajas, asimismo las posibilidades de una revuelta son muy altas. Sin irse a los extremos, incluso no tratándose de índices cercanos al 100%, la historia nos muestra que una de las causas de la revolución francesa, en el ámbito económico, fue la desigual repartición de la carga impositiva donde los nobles y el clero casi no pagaban impuesto y el resto de la sociedad (Estado llano, incluidos los burgueses) pagaban impuestos altos. De esta forma, cabe concluir, que si el legislador quiere mantener el hábito de obediencia, debe considerar los efectos de sus leyes y monitorearlas; cambiándolas de ser necesario tanto en el ámbito impositivo como cualquier otro.

En tanto, podemos constituir un límite al legislador, en el sentido de que debe hacer normas posibles de ser obedecidas y que no tiendan a un hábito de desobediencia generalizado que culminen en una revolución. En este sentido, también se pueden explicar los derechos individuales (derechos humanos o autolimitación del estado), ya que de ser respetados, se disminuyen las posibilidades de una revuelta popular por los oprimidos¹³⁶. El tema de los impuestos de tasas altas está consagrado en el concepto de derecho a la propiedad y específicamente impuestos expropiatorios. En otras palabras, los derechos individuales consagrados en las Constituciones son advertencias al legislador, de las limitaciones de su poder, en donde si abusa puede ser cambiado, destruyéndose todo el sistema jurídico que sustentaba su poder.

¹³⁶ Acá no podré hacer un mayor análisis a esta idea, sólo lo dejaré planteada esperando en otra oportunidad ahondar con un ensayo al respecto.

Al ser gradual, muchas malas leyes pueden subsistir en el sistema sin provocar efectos tan nocivos como una revolución, pero no por ello, no deben ser revisadas. Hay leyes que pueden transformarse en letra muerta (no se aplican) y de esa forma, si bien no hay efectos nocivos para la sociedad, el legislador se desprestigia. Por ello considero bueno evaluar en la práctica el funcionamiento de las leyes para ver su aplicabilidad.

3. Responsabilidad del Estado Legislador, una buena idea pero un mal concepto.

Teniendo presente que hay leyes que siendo malas pueden subsistir en el sistema sin un control y que no necesariamente afectan derechos individuales. Es que hay un grupo de la doctrina que ha planteado el concepto de responsabilidad del Estado Legislador, otros hacen un alcance y la delimitan a una responsabilidad extracontractual y patrimonial. La idea lucha contra otra ficción que proviene “...de monarquía absoluta <el rey no puede hacer mal> y por tanto no puede ser responsable, el Estado democrático, que no es más que la nación soberana, tampoco puede hacer mal, ni puede ser responsable.”¹³⁷ Esta teoría busca que el legislador se haga responsable por los daños causados a los ciudadanos cuando se aplica una ley. La delimitación de qué daños que son tolerables (*regulation*) y la identificación de los daños que son indemnizables (*taking*) es uno de los grandes problemas de la teoría que revisaremos acá.

La idea base es mermar el principio de soberanía, así en Francia a principios del siglo XX, Duguit cita a Teisser para ejemplificar lo obtuso del principio “<Las leyes, escribe, constituyen en primer termino actos de soberanía, y los daños causados por ellas a los particulares, salvo disposiciones contrarias, no pueden dar lugar á una acción de responsabilidad contra el Estado, ni ante la jurisdicción administrativa, ni ante la autoridad judicial>”¹³⁸ De esa forma, Duguit nos plante en síntesis el miedo de los que apoyan el principio de soberanía, “...si se admiten casos en que el Estado es responsable, es que en estos casos no es soberano, y si hay casos en que no es

¹³⁷ DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público. Edición Francisco Beltran, Madrid. 1913. p334 y p335.

¹³⁸ DUGUIT, Óp. Cit. p336.

soberano, no lo es nunca.”¹³⁹ Esta visión absoluta se relativizó como explica Duguit cuando entró en conflicto con el derecho de propiedad. En ese momento, los autores que apoyaban la soberanía se enfrentaron con el derecho de propiedad y estos “...se deciden a favor de la soberanía individual, de la propiedad. ...En definitiva la responsabilidad pecuniaria del Estado es reconocida cuando se realiza un atentado contra la propiedad privada.”¹⁴⁰ Duguit se afirma de aquello para entablar la responsabilidad del Estado legislador, que cuando hace una ley y modifica un estado de cosas anterior, “si estas modificaciones tiene por consecuencia imponer cargas particularmente pesada para uno o varios individuos, la caja colectiva debe reparar el perjuicio.”¹⁴¹

La jurisprudencia Francesa, recogió este concepto en el caso *La Fleurette*¹⁴² en el año 1938 (casi la única sociedad productora de crema sucedánea a la leche, la cual el Estado prohibió con el fin de defender el mercado de la leche) donde se obligó al Estado a indemnizar. Sin embargo, se plantea un doble filtro antes de indemnizar:

*“...inicialmente la tarea del juez se reduce a la investigación de la voluntad del legislador acerca de la indemnizabilidad de los daños. Si el resultado es negativo, el proceso se detiene y la demanda se rechaza; pero si es positivo, se hace entrar el segundo filtro de la igualdad ante las cargas públicas –malla más estrecha aún que el primero-, concretando en la exigencia de un perjuicio especial y de excepcional gravedad.”*¹⁴³

Este doble filtro, resaltando el de especialidad y excepcional gravedad del perjuicio, sirven para descartar un sistema que se vea obligado a indemnizar cada vez que se hace una ley. De esa forma, si el legislador quiere afectar particularmente a un sector, debe decir si quiere o no indemnizarlo, si decide no indemnizarlo puede hacerlo, pero debe decirlo¹⁴⁴. Si esta teoría se mantiene bajo estrictos límites, sólo en casos muy excepcionales, no tiene ningún problema, pero si se pretende ampliar por ejemplo a

¹³⁹ DUGUIT, Óp. Cit. p337.

¹⁴⁰ DUGUIT, Óp. Cit. p338.

¹⁴¹ DUGUIT, Óp. Cit. p362.

¹⁴² *Arret La fleurette* en Long, Weil, Braidant, Devolvé y Genevois. Los grandes fallos de la jurisprudencia francesa. Ediciones librería profesional. Bogotá. 2003, p217-p223.

¹⁴³ SANTAMARÍA PASTO, Juan Alfonso. La teoría de la responsabilidad del Estado legislador. Revista de Administración Pública N° 68, año 1972. España. p91.

¹⁴⁴ Un punto a resaltar acá, es que nos volvemos a encontrar con la ficción de la voluntad del legislador, en donde si este no dice nada, el juez ocupando principio de igualdad de las cargas públicas decide el caso en cuestión. Para nuestra teoría, esto demuestra que el primer filtro (la funcionalidad de la ley), si la ley no es aplicable vamos al segundo filtro (estándar de decisión, decidir como un legislador racional).

casos donde se deba indemnizar por el hecho de adelantar la edad de jubilación a ciertos sectores¹⁴⁵; se generan problemas. Llegar a ese extremo sería “*gravar al Estado con indemnizaciones que probablemente hubieran supuesto la ruina de su hacienda*”¹⁴⁶.

Ésto no sólo sería un problema de dinero, sino, de democracia “*el legislador democrático que va representando sucesivamente a cada generación en ejercicio no está en modo alguno vinculado por leyes dictadas por otras generaciones...*”¹⁴⁷. Si el legislador no está vinculado a la leyes pasadas, eso implica que puede cambiar las leyes, al cambiarlas puede afectar derechos adquiridos de los ciudadanos y no por el hecho de afectarlos tendrá siempre que pagar. Si tuviese que pagar siempre, eso provocaría un incentivo al *statu quo* (estado del momento actual), cuestión que limitaría al legislador y con ello a la misma renovación; que implica la democracia con la nueva mayoría¹⁴⁸. Si fuese así el hecho de ganar la mayoría, no implicaría la posibilidad de ejercer dicho poder, debido a que habría que considerar un factor económico. A su vez, se daría la situación que quien primero decide, es quien gana y eso no es democrático, debido a que quien de ser la antigua mayoría paso a ser la nueva minoría, seguiría ganando frente a la nueva mayoría que no podría cambiar la antigua ley debido al alto costo monetario de hacerlo.

La idea a rescatar acá, es que la ley no es inocua y que produce daños a los ciudadanos. Esos daños no implican una indemnización, como vimos deben pasar por varios filtros, no hacerlo pasar por filtros provocaría un incentivo antidemocrático. Así las cosas el legislador debe seguir (evaluar) sus leyes, debido a que como vimos estas no son inocuas. El hecho de compartir la idea que en dichos casos no cabe indemnización, no implica que no deban tomarse resguardos para provocar el menor daño posible o de

¹⁴⁵ Ver Sentencia del 30 de Noviembre de 1992, Tribunal Supremo Español en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Revista de Administración Pública N 159, 2002. p203.

¹⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA. Óp. Cit. p205.

¹⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA. Óp. Cit. p194.

¹⁴⁸ Por ejemplo, el grupo **A**, quiere que se haga **X** y el grupo **B** quiere que se haga **Y**. En un primer momento el grupo **A** es mayoría y hace una ley que dice **X**. Al pasar el tiempo el grupo **B** gana la mayoría, sería injusto tener que pagar a todos los que se beneficiaban con la posición **X**, para poder imponer la posición **Y**, en una nueva ley.

provocarlo que el mismo legislador este en conocimiento, para modificar la ley si el coste para él es muy alto.

4. El Concepto de Eficiencia es diferente a la maximización de la riqueza.

Para poder analizar este cuadro debemos introducir el concepto de eficiencia, para una primera aproximación al concepto de eficiencia es útil ir al diccionario, en él se nos señala que es la “*capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado*”¹⁴⁹. A dicha definición la llamaremos originaria o instrumental y la podemos dividir en dos requisitos copulativos (i) una capacidad (forma) de disponer y (ii) el fin u objetivo de conseguir un efecto determinado. Ahora bien, el derecho tomó la definición antes expuesta y la aplicó al ámbito normativo, a ello se le denominó como la antigua escuela del análisis económico del derecho¹⁵⁰. En ese entonces se determinaba de forma binaria si las reglas (respecto sólo al ámbito económico) que se usaban en un momento dado en el *Common Law* o en la legislación servían para alcanzar en la práctica los objetivos (económicos) establecidos. Esta concepción cambió con las actuales escuelas del análisis económico del derecho encabezadas por R. Posner y G. Calabresi, al costo (según explicaré) de perder el útil y originario concepto de eficiencia.

El primero en hacer un giro con el concepto de eficiencia fue Coase, con el famoso *Teorema de Coase* en 1960 “*el resultado último (que maximiza el valor de la producción) es independiente de la posición legal si el sistema de precios se supone que funciona sin costos*”¹⁵¹, es decir, el fin que se persigue es *la maximización del valor de producción* con un mínimo o nulo costo de transacción. Dicho esto y en aplicación a las normas (en la asignación inicial de los derechos en el ordenamiento) Coase plantea que “*lo que hay que decidir es si la ganancia de prevenir el daño es mayor que la*

¹⁴⁹ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, <En línea> 22 Edición, España, Real Academia Española, 2001 [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.rae.es>>

¹⁵⁰ HIERRO, Liborio L., *Justicia, igualdad y Eficiencia*, 1era Edición, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 14. nota al pie N° 4.

¹⁵¹ COASE, Ronald H., *The problem Of Social Cost*, EE.UU., Journal Of Law and Economics, <En línea> 1960, p. 15. [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>>

pérdida que se sufriría por otra parte como resultado de parar la acción que produce el daño".¹⁵² De esa forma el concepto de eficiencia deja de ser un adjetivo y se empieza a transformar en un principio (*el de maximización del valor*), cuestión que hace que la eficiencia tenga una pretensión más ambiciosa, al tener un ámbito de aplicación más amplio "*donde se pretende explicar la naturaleza del ordenamiento jurídico (o de ciertas partes de él) y proporciona un criterio para la creación e interpretación del derecho (o ciertas partes de él)*"¹⁵³. En otras palabras, la eficiencia sería un valor, el cual puede ser aplicado tanto en la creación del derecho (legislación y asignación inicial de derechos) como en la aplicación del derecho (judicatura).¹⁵⁴ La eficiencia se plantea como un algo que potencialmente puede ser medido y comparado utilizando las formulas que buscan medir la utilidad (eficiencia), como son las enunciaciones del *Principio de Pareto* (se requiere que alguno mejore y nadie empeore para considerar que S' es superior a S. Junto con que alguien deba desear pasar de S' a S) y la formulación de *Kaldor-Hicks* (no se requiere que alguno mejore y nadie empeore para considerar que S' es superior a S. Sólo si los que mejoran y desean pasar de S' a S tienen potencialmente como consecuencia de su mejora, capacidad para compensar a los que empeoran)¹⁵⁵.

Lo antes expuesto se reafirma por la Escuela de Posner¹⁵⁶, al plantear el principio de *maximización de la riqueza*. L. Hierro manifiesta (en referencia a Posner) que "*la traducción posneriana del criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks es una traducción simple: la eficiencia es el incremento de la riqueza... es precisamente la interpretación autentica del principio de eficiencia en esta formulación: "hacer el pastel tan grande y como sea posible"* (Posner 1985, p. 105)."¹⁵⁷ Posner nos plantea así el principio de eficiencia, cuestión que insisto que es diferente al concepto de eficiencia. Se plantea la

¹⁵² COASE, Op. Cit, p. 11.

¹⁵³ HIERRO, Op. Cit, p. 19.

¹⁵⁴ Cabe notar que aquí sólo analizaremos en extenso la pretensión normativa sobre creación de derecho.

¹⁵⁵ Ambos conceptos, basados en el texto de HIERRO, Op. Cit. p. 22 y COLEMAN, Jules, *Los fundamentos del bienestar*, en *Revista Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad De Chile, N° 10, 2004, pp. 21 a 25.

¹⁵⁶ Siguiendo la clasificación hecha por Hierro, "...este sector cuenta con entre sus más significativos representantes con G. Becker, H. Demsetz, F.H. Easterbrook, I. Ehrlich, M. Landes y G. Tullock. Puede considerarse, sin duda, como la escuela mayoritaria." HIERRO, Op. Cit. p. 39 nota al Pie N° 29.

¹⁵⁷ HIERRO, Op. Cit. p. 25. En referencia a POSNER R., *Wealth Maximization Revisited*.

maximización de la riqueza como un valor, cuestión que es discutible y que de hecho discute R. Dworkin, dejando en evidencia que no se puede hacer una asignación inicial de derechos (basándose en el principio de maximización de la riqueza) debido a que *“no podemos siquiera especular sobre qué situación produciría la actividad económica sin hacer suposiciones sobre la riqueza y otros derechos de los individuos.”*¹⁵⁸ O sea no podemos decir si algo va a producir eficiencia sin tener información previa o sin haber hecho una valoración previa, es decir, sin haber antes definido un punto de referencia¹⁵⁹. Así sólo podemos decir que algo es eficiente, sí sólo sí, tenemos un punto de referencia (un objetivo). Pero eso no nos serviría para qué ex-ante, hacer una distribución inicial de derechos (definir los objetivos), es decir, no nos sirve para crear normas, dejándole al principio de eficiencia sólo un ámbito de aplicación en los órganos jurisdiccionales, cuando el legislador previamente tome como objetivo una forma de maximización de la riqueza. Calabresi concuerda con esta postura de Dworkin y opina al respecto que *“...incluso con un punto de partida, es difícil ver como un incremento en la riqueza constituye una mejora en una sociedad a menos que promueva algún otro objetivo, como la utilidad o la igualdad ... el adelanto de eficiencia es, como tu dices, meramente instrumental y necesita ser añadido a algún balance de aquello para lo que es instrumento antes de que pueda evaluarse.”*¹⁶⁰

La Escuela de Calabresi¹⁶¹, es menos extremista que Posner, y con esa medida logra recuperar el principio de eficiencia para la creación normativa, perdiendo a su vez la fuerza argumentativa del principio presentado por Posner. Calabresi postula que este principio no es un criterio neutro y que en *“el análisis económico del derecho, aún asumiendo un intercambio entre maximización de la riqueza (eficiencia) y su distribución (equidad), no es un modelo normativo exhaustivo porque junto al binomio*

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald, *A Reply by Ronald Dworkin*, 1984, p. 296, citado en HIERRO, Op. Cit. p. 33.

¹⁵⁹ El argumento circular de identificar un valor por ser un valor, es identificado por Dworkin *“parece que la concepción de Posner del valor es tanto consecuencia como causa de una teoría de los derechos individuales”* DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 1er Edición, España, Ed. Ariel, 1984, p. 167.

¹⁶⁰ CALABRESI, *About Law and Economics: A letter to Ronald Dworkin*, citado en HIERRO, Op. Cit., p.48.

¹⁶¹ Siguiendo la clasificación hecha por Hierro, *“forman parte de este sector –junto a Calabresi- B. Ackerman, P. Boobbit, E. J. Mishan y A.M. Polinsky”* La posición crítica frente al sector mayoritario, hace difícil encasillarlos” HIERRO, Op. Cit., p. 39 nota al pie N° 30.

*de eficiencia-equidad existen valores (justicia) de carácter superior*¹⁶². En otras palabras, lo que hace Calabresi es poner el valor de la eficiencia en competencia con otros valores. Así logra que el principio de eficiencia y las consideraciones respecto a la eficiencia, sean sopesadas al momento de hacer las asignaciones iniciales de derechos, en un juego de ponderaciones con otras razones como la justicia. La eficiencia pierde de esa manera, en una ponderación con razones de justicia, el valor absoluto en el cual se podía decir ex-ante que una ley eficiente es siempre preferible frente a una ley ineficiente. Empero para Calabresi *“la eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema que admitiera, abiertamente, el despilfarro, fuese justo.”* (Calabresi 1985, p. 227).¹⁶³ De esa forma una ley notoriamente ineficiente es injusta y por ello debiese ser cambiada o eliminada del sistema jurídico. Ante esto Dworkin sostiene que *“es absurdo considerar la maximización de la riqueza como un valor, dentro o fuera del concepto de justicia*¹⁶⁴ y por ello Hierro manifiesta que si se define la riqueza como un instrumento *“...si alguien sostiene esa tesis, en cualquiera de sus versiones, no puede hablar de transacciones entre riqueza y justicia porque no hay transacción alguna entre medios y fines.”*¹⁶⁵

Lo que ocurre es que Dworkin reclama contra el concepto de eficiencia instrumental (como capacidad de disponer para conseguir un objetivo), tanto Posner como Calabresi redefinen el concepto de eficiencia como el principio de maximización de la riqueza, es decir, como un valor. El punto en el que Dworkin fundamenta su crítica (punto el cual ni Posner, ni Calabresi logran explicar satisfactoriamente) es el planteamiento de que la eficiencia es igual a la maximización de la riqueza. Si eficiencia se define como capacidad de X para conseguir un objetivo Z. ¿Cómo es que dicho concepto abstracto se concretiza en la capacidad de X de maximizar la riqueza? Consecuentemente lo que hace Calabresi y Posner es decir que el objetivo Z siempre será la maximización de la riqueza. Cuestión que es más que discutible, es absurdo en el sentido normativo, ya que

¹⁶² Hierro refiriéndose a la discusión entre Calabresi y Posner. HIERRO, Op. Cit. p. 43.

¹⁶³ HIERRO, Op. Cit., p. 52. En referencia a CALABRESI, *Los límites de algunos análisis no económicos del derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva época, N° 2, 1985.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald, *Is Wealth a Value?*, 1980 citado en HIERRO, Op. Cit., p. 56.

¹⁶⁵ HIERRO, Op. Cit., p. 56.

es el legislador quien tiene que definir cuál es el objetivo que quiere conseguir en cada momento dado. La eficiencia como un valor, pierde la flexibilidad y el potencial instrumental del concepto originario de eficiencia. Cabe advertir que no veo alguna razón por la cual no puedan sobrevivir de forma independiente y por cuerdas separadas, tanto el concepto originario de eficiencia como el principio de maximización de la riqueza, sí sólo sí, se deja de decir que eficiencia es igual a maximización de la riqueza y si dicho principio se justifica de forma autónoma. Empero, se puede decir que el principio de maximización de la riqueza implica el concepto de eficiencia, pero el concepto de eficiencia no implica el principio de maximización de la riqueza. Por ejemplo, si el legislador quiere incentivar el uso del automóvil y promulga una ley en donde (i) se bajen los precios de las bencinas (ii) se suba el precio del transporte público (iii) se limite el uso del auto hasta un máximo de 2 pasajeros por auto. Si sube el parque automotriz la ley va a ser eficiente, pero dicha situación no maximiza la riqueza; ni bajo la perspectiva de la formulación de *Pareto* o la de *Kaldor-Hicks*. Para decir que algo es eficiente (en su concepción original o instrumental) es necesario un control ex-post en el cual se verifique si el objetivo se cumplió o no.

5. El coste oportunidad de legislación y la legislación óptima como ideal.

Hasta acá hemos observado que existe un problema con la ley, cuando ésta se aplica: (1) la ficción de la voluntad del legislador permite resolver varios problemas de **contradicciones en la aplicación de las leyes**. Pero, la forma cómo se resuelven dichas contradicciones son puestas por los tribunales, en nombre del legislador y sin que el legislador tome conciencia de aquello. Esto nos demuestra que la ley tiene problemas, pero que debido a la ficción de la voluntad del legislador, el mismo juez resuelve dichos problemas a su manera. (2) La curva de Laffer nos ha demostrado que no es indiferente la sociedad, ante la calidad de ley que generó el legislador y que este se encuentra con la limitación práctica de la obediencia a la norma. Ante normas que sean muy extremas (zona prohibida), el legislador deberá ejercer un gran esfuerzo para mantener la **obediencia** y si no está dispuesto a ejercer dicho esfuerzo deberá bajar el estándar normativo, saliendo de la zona prohibida o acercándose más a la zona no prohibida. Este punto nos demostró, que el poder del legislador no es

absoluto y que por ello no da lo mismo la ley que se promulgue. (3) La teoría de la responsabilidad del Estado legislador nos muestra que las leyes generan **perjuicios** a los ciudadanos. La jurisprudencia, cuando se producen esos perjuicios en casos extremos ha decidido pagar una indemnización. No creo que esa sea la solución (salvo casos muy extremos, leyes con nombre y apellido como el caso *La Fleurette*), debido a que atenta contra la democracia. Los perjuicios que produce una ley, deben ser estudiados y presentados al legislador, para que de esa forma en una futura ley lo tome en cuenta para su decisión y decida, de ser necesario, si debe o no incluir una indemnización (reforzando o rechazando el criterio planteado por la jurisprudencia).

Para poder medir una ley tuvimos que introducir el concepto de eficiencia. (4) El concepto de eficiencia no puede ser confundido con el concepto de maximización de la riqueza y el concepto de eficiencia necesita un control ex post. Así las cosas, si unimos las ideas, nos podemos dar cuenta que todos los apartados tienden a demostrar que la legislación es un proceso de decisión el cual lleva aparejado muchos problemas (contradicciones, desobediencia, y perjuicios) los cuales resumen en el concepto económico de **coste oportunidad**. Si bien es cierto, que coste oportunidad en el poder legislativo se plantea a priori, en una discusión de razones que se plasma en la historia de la ley y la intención del legislador de generar una posición dominante (mayoritaria) que genere el bien a la sociedad. No es menos cierto que, no se estudia a posteriori qué fue lo que pasó con esa ley (si genero dicho bien o no). El problema de la ley no es cuándo nace, sino cuándo se aplica. Es ahí, en donde se producen las contradicciones, desobediencias y perjuicios; siendo ésta la etapa crucial en el nacimiento de la ley. Su concreción, su aplicación, el cómo entendió el juez esa ley, es finalmente cuando se produce la comunicación imperfecta. No entender aquello y no estudiar aquello, es lo mismo que cerrar los ojos y taparnos los oídos, caminando a tientas, podemos sostenernos de pie (mantener el poder), ocupar los brazos (señales) para no golpearlos; pero nunca podremos dimensionar donde estamos, ni saber para donde vamos. La creencia en la ley, como comunicación perfecta, sólo generará una inflación legislativa que reiterará la misma orden de diferentes formas, lo cual en vez de generar que los tribunales sean la boca de la ley, les permitirá encontrar más contradicciones y texturas abiertas, para poder poner sus planteamientos, en nombre

del legislador. Aceptar la comunicación imperfecta, nos permitirá enfrentar los problemas de la ley, buscando mejorar la calidad de la ley (revisándola), en vez de seguir generando leyes cada vez que aparezca un problema.

Decidir nunca ha sido fácil, al no poder tenerlo todo, se debe pagar un coste de oportunidad. Ahora bien, el coste oportunidad de la decisión de generar una ley, es aún mayor debido a que afecta a toda la sociedad. A lo largo de la historia, por ejemplo, nos hemos dado cuenta que es más eficiente no fijar los precios (EE.UU.) que fijarlos (URSS). Es decir, es mejor no generar una ley, en algunos casos, que generarla. Pero a su vez, nos dimos cuenta que dejar el mercado sin ningún tipo de regulación (sin ley, sólo a la oferta y la demanda) fue uno de los factores de la crisis mundial del año 2008; que aún hoy en el 2011 seguimos pagando sus consecuencias. Las preguntas pertinentes son: ¿Cuándo debemos generar una ley? Y ¿Cuándo debemos modificar o eliminar una ley existente?. Existen varios estudios que nos dicen cuándo es bueno y cuándo no¹⁶⁶, pero aquello siempre se sustenta en el único parámetro de maximización de la riqueza. Ese no es el único parámetro, como lo he sostenido y por ello debemos analizar los problemas de forma holística incorporando más factores para decidir. ¿Será mejor prohibir o subir los impuestos al cigarro? ¿Será bueno prohibir o legalizar la marihuana?. Generalmente nos encontraremos con posturas que si bien se maneja información al respecto, no sabemos si en la práctica producen un efecto positivo o no. La discusión se da en teoría y el legislador no tiene información de si la teoría se reafirma o destruye en la práctica.

Como vimos, según la curvas de Laffer, si queremos subir los impuestos dentro de la zona prohibida lo podemos hacer, pero debemos entender que existe el coste de recaudar menos ingresos para el fisco y el coste de asumir una mayor desobediencia a la norma al incentivar una mayor evasión. Si el legislador se diera cuenta de esto ¿Estará dispuesto a asumir dicho coste?. En el mismo sentido, hay que entender que las normas no son inocuas y que producen daños a los ciudadanos; esos daños a

¹⁶⁶ Para más información ver: VLADEK, David C., Self-correction Mechanisms in the regulatory system. Harvard Journal of Law & Public Policy. Primavera 1996, Vol. 19. Issue 3. Boston. p661. y HAHN, Robert W. Regulation: past, present and future. Harvard Journal of Law & Public Policy, Invierno 1990, Vol. 13, Issue 1. p167.

veces se pueden dar en la mala aplicación de una norma constitucional (norma inconstitucional por su aplicación), por ello hay que observar la norma en la práctica para poder darnos cuenta de los costes de la misma. El problema se da en que si bien la cultura jurídica interna y en especial los jueces saben de dicha situación; Ésta se resuelve con las teorías de la argumentación, sin entender, que las teorías de la legislación deben ser reforzadas, ya que al final del día siempre se imputa una ley.

Considerando todo lo anterior, podemos plantear que existe un punto ideal el cual puede resultar en un óptimo de la legislación. Ese óptimo se entiende como un ideal, el cual el legislador debe tender a alcanzar. El **óptimo de la legislación** lo podemos definir como **el cumplimiento del fin de la ley al menor coste posible**, es decir, de la forma más eficiente instrumentalmente. El coste no sólo involucra al arca fiscal, sino que también al coste social. La sociedad no puede asumir toda la externalidad negativa de la ley y el fisco tampoco debe asumir todo el coste de la ley. Así por ejemplo, podemos entender que el legislador incorpore indemnizaciones en algunas leyes, tomando en cuenta que si no estuvieran dichas indemnizaciones el coste de implementar dicha ley para el fisco sería menor, pero será mayor para la sociedad. Como he sostenido, el fin de la ley no significa la maximización de la riqueza necesariamente, sino que es el legislador el que dicta cual es su fin¹⁶⁷. Esto hace que la posibilidad de lograr ese ideal sea aún más difícil, lo cual provoca que haya que generar diferentes y variados instrumentos de medición.

Al igual que la Curva de Laffer, la única forma de saber si nuestra ley es eficiente o no, y la única forma de poder acercarnos al ideal del óptimo de la legislación, es contando con información empírica (experimental); ex post de nacida la ley, en su aplicación, en su concreción por los tribunales. Al contar con esa información podremos acercarnos al óptimo de la legislación, abriremos los ojos y aprenderemos de nuestras experiencias; la práctica no será más un obstáculo sino una fuente de conocimiento.

¹⁶⁷ Esto nos plantearía el problema ¿Cuál es el fin del legislador y como saberlo? Si bien, es difícil, no es imposible, se puede estudiar la historia de la ley y preguntarle a los legisladores que es lo que quieren medir. En la práctica y sin caer en contradicciones de mi teoría de la comunicación imperfecta, esto se resuelve de la siguiente forma: como no podemos saber generalmente cual es su fin, debemos informarle a legislador que paso con su ley, para que el legislador evalúe que hacer. Si la información es insuficiente, se tendrá que pedir otro informe; así es el legislador el que decidirá y no el funcionario de turno.

SEGUNDA PARTE:
LA LEGISLACIÓN ÓPTIMA POR MEDIO DEL
CONTROL POSLEGILATIVO.

“Nada hay más difícil de tratar, nada más dudoso de conseguir, nada más peligroso de conducir que hacerse promotor de nuevas Instituciones, porque el innovador tiene como enemigos a todos los que sacaban provecho de las viejas Instituciones y tiene tibios defensores entre los que se verían beneficiado con las nuevas”¹

Nicolás Maquiavelo, El príncipe, (1513).

¹ MAQUIAVELO, Nicolás. El príncipe. Editorial planeta, Santiago, Chile. 2003. p83.

CAPÍTULO IV

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN NO CONTROLA LA EFICIENCIA.

Para poder resolver un *problema*, lo primero que debemos hacer es detectar dicho problema. Teniendo presente el coste oportunidad de la legislación y el ideal de la legislación optima, debemos analizar el control constitucional, ya que es la institución de jueces, que puede oponerse con efecto general a las decisiones del legislador. En este capítulo, pretendo detectar un problema más en el sistema de derecho, específicamente en el tipo de *control* que se ejerce sobre la legislación, para que observemos que la forma en como se han hecho las cosas hasta ahora nunca nos podrá acercar a la realización del ideal de la legislación óptima; debido a que no se controla la eficiencia de las leyes. Hoy es necesario no sólo fijarnos en los árboles (leyes del sistema jurídico) y alejarnos un poco para poder ver el bosque (los problemas que se quieren resolver por medio de dichas leyes), ya que la *forma* como la ley soluciona estos problemas repercute con fuerza en la cotidianidad de nuestras vidas. Por ello acá observaremos que el sistema, sólo se basa en un control de requisitos, determinando si una ley es válida o no, pero también es importante saber si luego de la entrada en vigencia de la ley los problemas fueron resueltos. El derecho sólo pide como requisito que las normas que sean *validas*, las cuales deben haber pasado todos los *controles de constitucionalidad*, además dichas normas a su vez pueden ser calificadas como ineficientes o ineficaces², pero aquello no es relevante para el derecho. Acá propondré que la Constitución Chilena, si considera relevante la eficiencia, empero no tenemos ningún sistema que controle la eficiencia. Las leyes

² En esta memoria asimilare los distintos conceptos de eficiencia con el de eficacia, debido a que en una dimensión temporal dada, una ley ineficiente es ineficaz. Debido a que si importa si el objetivo que se busca se alcanza en 1 año plazo o si este se alcanza en 100 años plazo. Teniendo presente, que en la actualidad, por lo general el ser humano no vive más de 100 años. Por ende para alguien que muere antes de los 100 años el objetivo nunca se alcanzo y para este ese acto fue ineficaz.

ineficientes de esa forma perviven en el sistema jurídico -en la proliferación de las leyes³- sin ningún tipo de control.

Para poder empezar a terminar con esta situación de las ciencias económicas no sólo se debe rescatar, para el sistema de derecho, el concepto de *eficiencia*, si no también el de *control*; siendo que no puede decirse que algo es eficiente sin que posteriormente haya un control. Esta afirmación merece una profundización, ya habiendo visto los conflictos que nacen entorno al concepto de eficiencia en el capítulo tres debemos: (1) analizar el concepto de control (2) dentro del sistema jurídico – específicamente en el ámbito constitucional- y de esa forma plantear las interacciones necesarias entre ambos conceptos (3) como una forma de superación a lo antes planteado. Finalmente (4) descartaremos la máxima de adecuación de Alexy, como un posible control de eficiencia.

1.- El concepto de control: Constitucional.

Si bien es cierto que el concepto de control se encuentra en varios ámbitos del sistema jurídico, no es menos cierto que cuando hablamos de creación de normas, nos tenemos que remitir a la constitución. Si bien en la constitución el concepto de control se plantea de forma amplia (Judicial, Legislativo, Ejecutivo y el pueblo o ciudadanos), no podemos obviar que en la práctica finalmente todo confluye hacia el control que ejerce el Tribunal Constitucional, como el gran defensor (guardián) de la constitución. Pero; ¿Qué tipo de control es el que ejerce el Tribunal Constitucional?

Primero veamos que es el concepto de control y para ello es bueno exponer la *teoría del control* como una teoría que se preocupa del comportamiento de los sistemas dinámicos, en donde el *output* deseado en un sistema, se le denomina *referencia*. Así cuando uno o más *output* pueden variar en un sistema, se necesita que cada cierto tiempo, los *output* sigan una cierta *referencia*, así un *controlador* lo que

³ Para ver el problema de la proliferación de las leyes ver el libro MENÉNDEZ, Aurelio (director), *La proliferación legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho*, 1era Edición, España, Editorial Thomson Civitas, 2004, por cuestiones de espacio dicho tema no será tocado en este ensayo.

hace es manipular los *inputs* de un sistema para obtener el efecto deseado en el *output* del sistema.⁴ De esa forma aplicando dicha teoría en el derecho, podemos decir que lo que hace un control es ver si el *output* (leyes) del sistema (jurídico) ha alcanzado la *referencia* (una ley que solucione el problema). Si no se ha alcanzado la *referencia* (solucionar el problema) dicha información debiese transformarse en un *input* en el sistema (jurídico) el cual debería generar un nuevo *output* (ley) para así con este nuevo *output* (ley) alcanzar el *output* deseado; la *referencia* (una ley que solucione el problema). Cuestión que concuerda con la definición en el ámbito económico-administrativo que da el profesor de la universidad de Harvard, Robert L. Simons “*Los sistemas de control de gestión son la manera formal en que las rutinas de información y los procesos de gestión usan para mantener o alterar patrones en las actividades de organización*”⁵ Consecuentemente, podemos concluir que controlar tiene que ver con cómo se cumplen en la práctica los objetivos previamente definidos. Se debe estudiar el *output* del sistema y ver si este es el *output* deseado previamente. En otras palabras, se debe estudiar si la ley logró su objetivo (objetivo de solucionar el problema planteado por el legislador) o no. Cuestión que el controlador debe informar al legislador (quién es el que gestiona, si usamos la terminología de administración), para que este así decida si mantiene o hace cambios en la organización del sistema jurídico (o en una ley).

Volviendo a nuestra pregunta inicial en esta sección ¿Qué es lo que hace el Control Constitucional? ¿Tiene una vinculación con el *output* e *input* del sistema y con los flujos de información? Al parecer no, según Fernández, control en el ámbito jurídico sería “*un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado*

⁴ Definición Basada en GEREMIA, J.M., *An Introduction to control theory from classical to quantum applications*, <En línea > Universidad de Heidelberg, Alemania, pp. 1-7 [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <[http://http://minty.caltech.edu/Publications/Geremia03c.pdf](http://minty.caltech.edu/Publications/Geremia03c.pdf)

⁵ “Management Control systems are the formal, information routines and procedures managers use to maintain or alter patterns in organizational activities” SIMONS, Robert L., *Levers of Control: How Managers use Innovative Control Systems to drive Strategic Renewal*, Boston, EE.UU., Harvard business School, 1995, p. 5.

*todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)*⁶, en otras palabras *Test de pedigrí* y Ferrada aplicando aquello al control constitucional manifiesta que sería lo mismo, sólo que lo que esencialmente caracterizaría a dicho control, más que por la actividad misma, se daría, por el parámetro de verificación utilizado el cual corresponde a normas constitucionales. Dichas normas generan conflictos debido a la imprecisión de su formulación (textura abierta), cuestión que provoca que no se pueda dar un simple silogismo donde la mera constatación de un hecho y/o aplicación literal del precepto sirvan como fundamento de su aplicabilidad para controlar una ley.⁷ Ambos autores ven así que el control constitucional se da en una verificación de requisitos, el único problema es que la verificación de requisitos es más compleja en el ámbito constitucional. Así las cosas, controlar se transforma en sólo verificar requisitos, previamente exigidos en una ley⁸. El control constitucional se resume en que si la ley no cumple con las exigencias y requisitos esta no puede publicarse (control ex-ante) y si ya fue publicada, sin el cumplimiento de los requisitos, esta debe ser invalidada declarado a esta inaplicable o derogada⁹ (control ex-post).

De esa forma, el concepto de control se degrada (como lo ocurrido con el concepto de eficiencia / Capítulo 3) al transformarse en una simple verificación de requisitos (como un límite para quien gestiona –legislador-) y consecuentemente deja de ser un flujo de información que se dirija hacia quien gestiona (el legislador), para que este decida si modifica o mantiene una ley. El control (jurídicamente entendido) es así un límite al poder del legislador, en cambio, un control entendido (en el ámbito administrativo) se convierte en un sistema que ayuda al legislador a decidir.

Detengámonos en las consecuencias del error de concebir al control constitucional como un control que debe verificar el cumplimiento de requisitos (como un límite al poder del legislador) cuestión que acá llamaremos *control de requisitos*. De hecho el

⁶ FERNÁNDEZ, E., Diccionario de derecho público, Buenos Aires, Astrea, 1981, p 101. Citado en FERRADA, Juan Carlos, *El control constitucional de los poderes públicos*, en Revista Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad De Chile, N° 11, 2005, p.43.

⁷ FERRADA, Óp. Cit., pp. 45 y 57.

⁸ Entendiéndose también la constitución como una ley.

⁹ Artículo 94 Constitución de Chile, <En Línea> Chile, 2007, [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.bcn.cl>>

problema en esencia de este control de requisitos, es que se transforma en un límite frente al legislador. Espontáneamente nacen así los cuestionamientos ¿Qué límite es ese? y acto seguido aparecen las preguntas no menos relevantes ¿se puede limitar al legislador? ¿Es legítimo limitar al legislador con un control de requisitos? C. Schmitt ante esto demuestra las falencias de esta construcción y plantea primero que “*una ley no puede ser protectora de otra ley*”¹⁰ y que lo que se produce es la defensa de una ley más fuerte (más difícil de modificar) frente a una más débil. Empero, tampoco esa configuración es justificable debido a que “*sería poco procedente decir que se subsume la ‘supresión de una norma’ al ‘mantenimiento de otra’*”¹¹ en un conflicto jurisdiccional entre una norma fuerte y otra débil. Por ello Schmitt plantea que “*el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, no se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quien resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas de referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma*”¹². Por ello es que “*no puede hablarse de una vulneración de la norma, cuando el Tribunal es de otra opinión que el legislador o el Gobierno cuyos mandatos están en pugna con los del precepto legal dudoso formulado en la constitución.*”¹³ De esa forma concluye que “*toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la constitución; procede como legislador constitucional.*”¹⁴ En otras palabras, Schmitt nos plantea que el control de requisitos, no es algo inofensivo y neutro, si no que se transforma en una nueva instancia de decisión, es decir, no sólo el parlamento decide, si no que también un grupo de jueces.

En esta misma línea F. Atria plantea que las normas constitucionales no expresan concepciones sino conceptos en los cuales hay desacuerdo y así manifiesta que “*si el*

¹⁰ SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución*, 1era Edición, Madrid, Editorial Labor, 1931, p. 53.

¹¹ SCHMITT, Op. Cit., p. 57.

¹² SCHMITT, Op. Cit., p. 58.

¹³ SCHMITT, Op. Cit., p. 60.

¹⁴ Ídem.

*deber de un miembro del tribunal constitucional es complementar los conceptos constitucionales de igualdad y libertad (etc) con sus propias concepciones, entonces todos los conflictos políticos son solucionados por la constitución así complementada. Podemos prescindir del parlamento y pedirle a los miembros del tribunal constitucional que tomen las decisiones por nosotros.”¹⁵ Conseguimos así tener la certeza que el control de requisitos no es algo que potencie al legislador, si no que más bien lo inhibe (limita) en cambio un control verdadero le entregaría armas (información) al legislador para que este decida; así se respetaría tanto al sistema político como al sistema de derecho. Debido a que cuando hablamos de control de requisitos en el ámbito constitucional “...*todo es político y no podemos escaparnos de eso*”¹⁶.*

2. Control de eficiencia: Interacciones necesarias entre Eficiencia y Control.

El profesor Atria nos manifiesta que todo es político cuando hablamos de la asignación inicial de derechos. Si bien concuerdo con su afirmación, creo que es irresponsable dejar todo en manos del poder del legislador y hacer que los juristas sólo miren apáticamente los actos democráticos que ejecuta el parlamento. El legislador no es un Dios, se equivoca, por ello se debe levantar el velo, ver que esta compuesto por un grupo de humanos vulnerables y que como tales necesitan tener toda la información disponible para poder decidir. No basta con identificar quién es el que tiene que decidir, debemos generar un sistema en el cual el legislador pueda tomar la mejor decisión, es decir, se debe tratar (por lo menos) de superar las asimetrías de información y por eso la creación de una institución que cumpla dicha función es una misión para el derecho. ¿Cómo hacer eso? Bueno lo que planteo es un *control de eficiencia* (no un control de requisitos, ni una eficiencia sólo enfocada a los contornos del principio de maximización de la riqueza), es decir, un sistema en el cual exista un flujo de información que se dirija al legislador, donde se le entregue las herramientas para que este pueda decidir, en el cual consten datos importantes sobre eficiencia (¿Se logró el objetivo previamente definido por el mismo legislador? o ¿En qué medida

¹⁵ ATRIA, Fernando, *El derecho y la contingencia de lo político*, Revista Doxa, N° 26, 2003, <En línea> España p. 335. [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15790>>

¹⁶ ATRIA, Óp. Cit., p. 342.

se logró dicho objetivo?) para que así estime si debe hacer una modificación o mantener el sistema jurídico (o una ley de este). Dichos datos siempre nacen de un control ex-post, debido a que lo que se busca ver en la eficiencia es si luego de promulgada la ley, se cumplió el objetivo de dicha ley.

Lo que se debe hacer es que se estudie el *output* del sistema. Peña hace una gran aproximación a aquello y plantea que las sociedades modernas “*requieren poner énfasis en el output, esto es, en la decisión o producto del sistema legal y, por sobre todo, requiere poner énfasis en el análisis de las consecuencias de las decisiones.*”¹⁷ Cuestión que para Peña, la dogmática civil Chilena no logra superar al fijarse sólo en los *input* (yo agregaría que es la dogmática en general). La dogmática del derecho es quien debe hacerse cargo de la eficiencia en los *output* del sistema jurídico y ese es el desafío. Por esa misma razón supongo que Calabresi propone que “*...siempre que, como consecuencia de un cambio legal, los ganadores ganen más de lo que los perdedores pierden y los efectos distributivos del cambio sean deseables o simplemente aceptables, entonces el economista-jurídico puede atacar efectivamente la ley existente (ibidem p. 97)*”¹⁸ Cuando se habla de efectos o consecuencias esa es una clara referencia al *output*. Dicho *output* se transformaría en un *input* de mediar un adecuado sistema de control de eficiencia donde “*el académico, organizando un análisis económico combinado de pérdidas y ganancias con una teoría distribución al que diga para quién es preferible una ganancia neta o una pérdida neta, estaría facilitando sustancialmente la capacidad de los legisladores para reformar una ley.*”¹⁹ (Calabresi 1982 p.103.).

Contra el *control de eficiencia*, así planteado, se podría esgrimir que lo anterior es un imposible, si se cree como Kelsen en “*la distinción lógica entre ser y deber ser y la imposibilidad de pasar mediante deducción lógica del campo del uno al otro.*”²⁰

¹⁷ PEÑA, Carlos, *Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil*, en *Revista Centro de Estudios públicos*, <En Línea> Santiago, N° 60 1995, p. 333.[citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.cepchile.cl>>

¹⁸ HIERRO, Óp. Cit., p. 52.

¹⁹ HIERRO, Óp. Cit., p. 51.

²⁰ KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 9 Edición, Cordoba, Editorial Fontamara, 2002, p. 14.

diciéndose que el derecho trata sobre “*lo que jurídicamente y positivamente debe ser, no de lo que naturalmente es; su objeto son normas no la realidad.*”²¹ Kelsen agrega que la ciencia del derecho, es como toda ciencia verdadera *ergo* no valora su objeto. “...*La cuestión del valor de un derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia, la respuesta sólo puede ser relativo, es decir, que sólo es justo presuponiendo un determinado valor supremo y que por tanto no se excluye la posibilidad de ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente.*”²² Concluye así que “*el problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional*”²³ derivando la responsabilidad de la resolución de ese conflicto a la política.

El *control de eficiencia* busca ser una ayuda para la política, quiere ver y analizar lo que acontece en la realidad (en *el ser*) y de esa forma busca proporcionar información al legislador, información que puede contener valoraciones. Sin embargo, quien va a ser la valoración final siempre va a ser el parlamento, el decide el *deber ser* y el crea la norma. El *control de eficiencia* no sirve para decir que una norma válida no debe aplicarse, el *control de eficiencia* sólo sirve para mostrar los problemas que se ocasionan con esa norma y es el legislador quien decide cambiarla o no. En otras palabras, un *control de eficiencia* no resuelve la pregunta si el derecho válido es justo o no, el único quien es llamado a definir aquello es el legislador, lo que hace el *control de eficiencia* es entregar información la cual tendrá que ser ponderada por el mismo legislador (¡por la política no por el derecho!). El derecho (no crea normas) y se mueve en el plano del *deber ser*, no obstante, sólo se buscaría proporcionar información al legislador, sobre el *ser* en un ámbito restringido, o sea respecto a los efectos y consecuencias de sus decisiones (no respecto a la validez de la norma), ya que finalmente quien crea la norma (decide el *deber ser*) siempre será el legislador. Si bien es indiscutible que el legislador toma en cuenta la información del *ser* (mundo de la vida) para generar el *deber ser*, siendo que los legisladores son hombres que viven en la sociedad actual y no en el paraíso (¡de alguna parte deben adquirir información para el generar el *deber ser*!). El punto está en que el derecho no es el encargado de

²¹ KELSEN, Óp. Cit., p. 14.

²² KELSEN, Óp. Cit., p. 32.

²³ KELSEN, Óp. Cit., p. 50.

definir cómo deben ser las normas, si no quién es llamado y debe definir aquello es el legislador. Dicha afirmación no sufre ningún menos cabo al implantar una institución que controle la eficiencia, en la forma descrita por este ensayo. Es más dicha institución²⁴ en el fondo, lo único que permite es que el legislador tome una decisión más informada y no veo razón alguna por la cual alguien se oponga a dicha situación.

3. Eficiencia como mandato constitucional.

La constitución de Chile da fundamentos y cabida para que cualquiera de las escuelas de análisis económico del derecho, antes vistas, puedan ver reflejadas en ella un mandato hacia el Estado en pos del principio de la maximización de la riqueza. El cuestionamiento de si la maximización de la riqueza es un valor, se ve solucionado en el Capítulo I de la constitución, bases para la institucionalidad. Pasemos a ver cada una de las escuelas y su potencial en la Constitución.

Para la escuela de Posner, el Artículo 1 de la Constitución claramente manifestaría un valor en pro del principio de maximización de la riqueza. *“El Estado esta al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos ... su mayor realización espiritual y material posible...”*²⁵ En otras palabras el Estado debe valorar y tiene como finalidad la maximización de la riqueza (mayor realización material posible). Con ese punto de partida todas las disquisiciones que hace Posner entorno a su teoría serían aplicables en Chile. Empero, la Escuela de Calabresi, encuentra un fundamento mayor en la constitución debido a que el precepto constitucional, no sólo manifiesta que la maximización de la riqueza es un valor, si no que este se encuentra presentado en igual condición que otros valores. Consecuentemente se debe siempre ponderar entre varios valores, de los cuales podemos observar que se encuentra la maximización de la riqueza, la igualdad y la justicia. Ya que en el precepto se lee *“El Estado esta al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien*

²⁴En este capítulo, sólo se intenta plantear el problema, el planteamiento de una solución se dará en los siguientes capítulos.

²⁵ Artículo 1 Constitución Política de la República de Chile. <En Línea> Chile, 2007, [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.bcn.cl>>

común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional (igualdad) su mayor realización espiritual y material posible (maximización de la riqueza), con pleno respeto a las derechos y garantías que esta constitución establece (justicia).”²⁶ De esa forma podemos concluir que si existe una valoración del principio de maximización de la riqueza en la constitución, ya sea independiente o en ponderación con otros valores. Pero la maximización de la riqueza según este precepto es algo que debe ser tomado en cuenta al momento en que el Estado actúa (asignación inicial de derechos y en cualquier otro tipo de intervención en la sociedad). Como antes sostuve el principio de la maximización de la riqueza implica el concepto de eficiencia, debido a que no podemos decir que nuestro fin es la maximización de la riqueza y al mismo tiempo decir no es preferible un método que maximiza más la riqueza que otro.

Otra forma de sustentar el concepto de eficiencia, sin utilizar el principio de maximización de la riqueza, es por medio del inciso final del Artículo 5 de la Constitución el cual manifiesta que “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”²⁷ Uno de esos derechos que se encuentra en un tratado ratificado y vigente en Chile, es el derecho a la *tutela efectiva de derechos*. “*Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.*”²⁸ Dicho derecho implica que una ley ineficiente puede ser considerada ineficaz, ya que no podemos sostener que no importa el momento cuando se debe hacer efectivo el derecho. Una legislación insisto que tenga leyes ineficientes pero eficaces, no respetaría, dicho mandato si en la práctica e. i. un proceso de reclamo se demora 40 años o tiene un costo de 10 millones de dólares. No digo aquí, que cualquier ley

²⁶ Ídem, Los entre paréntesis fueron agregados por el autor de este ensayo.

²⁷ Artículo 5 Constitución Política de la República de Chile. Óp. Cit.

²⁸ Artículo 28, Declaración universal de derechos humanos, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> Cabe advertir, que no analizare más tratados sobre esta materia ya que con uno basta para configurar el argumento.

ineficiente sea un atentado contra los derechos humanos (cuestión que debe evaluarse caso a caso), sólo veo un sustento para que se cree una institución que monitoree dicha situación como sería la del *control de eficiencia*.

4. La máxima de Adecuación no mide eficiencia, al no tener experiencia.

Antes de ver los casos prácticos, para empezar a desechar definitivamente la capacidad de la jurisdicción Constitucional para potencialmente calificar la eficiencia (en la asignación inicial de derechos), tenemos que analizar la teoría de derechos fundamentales de R. Alexy²⁹. Alexy plantea que los verdaderos derechos fundamentales descritos en la constitución se consagran en la garantía del contenido esencial. Entendiéndose que “*la garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad*”³⁰ y que la máxima de proporcionalidad, implica tres máximas parciales: la adecuación (el medio es adecuado, idóneo, para el fin propuesto), la necesidad (postulado del medio más benigno) y el de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho)³¹. La máxima de adecuación, tiene un parecido con el concepto de eficiencia. La adecuación se fundamenta en que cualquier regulación exagerada anula la posibilidad de maximización de oportunidades y es por ello constitucionalmente ilegítima³². Pero ¿cómo podemos saber que algo es adecuado para un fin determinado sin un control de eficiencia *ex-post*? ¿El legislador o el juez constitucional tienen dicha información para evaluar? Alexy no responde aquello, sólo plantea que el conocimiento del legislador es una variable a considerar “*el de saber en qué medida el legislador y la administración de justicia disponen de un margen de pronóstico para juzgar acerca de la necesidad, y con ello, para determinar la determinación de los medios alternativos.*”³³

Es fácil entender que Alexy no se cuestione el problema del conocimiento de los medios alternativos, ya que si se lo cuestiona, no podría hacer la *curva de indiferencia*

²⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1er Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

³⁰ ALEXY, Óp. Cit., p. 288.

³¹ ALEXY, Óp. Cit., p. 112.

³² Basado en ALEXY, Óp. Cit., p. 115 nota al pie N° 88.

³³ ALEXY, Óp. Cit., p. 113. Nota al pie N° 86.

de los *mandatos de optimización* porque dicho gráfico presupone que se conocen los medios adecuados para el fin. En otras palabras la *curva de indiferencia* de Alexy se movería dentro del *ceteris paribus*, en el cual se tienen identificadas todos los medios para conseguir el fin deseado. Cuestión que más que ingenua es imposible. Así entendida la máxima de adecuación no actúa de forma empírica (como un control de eficiencia) sino que se transforma en una **exigencia de racionalidad**. Consecuentemente podemos decir que “*la ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación.*”³⁴ Por ello cabe concluir que la máxima de adecuación, no mide la eficiencia en su concepto original, debido a que se lo plantea de forma abstracta (potencial) y no empírica. Con ello se descarta la posibilidad de que exista un control de eficiencia (en su concepto originario) en la jurisdicción constitucional por el hecho de ponderar principios.

5. Eficiencia como comunicación

En la primera parte, de esta memoria, vimos que la legislación es comunicación, acá debemos preguntarnos; ¿Cómo se vincula la eficiencia con el concepto de comunicación imperfecta? Eficiencia entendida como “*capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado*”³⁵ no presupone que el destinatario de la norma sepa cuál es el contenido y ni la correcta aplicación de la norma; solamente decimos que algo es eficiente, si sólo si, se consigue el efecto deseado. Dentro de estos parámetros, la legislación es eficiente si al publicarse la ley, se consigue el efecto deseado. Si bien es cierto que existen dificultades para determinar cuando se ha conseguido o no el efecto deseado (*i.e.* erradicar el tráfico de drogas, disminuir el tráfico, evitar que crezca.), no es menos cierto que lo que se busca es el hábito de obediencia, donde la mayoría obedezca la norma. Reformulando, **una norma es eficiente si consigue ser obedecida por la mayoría de la sociedad a la cual es destinada**. La comunicación implica el

³⁴ BERNAL, Carlos, *Estructura y límites de la ponderación*, Revista Doxa, N° 26, 2003, <En línea> España p. 238. [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15786>>

³⁵ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, <En línea> 22 Edición, España, Real Academia Española, 2001 [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.rae.es>>

entendimiento de la norma por su destinatario (qué entendió), eso si bien, puede producirse cuando el infractor de una norma da su punto de vista; para el derecho y para el legislador aquello es irrelevante, su interpretación carece de autoridad. En otras palabras, el hábito de obediencia no tiene que ver con la eficiencia entendida como comunicación, debido a que entre el legislador y el destinatario de la norma que no es autoridad, nunca va a haber comunicación, como lo desarrollamos en el capítulo II. La comunicación relevante, se da cuando una autoridad (Juez- Cultura Jurídica Interna) dice que es lo que entiende que es una norma.

Así las cosas, la eficiencia como comunicación se produce, sólo cuando el legislador publica una norma y esta es aplicada (reconocida) uniformemente por los tribunales, provocando el efecto deseado por el legislador. Entonces, la eficiencia de una norma no está vinculada, a la abstracta construcción, del análisis económico del derecho moderno, de la maximización de la riqueza en la asignación inicial de derechos, sino en la aplicación de la norma por los tribunales. Aquí nos encontramos con el mismo problema del baremo (estándar) de cuando una norma es obedecida y vuelvo a reformular: **La norma es eficiente (entendida como comunicación) cuando la mayoría de los miembros en los tribunales obedecen la norma.** Especificando, las normas constitucionales son eficientes cuando el tribunal constitucional las aplica y los tribunales ordinarios cuando estos en su mayoría las aplican; logrando el efecto deseado por el legislador. Esto puede sonar obvio, pero ¿Cómo el juez puede saber cual es el efecto deseado por el legislador? el problema, se da en la no vinculación del efecto deseado por el legislador y la aplicación judicial. No existe tal coordinación entre estos órganos del Estado. El legislador no sabe y no controla si el efecto deseado se cumplió o no, no tiene como saberlo y por ello es necesario el control de eficiencia así entendido (Retroalimentación). Además cabe aclarar que a los tribunales (ordinarios y constitucionales), no pueden saber que es lo que realmente quiso el legislador, por ello, el único en poder rectificar algo, al tener la información de cómo se aplica la norma en la práctica, es el propio legislador; nadie más.

CAPÍTULO V

EL CONTROL DE EFICIENCIA POSLEGISLATIVO, COMO UNA INSTITUCIÓN NECESARIA PARA LA LEGISLACIÓN.

En el capítulo anterior vimos un mandato de eficiencia en la constitución y al vincular la eficiencia al concepto de comunicación imperfecta, demostré la necesidad de que el legislador tenga información respecto a como los tribunales aplican las leyes. Ahora buscaré demostrar que dicho mandato de eficiencia no se dirige al tribunal constitucional, sino al legislador. Para analizar esto presentaré algunos casos de jurisprudencia constitucional, para llegar a postular que nadie se hace cargo del problema, es decir, nadie controla la eficiencia de una ley, más bien esto se disuelve y esconde en una eterna discusión de *diferenciación/desdiferenciación* entre los sistemas de política (*poder/no poder*) y el sistema de derecho (*válido/inválido*)³⁶. Presentándose así una falsa dicotomía en la cual se plantea que un control de eficiencia sería algo no-democrático y un no-control de eficiencia sería algo democrático; cuestión que debe ser superada. Al final sostendré, que el legislador no se hace cargo de la eficiencia, debido a que no tiene información, es decir, legisla a tuestas, por ello debe crearse una institución que retroalimente al legislador dándole la información necesaria para que el pueda saber que ocurrió con la norma en la praxis de los tribunales.

1. El tribunal constitucional frente al mandato de eficiencia.

El capítulo de bases para la institucionalidad (donde encontramos los Artículos 1 y 5 antes vistos), ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional como artículos que “*no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas*

³⁶ En esta línea conceptual se sigue a la *teoría sistémica de comunicación*, planteada por Niklas Luhmann. ver NAFARRATE, Javier Torres, *Luhmann: la política como sistema*, 1era edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, y LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, 1era edición en español, México, Universidad Iberoamericana, 2002.

*rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución.*³⁷ Específicamente respecto al Artículo 1, el Tribunal ha dicho que este “*es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar su verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional*”³⁸ Por ende, alguien podría perfectamente decir que el Tribunal Constitucional es el encargado de velar también por la eficiencia en las leyes. En esta sección pretendo desestimar dicha afirmación, por una imposibilidad práctica y de conveniencia democrática.

Primero, el Tribunal se auto concibe como un órgano de control de requisitos y no como un legislador por ello estima que al legislador “*debe reconocerle autonomía suficiente para reglar, en forma prudente, y dentro de latitudes razonables, la materia de que se trata, ya que de lo contrario podría invadir un campo que es propio de ley.*”³⁹ Concluyendo que dentro de dicho ámbito es el legislador el que crea “la ley soberana, para elegir el camino que considere más adecuado... lo que debe entenderse como efectiva democracia interna”⁴⁰. Así Ribera manifiesta que “*al interior del marco constitucional, el Legislador es libre de elegir la regulación que considere más optima, siendo ésta una decisión propia de los órganos políticos, no sujeta a un control jurisdiccional.*”⁴¹ Ahora queda sólo un pequeño problema ¿cuál es el ámbito en que tal cosa ocurre? ¿Cuál es el ámbito donde el tribunal Constitucional no puede considerarle autonomía al legislador? Quien decide aquello al parecer sería el mismo Tribunal, cuestión que podría transformar todo en un conflicto constitucional, sin embargo aquella fatal consecuencia no ha ocurrido.

³⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 46-87, Considerando 21, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_46.pdf>

³⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 19-83, considerando 9, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_19.pdf>

³⁹ Tribunal constitucional, Sentencia Rol N° 43-87, Considerando 22, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_43.pdf>

⁴⁰ *Ibíd.*, considerando 53.

⁴¹ RIBERA, Teodoro, *El tribunal constitucional y su aporte al desarrollo del derecho*, en revista del Centro de Estudios Públicos, <En Línea> Santiago, N° 34, 1989, p. 211. [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://www.cepchile.cl>>

El Tribunal si hay algo que no evalúa, es el contenido de la ley, fuera del cumplimiento de los requisitos del procedimiento. Aquella postura se recalca en un reciente fallo de Abril de 2007 respecto a la constitucionalidad de un decreto que regula la emisión de molibdeno y sulfatos en el estero Carén. Según los requirentes, el informe principal al respecto *“recomienda no cambiar la norma para molibdeno y tal vez cambiarla la de sulfatos...”*⁴² El Tribunal manifiesta que la elaboración de una norma de emisión sujeta a los procedimientos legales, *“está entregada, entonces, a la apreciación que efectúe la autoridad ambiental competente acerca de su necesidad y conveniencia como instrumento de gestión ambiental preventivo...”*⁴³ de igual forma plantea que *“Esta decisión podrá ser discutida en su mérito, pero no constituye en sí misma una infracción al deber constitucional impuesto al Estado...”*⁴⁴ Luego el Tribunal aclara que *“...es la ley y no la mera voluntad de la administración es la que ha permitido la existencia de normas de emisión diferentes para distintos lugares del país.”*⁴⁵ En otras palabras, el Tribunal Constitucional no quiso ponderar la ponderación del órgano creador de la norma, de esa forma es imposible plantear un criterio de eficiencia, ya que el criterio de eficiencia es un criterio que actúa en la ponderación. Pero ello, en mi opinión es lo que debe hacer un Tribunal Constitucional que respeta las decisiones democráticas. Lo que me llama la atención en este caso es que quien presenta el requerimiento son 49 de los 120 diputados del congreso de Chile. Cuestión que me hace dudar si los diputados, cuando aprobaron la Ley 19.300 que faculta a la autoridad para dictar este tipo de decretos, tenían en mente las consecuencias de aprobar dicho precepto. ¿Querían realmente que la autoridad dictara normas de emisión diferentes para cada zona? Si eso quería el legislador cuando se hizo la norma todo está bien, pero si no quería aquello, se debería a una falla en el sistema de información que poseía el legislador al momento de legislar. Esto es algo, que no se puede saber a ciencia cierta, pero plantea los posibles problemas de información entre la norma que se discute en el parlamento y la que se concretizada en una decisión administrativa o judicial. Así observamos *a posteriori* consecuencias impensadas por el

⁴²Tribunal constitucional, Sentencia Rol N°577-2006, p. 3. [En Línea] [citado el 31 de julio 2007] [<http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol0577.pdf>]

⁴³ *Ibíd.*, Considerando 10.

⁴⁴ *Ibíd.*, Considerando 12.

⁴⁵ *Ibíd.*, Considerando 14.

legislador, consecuencias que debiesen haber estado presentes en la discusión de los legisladores al crear una norma.⁴⁶

Ahora bien, el Tribunal no califica la eficiencia, no porque el Tribunal no quiera si no porque no puede. Nos es útil ver como los Tribunales Norteamericanos se enfrenta al problema de evaluar la eficiencia, al tener estos Tribunales un ámbito de atribuciones superior al chileno, podemos así descartar que exista alguna posibilidad jurisdiccional – en la distribución inicial de derechos- de evaluar la eficiencia. Cabe advertir que los problemas de la vida pública se someten al control de los Tribunales norteamericanos y así se entiende la concepción de protector de la constitución, cuando en referencia a los derechos fundamentales *“han de ser protegidos contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos.”*⁴⁷ Bueno el Tribunal Supremo se enfrento a evaluar la eficiencia de una ley penal de drogas muy severa. El Tribunal ante ese desafío dijo *“las cortes pueden creer que la legislación está equivocada, pero eso no disminuye el poder del legislativo”*⁴⁸ más aún antes de terminar el Tribunal da un presagio sobre lo que ocurrirá con esta ley de drogas llamada Rockefeller. *“Dado el presente conocimiento de la actual criminología, tal vez sólo el tiempo podrá decirnos si el curso perseguido [objetivo perseguido] nos probara si este es efectivo o va a fracasar como todo los esfuerzo similares que se han hecho desde el Acto de Harrison en 1914.”*⁴⁹ En otras palabras, el Tribunal no cree en la eficiencia de esa ley. Sin embargo, permite que perviva en el ordenamiento, porque se rehúsa a evaluar la eficiencia de una ley sin tener los conocimientos prácticos. Como dato esa es una Ley de 1973 y recién en el año 2000 se ha pensado en reevaluar dicha ley, siendo que desde hace tiempo se ha considerado un fracaso, al no conseguir los objetivos planteados en ella⁵⁰. Si un Tribunal como el norteamericano no se hace

⁴⁶ Otra posibilidad igual de plausible, es que los Diputados perdedores en las votaciones, estén tratando de ganar en una sede judicial lo que no pudieron ganar en el parlamento. Cuestión que no se discutirá acá.

⁴⁷ SCHMITT, Óp. Cit., p. 24.

⁴⁸ “The People Of The State Of New York Vs. Imogene Broadie” 37 N.Y.2d 100, 1975, U.S. App.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Para más información sobre este tema ver: LEVEN, David C. “Our Drug Have Failed – So Where Is The Desperately Needed Meaningful Reform?” 28 Fordham Urb. L. J. 293, October 2000. TSIMBINOS, Spiros A. “Is Time To Change The Rockefeller Drug Laws?” 13 St. John’s J.L. Comm. 613, spring (1999). HERMAN, Susan N. “Measuring Culpability By Measuring Drugs? Three Reasons To Reevaluate The Rockefeller Drugs Law” 63 Alb. L. Rev. 777, (2000). Todos en base de datos de Lexis Nexis EE. UU. 2006.

cargo de la eficiencia y le redirige la responsabilidad al legislador y este último no hace nada en más de 25 años, creo que algo huele mal.

La eficiencia no se evalúa en la jurisdicción de constitucionalidad, debido a una falta de información para evaluar. Al faltar información y al presumirse la validez de los actos, ya que existe el principio en el cual *“una norma no debe ser declarada inconstitucional, mientras su interpretación pueda conducir a determinar un alcance armónico con la Carta Magna”*⁵¹, los Tribunales Constitucionales no se manifiestan respecto a la eficiencia y entregan dichos problemas al poder político.

2. ¿Y ahora quién podrá defendernos de la ineficiencia?

Si los tribunales no pueden hacer un *control de eficiencia* y dichos tribunales derivan esa responsabilidad al legislador. Cabe preguntarse ¿cuáles son las implicancias de una ley ineficiente? ¿Será importante la eficiencia para la democracia? Se plantea al Estado como el protector del bien común. *“Pero cualquiera que sean los objetivos del bien común, para aproximarse a ellos se requiere de instituciones que funcionen con eficiencia. En caso contrario estaremos en presencia de una disyuntiva entre bien común e intereses particulares. En este sentido, una institucionalidad eficiente es aquella que genera incentivos que favorecen formas de conducta coherentes con los objetivos últimos de la sociedad.”*⁵² En otras palabras, si queremos que las decisiones del parlamento se respeten, las normas deben ser eficientes y consideradas como una *razón importante* al momento de decidir, de lo contrario no tendría sentido que la sociedad se dirija por normas, o mejor dicho, lo que se predica de aquellas normas. La norma debe funcionar como una razón suficiente o una razón que *prima facie* debe ser derrotada por otro razonamiento puesto en práctica que sea convincente para generar una excepción (adecuación) al caso concreto. El hecho de que las normas no sean eficientes hará que no sean consideradas (ni como razón a derrotar), y si no son consideradas, no existen, la cultura jurídica interna (jueces y abogados) no tendrá una opinión que sea relevante para la cultura jurídica externa (sociedad). De esa forma

⁵¹ RIBERA, Óp. Cit. p. 224.

⁵² FUENTES, Fernando y MARSHALL, Jorge, Eficiencia de las instituciones y desempeño económico. en *revista del Centro de Estudios Públicos*, [En Línea] Santiago, N° 76, 1999, p. 411.[citado el 31 de julio 2007] [<http://www.cepchile.cl>]

cuando una persona busca aceptación para él, sólo serán relevantes las normas que tengan una aplicación práctica, no las normas ineficientes. Es por esto que si se cree en la democracia, debe creerse también en la eficiencia, por qué un sistema normativo en el cual las normas son ineficientes, no cumpliría nunca con los objetivos consensuados en el parlamento. Por eso la importancia del porque el legislador debiese controlar la eficiencia. El que sólo cree en la democracia y no en la eficiencia tendría que explicar la funcionalidad de consensuar algo que no se va a cumplir (o verificar) en la práctica.

El juez no puede controlar la eficiencia y no está facultado para ello. Si el juez no la controla, el que debe hacerlo es el legislador y eso es parte de la democracia. Ahora bien, no da lo mismo la forma en que el legislador controle la eficiencia. Puede hacerlo viendo la televisión desde su casa (viendo programas periodísticos como: Contacto, Informe Especial, esto no tiene nombre entre otros) o encontrándose con casos recalcitrantes donde los afectados le tocan la puerta en su sede parlamentaria. Pero todos esos medios son flujos de información lentos, donde ya se produjo el incendio. ¿Cómo evitar el incendio (las malas consecuencias de una ley), antes de que se multipliquen y aparezcan en la prensa? El legislador no puede enterarse junto con el resto del país de los casos recalcitrantes, el legislador debe tener información antes que el resto y de esa forma empezar a resolver el problema antes de que todos se den cuenta que existe. Hay que acelerar los procesos de información y generar una legislación no reactiva sino proactiva; pero para ello, lo primero, es que el legislador necesita información.

4. Soluciones al problema de eficiencia: Mejorar la calidad de la legislación e institucionalizar la retroalimentación.

Para mejorar la legislación tenemos principalmente dos movimientos uno que se enfoca a la técnica legislativa (la forma de hacer la ley) y otro que busca evaluar la ley (retroalimentar al legislativo). Si bien la técnica legislativa, no necesita de la evaluación de la ley, la evaluación de la ley, implica una búsqueda de mejorar la técnica legislativa. Para mi estas posturas son recíprocas y se necesitan mutuamente; generar ese puente entre esas dos posturas y realzar el control ex post es lo que haré en este apartado.

Los procesos de elaboración normativa, generalmente han sido dejados de lado en el último siglo, “...preocupada la teoría del derecho por lo que hacen los jueces, no se ha ocupado suficientemente de lo que hacen los legisladores.”⁵³ Todo lo que hemos expuesto es tratar de dar cuenta que aquella visión esta equivocada así Zapatero concuerda (con otros argumentos) que “...no parece razonable que la teoría del derecho renuncie a intervenir en esta fase ayudando al legislador a una elaboración más cuidadosa de las normas, evitando preventivamente aquellos errores que, de otro modo, tendrán que resolver posteriormente los jueces.”⁵⁴ De la misma forma Mora-Donatto nos plantea que “No hay duda que los juristas en gran medida se han formado bajo la idea de que su principal función será la de interpretar los textos normativos y no la producción de los mismos...”⁵⁵ Sin embargo, toda esta visión esta quedando de lado principalmente por la necesidad de racionalizar las leyes debido como nos plantea el profesor Aurelio Méndez “<El exceso de leyes trae una situación parecida al vacío legal. Es algo que nos puede acercar a la arbitrariedad e, incluso, a la pérdida de fe en el Derecho y a la corrupción.>”⁵⁶ En razón a todo esto, el derecho, ha empezado a estudiar la elaboración de la legislación de forma sistemática.

La doctrina ha dividido en fases el proceso de creación normativo, siguiendo a Zapatero⁵⁷ y a Mora-Donatto en los entre paréntesis: (a) Planificación normativa (Motivos dirigidos al legislador para crear una ley). Acá es donde se reciben los impulsos normativos de la sociedad (demandas sociales), es donde el gobierno se problematiza un tópico por sobre otro y encomienda estudios para evaluar que hacer, para culminar en la redacción de un anteproyecto. Si bien, en esta fase se pueden subdividir en tipos de motivos (sociales, parlamentarios, Estatales, etc.), no es menos cierto que la teoría no ha ido más allá que una taxonomía de motivos. Como he

⁵³ ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 15-16 (1994), p770. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>

⁵⁴ ZAPATERO GÓMEZ, Óp. Cit. p784.

⁵⁵ MORA-DONATTO, Cecilia. Teoría de la legislación. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Colombia. 2003. p25.

⁵⁶ Citado en PAU PEDRÓN, Antonio. La recodificación como remedio. En MENDEZ, Aurelio et al. La proliferación legisaltiva: Un desafío para el Estado de Derecho. Thomson Civitas. España. 2004. p457.

⁵⁷ ZAPATERO GÓMEZ, Óp. Cit. p786 y p787.

sostenido anteriormente, en esta parte es donde se produce el mayor problema. La planificación normativa, no tiene nada de planificado, se mueve según los vaivenes de las encuestas y las agendas impuestas por la prensa (llamada también el cuarto poder). *“Los medios controlan los temas, es decir, la agenda política, y controlan el tiempo de respuesta política, y estos márgenes de control mediáticos son tan estrechos que además de someter el día a día político, lo han minimizado”*⁵⁸. El control de eficiencia poslegislativo, permitiría otro tipo de agenda, más política que la mediática.

Luego tenemos **(b)** la redacción del proyecto (decisión de crear un texto normativo con rango de ley). Acá se busca que la norma este bien redactada, sea clara y *“se ha de cuidar la racionalidad, lingüística, pragmática, sistemática y teleológica.”*⁵⁹ En otras palabras, acá es cuando se busca que el pensamiento político sea expresado de forma clara en palabras (el como lo digo, del proceso de comunicación imperfecta). Acá es donde principalmente ha actuado los teóricos de la legislación. **(c)** Ese proyecto pasa a la etapa de Validación Gubernamental. Los ministros y comisiones, revisan el borrador y aprueban su remisión a las cámaras. En algunos casos acá pueden participar ciudadanos y profesores universitarios, por ejemplo, en Chile cuando se reformo la justicia penal. A continuación **(d)** se presenta a la aprobación parlamentaria (desarrollo del procedimiento legislativo), acá el legislador le otorga la legitimación democrática a la ley al aprobarla. Mora-Donatto, plantea acá la necesidad de emular el *rapport* (informe) francés que es un informe que se convierte *“...en el contexto de nuestra teoría de la legislación, en un documento extraordinaria relevancia que sirve de vinculo entre las labores constitutivas de las dos primeras etapas de nuestro esquema y la fase que discurre en sede parlamentaria.”*⁶⁰ Aquello es novedoso y creo que es necesario⁶¹. Nos encontramos también acá con los quórum, las negociaciones y la historia fidedigna de la ley. Muchas veces la ley es modificada y en ese proceso puede perder su efectividad como lo vimos antes con las leyes negociadas (capítulo III.1), pero eso

⁵⁸ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. La democracia mediática: La legislación Parlamentaria y los Medios de Comunicación. En MENDEZ, Aurelio et al. La proliferación legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho. Thomson Civitas. España. 2004. p589.

⁵⁹ ZAPATERO GÓMEZ, Óp. Cit. p786.

⁶⁰ MORA-DONATTO. Óp. Cit. p66.

⁶¹ La institución de control poslegislativo, debe generar esos informes en relación a las leyes que investiga, otra institución que haga esos reportes, en los demás casos, creo que sería de gran utilidad.

no ha sido estudiado en profundidad. Si la Ley es aprobada debe ser publicada, de la misma forma que se aprobó.

Finalmente nos encontramos con al última etapa del proceso (e) Evaluación del Impacto (Evaluación de los efectos de la ley), si bien ambos autores nombran como ejemplo al *General Accountability Office* (Oficina de Auditoria general) de Estados Unidos y solicitan una oficina similar, no dejan bien en claro como el sistema de evaluación de impacto puede transformarse en una retroalimentación al legislador. Solamente se plantea que debe haber estudios de las leyes. Pero dichos estudios al igual que los innumerables artículos y exposiciones de profesores de derecho en los cuales se plantean mejoras, criticando ciertas leyes existentes, no quedan en nada si no existe una vinculación con el sistema legislativo. Si no se institucionaliza, un método de comunicación entre la evaluación y el legislador, dudo de que sean efectivas las evaluaciones. Ante la pobre teorización de está etapa, es que yo planteo toda está memoria, que justificaría y realzaría dicha etapa como una de las más importantes. La conexión entre la evaluación de la ley y la agenda legislativa, es lo que trataré de resolver institucionalizando un control de eficiencia poslegislativo.

5. El Control de Eficiencia Poslegislativo: Retroalimentación institucionalizada.

El control de eficiencia poslegislativo, es una institución que se dedica a evaluar las leyes que han sido promulgadas por el poder legislativo. Esta institución, tiene por finalidad ayudar al los legisladores, dándoles toda la información necesaria para que puedan tomar una buena decisión legislativa. Es la última y primera etapa de la legislación es el *output* del sistema que debe ser transformado en un *input* al sistema, que luego puede ser transformado nuevamente en un *output*. En otras palabras es un recolector de información en relación a la praxis de las leyes, donde para ello, deberán ver como los jueces y administradores, entienden y aplican la ley. Esto por ningún motivo significara que el juez se vea limitado en su labor de creación del derecho. El juez puede seguir creando derecho a su antojo, solo que ex post la información de aquella creación será recopilada y presentada por la institución al poder legislativo el cual luego podrá previa evaluación, discutir el criterio judicial que operó mayoritariamente

entre los jueces, teniendo la facultad de limitar, dificultar o reafirmar el criterio judicial con la creación de una nueva ley.

Esto de ninguna forma es un referí al legislador, debido a que insisto los procesos judiciales debiesen seguir funcionando como siempre con sus tiempos de siempre. No se va, ni se debe detener ningún proceso en espera de que el legislador de su opinión al respecto un tema determinado. El legislador hace su trabajo al promulgar la ley y el que tiene que decidir después de aquella promulgación es el juez no el legislador. El legislador puede cambiar la ley, pero no puede ni debe nunca cambiar una decisión judicial que se tomó conforme al derecho que el mismo había aprobado aunque luego el mismo legislador alegue que se le malinterpreto. Las malas interpretaciones son parte del sistema de comunicación y pueden ser enmendadas con posterioridad, pero no deben nunca afectar a procesos ya fenecidos.

El control de eficiencia poslegislativo, actúa ex post de la promulgación de la ley. Es más la recopilación parte cuando hay un conflicto, en que los jueces consideran relevante nombrar a la ley, no obstante en casos declararlas improcedente o inaplicable. El punto es saber cómo la judicatura delimita la aplicación de la ley y qué razones esgrime para hacer aquello. Esto tiene grandes similitudes con las ponencias de muchos estudiosos del derecho y grandes profesores que recopilan la jurisprudencia de las cortes para demostrar cuales han sido los cambios de actitudes frente a ciertos casos determinados. En esas ponencias se plantean las dificultades y las posibles soluciones que el autor políticamente y conscientemente desde su perspectiva ofrece y justifica de forma que sea generalizable. Aquella opinión y propuestas no son vinculantes para nadie, pero quedan como doctrina, que en ocasiones es citada y transformada en derecho por los tribunales. Esa doctrina tiene comunicación con los jueces debido a que es aprendida en las escuelas de derecho, empero esa doctrina, no tiene repercusión en el poder legislativo, como si lo tienen en el poder judicial.

Acá se encuentra la gran diferencia con los planteamientos hechos hasta el momento, la etapa de la evaluación, no debe sólo quedar como doctrina, sino que debe

ser vinculada con la legislación. La doctrina tiene que ser un input al sistema que debe ser discutido por los legisladores y decidido. Así fue que el gran jurista Don Andrés Bello, logró generar un código que perdurará en el tiempo tomando a los críticos del código civil francés (sus doctrinas) y buscando formas de solucionar los problemas prácticos que no lograba solucionar el código napoleónico⁶².

La vinculación de las críticas a las leyes vigentes con la legislación, es lo que me hace proponer la institucionalización de un sistema que recopile información de cómo se aplican las leyes en la práctica. Debemos parar el diálogo de sordos donde la cultura jurídica interna critica las leyes he incluso logra poner un *stare decisis* supra legal, por un sistema que escuche cómo funcionan las leyes y las modifique de ser necesario para la claridad del derecho. Hasta hoy hay muchos congresos y muchos artículos en revistas especializadas, e incluso en el discurso inaugural de los tribunales (aplicación Artículo 5 Código Civil⁶³) pero no existe una vinculación de esas críticas con el poder legislativo. La institucionalización de la retroalimentación, tendrá como misión, hacer la recopilación de información y proponer al legislador una solución, solución que con los antecedentes presentados deberá ser discutida por los legisladores. Esa facultad de proponer una solución es lo que hace la gran diferencia entre una institución que se comporte como una biblioteca (sólo recopile información) y una que sea funcional para la creación legislativa. El hecho de proponer no significa, que la propuesta se aprobará pero si dará la instancia para que se discuta leyes con resultados y no sólo en abstracto. Ese ejercicio mejorará sin dudas las leyes ya promulgadas y le permitirá al legislador aprender de sus propias creaciones, aprendizaje que le servirá cuando tenga que legislar cosas nuevas.

Cabe advertir, que existe el riesgo que en una nueva revisión, una ley poco clara se vuelva más enredada y menos aplicable. Pero si eso ocurre así, aquella situación

⁶²Para una profundización en el tema de la influencia del código napoleónico en el código civil chileno ver TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2005. p23 a p60.

⁶³ “Artículo 5. La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas.” Código Civil, Chile, 2010.

deberá volver a ser discutida. El punto está en confiar en que los legisladores, quieren legislar y no generar leyes inaplicables por razones de partidos políticos. Aunque de ser así la no capacidad del los legisladores de ponerse de acuerdo no afectará de ninguna forma a los jueces, ya que ellos ante una ley poco clara seguirán decidiendo (interpretando) como ellos consideren que es correcto, así la única forma de poder dificultar o impedir aquello es que los legisladores se pongan de acuerdo en legislar con claridad. La imposibilidad de legislar con claridad, es una demostración de las dificultades de legislar en democracia y ese conflicto que no se solucionó en el congreso, pasará a replicarse y discutirse en tribunales, donde también la democracia y la razón se ponderaran hasta encontrar una respuesta mayoritaria que resuelva el conflicto de forma jurídica. Así las cosas sólo con un acuerdo claro de la mayoría en el congreso el legislador podrá tratar de guiar el actuar de los jueces, de lo contrario, el tema seguirá siendo contingente en tribunales, hasta que algún día se genere una mayoría convencida de hacer algo al respecto.

En otras palabras, si los legisladores no hacen bien su trabajo o no logran legislar con claridad, lo que hacen es lise llanamente legitimar los resoluciones y criterios judiciales. La relevancia de esta memoria, asumiendo el planteamiento de comunicación aquí planteado, está en dejar patente la relación entre la ley y los jueces. Así el legislador y político se hace consiente que el hecho de que exista una mala o una legislación poco clara, lo que produce en la práctica es que la decisión respecto a un tema en vez de resolverse en el congreso, se termina por resolver en los tribunales por los jueces.

Todo lo cual, en mi parecer, es un incentivo político a tratar de resolver el conflicto en el congreso y no dejarlo en las manos de la contingencia de los jueces de turno. Insisto, no se trata de un incentivo de legitimidad, sino de uno político (poder), ya que de cualquier forma la democracia, en el sentido del convencimiento de la mayoría por el mejor argumento es lo que predomina en nuestra sociedad ya sea por la mayoría del congreso o la mayoría de los jueces en un tribunal.

CAPÍTULO VI

PERSPECTIVA ECONÓMICA: EVALUANDO LA EFICIENCIA DEL CONTROL DE EFICIENCIA POSLEGISLATIVO.

El control de eficiencia poslegislativo se puede justificar de manera económica. Si bien el concepto de eficiencia lo vimos en los capítulos cuatro y cinco como un fin a conseguir. También podemos autoevaluar la institución, del control de eficiencia poslegislativo planteada, bajo el concepto económico de eficiencia (maximización de la riqueza), es decir, el buen uso de los recursos y el tiempo, para dar mejor solución a los problemas de la ley. Debo advertir, para no generar falsas expectativas que no podré hacer un análisis exhaustivo, donde debemos referirnos a variadas aristas económicas e interrelacionarlas, respecto a los sistemas de evaluación, sistemas regulatorios, costos de información, costos de implementación y costos de transacción, temas que si bien serán mencionados no serán explicados en profundidad por no ser este el objetivo de esta memoria. El objetivo del presente capítulo es mostrar el estado del arte en Chile en relación a cómo se legisla y dar las ventajas económicas de cambiar ese sistema por el control de eficiencia poslegislativo.

1. Instituciones, decisiones y costos de transacción.

Antes de partir el análisis, no puedo evitar referirme como marco conceptual a las diferencias entre la economía institucional y la economía de la elección social; diferencias que motivan debates en variados centros de estudio hoy. Si bien ambas disciplinas tratan de generar una ciencia universal que reúna a la economía, la ciencia política, el derecho y la sociología en una sola interpretación, no es menos cierto que se diferencian en la relación que se tiene de la acción individual y la acción colectiva. Respondiendo al problema planteado por Kenneth Arrow en el año 1951 “*pasar de un conjunto de preferencias individuales conocidas a un modelo de formación de las*

decisiones sociales”⁶⁴. La teoría de “...la elección social coloca al hombre racional en un estado de naturaleza con ciertos valores dados, especialmente la libertad, y con un conjunto dado de preferencia de bienes públicos y privados.”⁶⁵ En cambio los institucionalistas consideran que “un hecho fundamental en cualquier época es que las personas son depositarias de la cultura y de comportamientos anteriores. no existe un punto de partida o estado de naturaleza en que unos individuos prístinos consideren racionalmente como organizar asociaciones y gobiernos ... no podemos existir sin instituciones pero estas están lejos de ser instrumentos perfectos para enfrentar los problemas humanos del presente. Y deben ser reformadas constantemente.”⁶⁶

Yo adhiero a la postura institucionalista, que reconoce -un hombre cultural-, con pasado, que no puede ser moldeado simplemente por decisiones racionales correctas. Para diseñar una institución no puede obviarse dicha historia. Así sólo me queda adherirme a la dificultad que plantea J.R. Commons en el año 1959, donde expone que “la voluntad colectiva también está guiada por las acciones de quienes vivieron en el pasado. Se crean costumbres, prácticas, hábitos, precedentes y métodos de trabajo que se transmiten en forma de reglas de funcionamiento que limitan la discreción en el presente”⁶⁷. No entender dicha dificultad, es lo que en mi parecer lleva al fracaso a las instituciones y es la razón por la cual una institución que es un éxito en un país dado se inserta en otro país con nefastos resultados. De esa forma, pero desde la perspectiva neo institucionalista Douglas North afirma “que los trasplantes institucionales de los países ricos al tercer mundo son a todas luces inadecuados, tanto que no existe un conocimiento apropiado de las relaciones entre el mercado político y el económico y la dinámica organizacional.”⁶⁸ North recalca el contexto social para

⁶⁴ ARROW, K. Social Choice and Individual Values, John Wiley and Sons Inc. New York, EE.UU. Segunda Edición, 1963. p2.

⁶⁵ ADAMS, John. Economía Institucional y Economía de la elección social: Aspectos comunes y Conflictos. Journal of Economic Issues XXIV, 3, 1989. 845-859. Versión en Español, en Línea: (<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/download/11533/20806>). p6. Visita el 20 de diciembre del 2010.

⁶⁶ ADAMS, John. Op. Cit. p.7.

⁶⁷ J.R. COMMONS, citado en Adams, John. Op. Cit. p7.

⁶⁸ NORTH D, Instituciones, cambio institucional y desempeño económico, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p115. Citado en Esguerra Roa, Carolina. La economía institucional: aproximaciones y temas de discusión. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003. p4. Visitada en 20/12/2010 (http://www.webpondo.org/files_oct_dic_03/EconomiaInstitucionalCarolinaEsguerra.pdf).

hablar de eficiencia adaptativa y le da el realce necesario para que se puedan reducir los costos de transacción, ubicando en el mercado político las posibilidades del cambio institucional. North comparte el concepto de Ronald Coase de que las instituciones son una “*una derivación lógica de los costos de transacción*”⁶⁹, pero le da un realce al contexto.

Lo que podemos rescatar de esta discusión es que las instituciones tienen que ver con la reducción de costos de transacción, empero, no existe una fórmula universal para reducirlos, su reducción es institucional y una institución está inmersa en un contexto cultural (institucionalistas) no en uno teleológico (Economía de la elección). Teniendo presente aquello, debemos ver como funciona la retroalimentación hoy en Chile y en base a ello plantear la necesidad de institucionalizar la retroalimentación por medio del control de eficiencia poslegislativo.

2. Cómo funciona la retroalimentación legislativa hoy en Chile.

La retroalimentación se define como -ida y vuelta- y es el proceso por el cual una parte del lo que sale en un sistema vuelve a entrar. El sistema que nos referiremos acá es el sistema legislativo Chileno el cual se compone de un congreso bicameral (diputados y senadores) que su fin es “...*concurrir a la formación de las leyes...*”⁷⁰. Ósea el producto del sistema legislativo son las leyes que tienen el fin de generar un impacto en la sociedad. La pregunta sobre la retroalimentación legislativa se da así: ¿De qué forma el congreso puede recopilar la información de que fue lo que ocurrió con las leyes que ellos aprobaron? La respuesta es con sus propios sentidos, es decir, con lo que vieron en la Televisión, en internet, diario, o por sus ojos, lo que escucharon en la radio o de su entorno (familia, amigos, partidos políticos y la gente de su distrito). En otras palabras la adquisición de información por los congresistas es de una forma dispersa, casuística, diversa y no elaborada. Así las cosas, el congresista debe partir

⁶⁹ COASE, R. *The Firm, The Market and the Law*, Chicago University Of Chicago Press, 1988. Citado en Esguerra Roa, Carolina Op. Cit. p3.

⁷⁰ Artículo 46 de la Constitución política de la República de Chile.

de una observación propia y hacer una investigación por su cuenta en relación a los hechos acontecidos, para hacerse una opinión respecto al tema en cuestión.

El comportamiento investigativo de los congresistas ante esta incomunicación con el exterior ha ido evolucionando. Consecuentemente se ha institucionalizando en el congreso Chileno la necesidad de investigar que pasa fuera del congreso con la creación de las comisiones investigadoras de la cámara de diputados. Cabe destacar que las comisiones investigadoras en Chile han existido como práctica desde el retorno a la democracia en el año 1990, empero, recién con la reforma constitucional del año 2005, se consagraron legalmente. Si bien es cierto que las comisiones investigadoras pueden investigar el efecto de las leyes, en la práctica entre 1990 y el año 2008 se aprobaron sólo 91 comisiones investigadoras y de ellas sólo 6 han dicho relación con la evaluación de los efectos de las leyes⁷¹, es decir, sólo un insignificante 7 por ciento. De esta forma podemos rápidamente descartar el uso de las comisiones investigadoras como un sistema de retroalimentación útil⁷². Consecuentemente tenemos un sistema que legisla, pero no revisa lo que produce.

No estoy diciendo que las leyes no se modifican, ni se revisan, debido a que ello no es así. En Chile al igual que en todas las partes del mundo las leyes se modifican y se revisan. El punto a resaltar es que, quien propone esas modificaciones es el ejecutivo y así el congreso no tiene como saber que fue lo que pasó con las leyes que ellos mismos aprobaron. En el caso de enterarse los congresistas de los efectos de sus leyes es de una forma lenta y casual (no continua).

Los congresistas pierden doblemente en el actual sistema. (1) primero debido a que no puede retroalimentarse institucionalmente y si lo hace es de forma lenta y casual. (2) Debido a que si detecta un problema y propone una solución legislativa, dicha solución puede no concretarse, debido al -sistema de urgencias- que tiene el sistema

⁷¹ Datos obtenidos de DÍAZ, Álvaro y SOTO, Velasco. Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes. Revista Actualidad Jurídica N° 19, Enero 2009, Tomo II, Chile. p598.

⁷² Existe una reforma a las comisiones presentada 10 de noviembre de 2010 N° 7299-07, que pretende establecer comisiones de evaluación o control legislativo. Estas serán vistas y criticadas en extenso en la tercera parte de esta memoria. Por ahora el punto a seguir es que no existe una retroalimentación institucionalizada.

presidencialista Chileno, donde la agenda política es manejada por el presidente. De esta forma los congresistas no pueden ni revisar, ni ajustar sus leyes⁷³.

3. Aprendizaje Organizacional (PIRA): como modelo de retroalimentación.

En los cursos de administración empresarial, específicamente en el control de gestión, el tema de la retroalimentación (control) es algo muy importante y asumido como necesario. Ellos para graficarlo ocupan el modelo PIRA (figura 1⁷⁴), también llamando círculo de Deming. Este modelo si bien es simple, nos sirve para hacer patente que el sistema legislativo (el congreso) casi no participa del proceso de aprendizaje organizacional, ya que sólo actúa en la etapa de planear. La implementación es dejada al ejecutivo y su participación en las dos últimas etapas (revisión y ajustar) son inexistentes, como vimos anteriormente. Así las cosas, se puede sostener que el congreso legisla a tuestas, con sólo algunos datos pero no con todo la información necesaria para poder decidir. El costo del congresista de adquirir la información necesaria corre a su propia cuenta, cuestión que se transforma en un desincentivo, en consideración a las múltiples tareas que deben llevar acabo.

No sostengo que el congreso debiese funcionar como una empresa, ya que existen reglas constitucionales que impiden aquello como la separación de poderes del Estado. Lo que quiero decir es que el congreso debe evaluar las leyes que produce, para que de esa forma pueda aprender como una organización. El congreso debe participar definitivamente en la etapa de revisión y en la de ajuste; dejando la



⁷³ Volveremos a retomar este tema en la tercera parte de la presente memoria.

⁷⁴ KOVACEVIC, Antonio. Disciplina para Controlar la Gestión. Clase Ejecutiva, 15 de Julio de 2010, Santiago, Chile. En línea, Visitada el 10/12/2010. (<http://www.claseejecutiva.cl/blog/2010/07/disciplina-para-controlar-la-gestion/>).

implementación al ejecutivo. El hecho de dejar la implementación en el ejecutivo o al judicial implica que no se produzca una usurpación de potestades. Dejando a cargo a otro poder del estado en la implementación, no impediría que el poder legislativo pueda observar como ha resultado la implementación (revisar) y crear una nueva ley (ajustar) en caso de que no le sean satisfactorios los resultados obtenidos en la implementación. De hecho, eso es lo mismo que hacen las comisiones investigadoras actualmente, tomar como objeto de investigación actos del ejecutivo o judicial y eso no es de ninguna forma una usurpación de poderes.

El diputado Iván Moreira, buscando crear una comisión de control legislativo nos plantea que "...existe una carencia de una mínima fiscalización de las leyes actualmente en vigor... *La fiscalización de leyes ya promulgadas constituye una forma en que no sólo se controla al gobierno en su función de implementación de las leyes, sino que además se crea una forma de evaluación legislativa que permite corregir y mejorar la calidad de las leyes en vigor.*"⁷⁵ Con esto se nos refuerza la idea de que el congreso necesita aplicar el modelo PIRA y que en la actualidad no se aplica. Un congreso que no aprenda de sus errores, es un congreso que sólo se entiende a si mismo y que en otras palabras muestra desidia frente a los problemas de la gente. En otras palabras, es un congreso que se desprestigia frente a la gente (sus electores). Quizás esto es una de las razones que explicaría una baja progresiva en la confianza que tiene la ciudadanía del congreso en encuestas como las del Centro de estudios Públicos de Chile donde "...los resultados de tres encuestas que dan cuenta de la confianza que los chilenos le conceden al Congreso Nacional. Ellas revelan que ya en 1998 el 41 % manifestaba confianza en el Congreso, contra el 51 % que se inclinaba por la desconfianza. Ahora, en el 2003, los porcentajes indican un 20,2 % de confianza y un 75,4 % de desconfianza"⁷⁶.

⁷⁵ Cámara de Diputados de Chile. Boletín N° 7299-07, noviembre 2010. Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional Con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo. En línea, visitada el 30 de Enero de 2011. (www.camara.cl).

⁷⁶ GODOY, Oscar. Parlamento, presidencialismo y democracia protegida. Revista ciencia política. (Santiago) v.23 n.2 Santiago 2003. En línea visitada 20 de Diciembre 2010 en (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2003000200002&script=sci_arttext)

La mínima fiscalización de las leyes, se explica debido a que no existe una institución que fiscalice (retroalimente) las leyes. La creación de una institución con aquellas características es urgente y esta empezando a ser propuesto por los propios diputados. En la retroalimentación del congreso se encuentra el aprendizaje necesario para mejorar la calidad de la legislación nacional. También es la oportunidad de bajar los costos de transacción al entregar una información, oportuna, accesible y fiable sobre un problema para así poder lograr el ideal de la legislación optima.

4. La retroalimentación legislativa debe recaer en una institución permanente para ser eficiente.

En este escenario, es donde yo busco introducir el control de eficiencia poslegislativo institucionalizando de forma continua (permanente) la retroalimentación al sistema legislativo. El hecho de ser continuo es una gran diferencia con las comisiones investigadoras y con la propuesta de hacer una comisión de control legislativo, presentada por los diputados en el año 2010⁷⁷ y es en esencia la característica que le brinda eficiencia a la institución planteada en el capítulo V. El control de eficiencia debe ser permanente para poder ser eficiente, ya que de esa forma: (1) se logra una confianza en la institución (2) un mejor desempeño. (3) la institución en si logra aprender adquiriendo un *know how* (saber-cómo) acumulable y transferible.

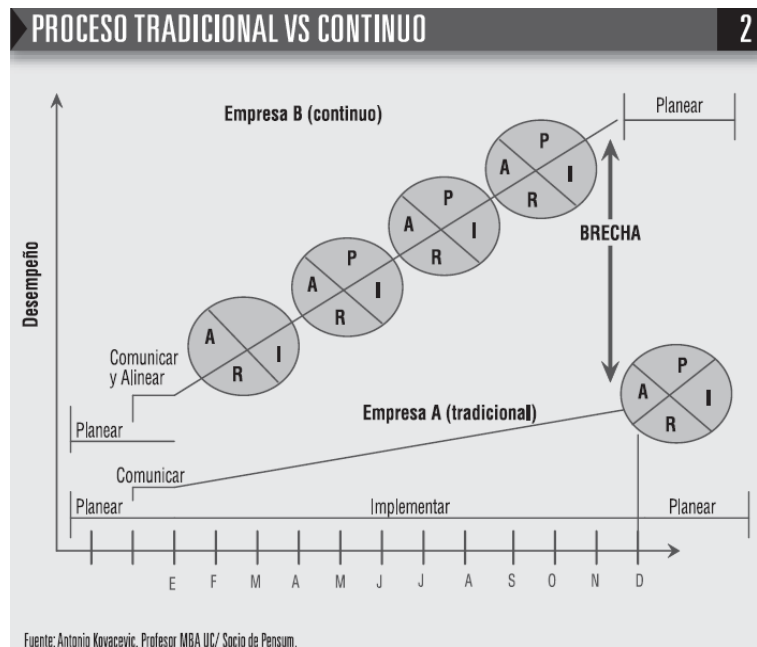
Primero una institución que no es permanente va generar roces políticos⁷⁸. Me explico, se necesita un doble consenso para poner en marcha el sistema. En un comienzo se necesita una votación para poder crear la institución que tendría una composición ad hoc (i.e. una comisión) y luego tendría que a empezar a crear un método improvisado para poder obtener resultados ante el problema planteado. El hecho de lograr un acuerdo para empezar a hacer algo y ponerse de acuerdo en un método a seguir, es un tiempo valioso que se pierde, cuando la institución no es

⁷⁷ Cámara de Diputados de Chile. Boletín N° 7299-07, noviembre 2010. Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional Con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo. En línea, visitada el 30 de Enero de 2011. (www.camara.cl).

⁷⁸ Idea en mensaje (Boletín N° 7299-07) Óp. Cit., p2.

permanente. Una institución así puede ganar en legitimidad (sólo estudiando temas que conciten un acordado interés del legislador) pero pierde en eficiencia para cumplir el objetivo y al ser una composición ad hoc se desconfía de la experticia de los integrantes. Su composición partidista, genera desconfianza en los grupos que no se ven representados en la composición.

En Segundo lugar “Esta comprobado que empresas que aplican el ciclo PIRA sistemáticamente obtienen mejores resultados que aquellos que sólo lo hacen de vez en cuando (Figura 2)”⁷⁹ El método tradicional sólo ejerce el modelo PIRA de vez en cuando y al hacerlo así se genera una brecha de productividad en relación a una institución



permanente. Dicha brecha es la mayor eficiencia que tendría una institución permanente, que al igual que en una empresa en el sistema legislativo se provocarían resultados en menor tiempo. En otras palabras, poder ejercer el ciclo PIRA más veces en un mismo periodo de tiempo, genera un mejor desempeño y en el caso del sistema legislativo, más y mejor información en relación a lo efectos de la ley. El tiempo se hace aún más importante tomando en cuenta los periodos legislativos y composiciones del congreso variables en el tiempo; pudiendo en óptimas condiciones los mismos autores de una ley llegar a corregirla (ajustarla) cuando los efectos no fueron los deseados.

En tercer lugar, como toda institución o grupo de personas, necesita tiempo para hacer protocolos de conducta y métodos de estudio. Los cuales luego de un tiempo se

⁷⁹ KOVACEVIC, Antonio. (2010) Óp. Cit.

pueden empezar a instruir y mejorar. En otras palabras no se empieza de cero para cada caso. Se adquiere conocimiento y este se transfiere al siguiente caso en estudio. Lo cual hace que los tiempos de respuesta se reduzcan y se haga más eficiente el proceso.

Por todo lo anterior, el control de eficiencia poslegislativo debe ser una institución permanente en el tiempo. Todo lo cual apunta a reducir los costos de transacción, específicamente se reducen los costos de investigación del tema a solucionar, los costos de vigilancia y de la ejecución de lo acordado. Se transfieren los costos que asumía cada congresista y se traspasan a la institución del control de eficiencia poslegislativo. Esto no quiere decir, que el legislador, no necesite ocupar asesores, sino que sus asesores podrán trabajar bajo la base de algo y no partir de cero; generándose una sinergia de información entre los congresistas y la información proporcionada por el control de eficiencia poslegislativo.

5. Mejorando el desempeño económico con el control de eficiencia poslegislativo.

Un baremo que se utiliza con frecuencia en la actualidad para ver si una política es correcta, es ver si ésta produce crecimiento económico (maximización de la riqueza). No le estoy dando un valor intrínseco al crecimiento económico, empero lo que quiero demostrar en breve acá, es que existe una conexión entre la calidad de las leyes e instituciones y el crecimiento económico de un país.

Yo no soy el primero ni el último en proponer aquella conexión. Varios autores ingleses lo han propuesto y los españoles también han sostenido que *“La mala calidad institucional es una causa fundamental del pobre crecimiento de las economías de los países en vías de desarrollo...”*⁸⁰ y sostiene a su vez que *“la calidad institucional puede ser también muy relevante para el avance de la productividad en los países*

⁸⁰ SEBASTIÁN, Carlos y SERRANO, Gregorio. Marco Institucional y Productividad en la Economía Española. Madrid. 2009. En línea, visitada el 20 de Diciembre 2010. Calidad Institucional (<http://www.calidadinstitucional.org/uploads/Main/Marco%20Institucional%20y%20Productividad%20en%20la%20Econom%EDa%20Espa%F1ola.pdf>) p5.

*desarrollados, por el tipo de incentivos que genera.*⁸¹ Así las cosas, debemos entender que las instituciones son fundamentales para producir incentivos para el crecimiento, es decir, para producir efectos en la población.

Por ello para el logro del bien común el Estado debe tener presente que “...i) *La eficiencia del Estado no depende sólo de su organización interna, sino principalmente de la calidad de su interacción con el conjunto de la sociedad, y ii) las instituciones de la sociedad son la consecuencia de un conjunto de procesos que operan a través del tiempo, por lo que se debe adoptar un enfoque de equilibrio en el análisis de su funcionamiento.*”⁸² En otras palabras, el Estado debe generar una institución que se pueda conectar con la sociedad y que genere incentivos que sean operativos. Para lograr aquella operatividad es necesario el control de eficiencia poslegislativo y la aplicación del PIRA continuamente. De esa manera, el legislador podrá evaluar y rectificar de ser necesario los incentivos hasta lograr hacerlo operativo ya que “...*no es posible encontrar soluciones unívocas con un carácter general a los problemas institucionales observados.*”⁸³

El método de trabajo que ofrece la institucionalización de la retroalimentación por medio del control de eficiencia poslegislativo, al ser abierto y continuo, permite ser funcional a los diversos fines de la sociedad. Entre esos fines, permite ser funcional al fin de incentivar el crecimiento económico, calibrando los incentivos institucionales tomando en cada intento (PIRA) más variables en consideración. Esto nos lleva a sostener que el control de eficiencia poslegislativo es en si mismo un incentivo a la eficiencia institucional al generar flujos de información. No digo que este ente pueda digerir toda la información social, sino que sólo sostengo que será un ente que tomará más variables en consideración – gracias al *Know How* (saber cómo) acumulado- que una comisión que parta de cero a ver un tema. Esa ventaja es la principal causa de que el control de eficiencia poslegislativo sea un método más eficiente.

⁸¹ Ibid.

⁸² FUENTES, Fernando y MARSHALL, Jorge, Eficiencia de las instituciones y desempeño económico. en revista del Centro de Estudios Públicos, [En Línea] Santiago, N° 76, 1999, p. 413.[citado el 31 de julio 2007] [<http://www.cepchile.cl>]

⁸³ FUENTES, Fernando y MARSHALL, Jorge. Óp. Cit. (1999) p414.

CAPITULO VII

DERECHO COMPARADO O COMO HAN ENFRENTADO LOS PROBLEMAS DE LA LEY EN OTROS PAISES.

Siempre es bueno mirar un poco más allá y observar como otras sociedades han tratado de resolver, el problema presentado en la primera parte. Sin desmerecer mi postura, ni la de otros países, pasemos a revisar que han hecho otros países cuando ven que sus leyes, en vez de solucionar un problema, se transforman en uno. Si bien los conceptos presentados en esta memoria no son nuevos, en el sentido de que la búsqueda de control de la legislación se viene practicando hace muchos años en otros países de tradición anglosajona, no es menos cierto que, la forma como aplicar dicho control al sistema de derecho continental, es un desafío. La aplicación de ese control sin el presupuesto de los países desarrollados es un desafío aún mayor, por ello se deben adecuar las instituciones a nuestra propia idiosincrasia. Con esta altura de miras y observando que podemos recoger (aprender) de la experiencia de otros países pasemos a ver el derecho comparado. Los países que analizaremos acá por su influencia en nuestro derecho serán Inglaterra, Estados Unidos, Francia y España.

1) Inglaterra: redactores de la ley. *Office of Parliamentary Counsel* (Oficina Del Consejo Parlamentario)

La institución que se preocupa de la legislación de data más antigua es la *Office of Parliamentary Counsel* (Oficina del consejo Parlamentario), en Inglaterra. Esta institución se inicio en el año 1869 y actualmente depende del *Gabinet Office* (Oficina del gabinete). “*El consejo parlamentario es un equipo especializado de abogados con base en la calle Whitehall. Su trabajo principal es la elaboración de leyes (bills) del gobierno para introducirlas en el parlamento, y en los negocios parlamentarios*

relacionados.”⁸⁴ Esta Institución ha hecho posible “*la existencia de unos artesanos de la legislación y, en su entorno, de una reflexión sobre los métodos y técnicas de legislar...*”⁸⁵. También es un punto de partida para el surgimiento de las teorías de la legislación y la replica de instituciones de la legislación, en otros países como en: Escocia, Nueva Zelanda e Irlanda.

Esta institución es un centro de redacción de leyes, el cual no mide la eficacia de la ley, sino que trata de que la ley este bien hecha. A lo que me refiero con bien hecha, es la coherencia interna, sistemática, racionalidad y lenguaje utilizado. Como podemos observar el hecho de institucionalizar la redacción de leyes, permite un *know how* (saber cómo) práctica que puede ser transmitida de generación en generación y que de esa forma va mejorando la técnica legislativa. La otra forma de hacerlo es la vía no institucionalizada escogida por Chile, por ejemplo, se forma un equipo para redactar una ley, luego de aprobada e implementada esa ley, ese equipo se disuelve. Cuando hay necesidad de hacer otra ley compleja se recluta a otro equipo que vuelve a partir de cero. Ese esquema de partir siempre desde cero, se quiebra, con la institucionalización de la redacción legislativa como bien lo han implementado en Inglaterra hace más de un siglo.

2) Estado Unidos: *Government Accountability Office* GAO (Oficina de Auditoria Gubernamental) y la codificación desde abajo.

Otro país perteneciente al derecho anglosajón en que se ha institucionalizado el estudio de las leyes, hace ya varios años, es en Estados Unidos de América. Aquí se podría decir que está el máximo exponente del control de la legislación en el mundo. La *General Accounting Office* (Oficina de Auditoria General), hoy con el nombre de *Government Accountability Office* (Oficina de Auditoria Gubernamental), es una institución que depende del Congreso y que fue creada en el año 1921. La creación de una institución así en plena pos primera guerra mundial, se explica como una forma de

⁸⁴CABINET OFFICE, Office of Parliamentary counsel. [En Línea] [Visitado: 10 de Diciembre 2010] [<http://www.cabinetoffice.gov.uk/content/office-parliamentary-counsel>] (traducción informal por el autor).

⁸⁵ZAPATERO GÓMEZ, Óp. Cit. p774.

controlar los gastos y una necesidad de información del congreso. La necesidad de información es lo que llevo a los legisladores a crear esta institución independiente del Tesoro de los Estados Unidos. Así esta oficina no depende del gobierno y sirve para controlar al gobierno.

“La GAO fue creada porque la gestión financiera federal estaba en desorden después de Primera Guerra Mundial. El gasto en tiempos de guerra se había conducido por encima de la deuda nacional, y el congreso consideró que necesitaba más información y un mejor control sobre gastos. El acto (ley) hizo independiente al GAO del Poder Ejecutivo y le dio un mandato amplio para investigar cómo los dólares federales estaban siendo gastados.”⁸⁶

Si bien esa fue su partida, luego asumió un rol más amplio, sumándose el estudio, evaluación y control de la legislación. Por ello hoy es conocida como “*el brazo investigativo del congreso*” o “*el perro vigilante del congreso*”⁸⁷. De esta forma el GAO se ha transformado: “*Hoy, la agencia que comprobó una vez millones de vales del gobierno se ha convertido en una organización multidisciplinaria del congreso, equipada para manejar las más difíciles auditorias y tareas de evaluación.*” La GAO es un monstruo difícil de mantener por un país que no tenga la riqueza de Estados Unidos, dicha institución cuenta con una fuerza de trabajo de 3.300 empleados⁸⁸ de los cuales dos tercios funcionan en los cuarteles centrales en 11 ciudades.

No hay duda que esta institución es una maravilla, que además de controlar el gasto del gobierno para cuidar las arcas fiscales, genera el control de las leyes. No obstante, no existe ningún otro país en el mundo que tenga una agencia parecida a la que tiene Estados Unidos. Así la profesora Mora-Donato nos recalca que “*A gran distancia del Congreso de estadounidense hay otros estados que han institucionalizado la evaluación con mayor o menor presencia parlamentaria.*”⁸⁹ La GAO, es una maravilla, que protege la eficiencia del dinero y de la ley. Es un ayudante necesario para el

⁸⁶U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. *History*. . [En Línea] [Visitado: 10 de Diciembre 2010] [<http://www.gao.gov/about/history/>] (traducción informal por el autor).

⁸⁷U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. *Welcome to GAO*. [En Línea] [Visitado: 10 de Diciembre 2010] [<http://www.gao.gov/>] (traducción informal por el autor).

⁸⁸U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. *Our workforce*. [En Línea] [Visitado: 10 de Diciembre 2010] [<http://www.gao.gov/about/workforce/index.html>].

⁸⁹MORA-DONATTO. Óp. Cit. p76.

congreso, que ha identificado los problemas de la ley y los ha atacado vigilando su práctica con un gran ejército. Pero la GAO, es un modelo difícil de replicar en otros países, los gastos para implementarlo son muy altos. Sin embargo, ver si es conveniente invertir ese gran esfuerzo monetario o empezar con una institución más pequeña, es una tarea que el legislador debe empezar hoy a ponderar.

La GAO no es el único organismo que se preocupa de la legislación en Estados Unidos. Una iniciativa no gubernamental ha planteado la codificación del derecho de los Estados norteamericanos. Con ese fin, se han creado instituciones como La Conferencia Nacional de Comisionados de los Estados Unidos para unificar el Derecho-NCCUSL y El instituto de Derecho Americano-ALI. La codificación como vimos en el capítulo 1.2 ha sido importante desde los inicios del derecho y considero que es una técnica que hace disminuir la incertidumbre y por ello logra que el derecho sea más eficiente, consiguiendo su fin de poder ser considerado al momento de razonar un problema. Pero tenemos que hacer una aclaración, la codificación planteada por estos organismos responde no al derecho continental, sino, a una necesidad del sistema anglosajón.

“En las primeras décadas del siglo XX el volumen del Derecho judicial, esto es, de decisiones judiciales, empezaba a ser inmanejable en la práctica diaria. De hecho se llegó a producir una especie de <crisis por saturación> del precedente judicial. En 1923, por ejemplo, la recopilación de precedentes judiciales alcanzaba lo ¡18.500 volúmenes! Y en muchos extremos la jurisprudencia era lacunosa o contradictoria”⁹⁰

Ante esta situación había que hacer algo, *“la idea más extendida era que había llegado el momento de ordenar y sistematizar todo el conjunto normativo”⁹¹* pero esa tarea no fue emprendida por el Estado como naturalmente había ocurrido, sino por órganos privados, por ello se le ha denominado la codificación desde abajo⁹². El éxito que han tenido estas instituciones, es lo que nos hace pensar, en cómo debe

⁹⁰ GARCIMARTÍN, Francisco. La sistematización del derecho norteamericano: La <Codificación desde Abajo>. En MENDEZ, Aurelio et al. La proliferación legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho. Thomson Civitas. España. 2004. p477.

⁹¹ GARCIMARTÍN. Óp. Cit. p478.

⁹² *Ibíd.*

configurarse una institución para que está pueda tener éxito. El ejemplo de su éxito se llama *Uniform Commercial Code* (Código de Comercio Uniforme), fue publicado por primera vez en el año 1952, es un código que se ha denominado como *case law code* (código de casos de derecho) que tiene la particularidad de ser revisado y actualizado periódicamente; así se ha transformado en un “*derecho vivo*”⁹³. Este Código, ha sido adoptado en su totalidad o por lo menos en parte, por todos los 50 Estados en Estados Unidos, también lo han adoptado Puerto Rico, Islas Vírgenes y Canadá⁹⁴. Esto nos demostraría dos cosas (a) que los privados (profesores y jueces) cuando hacen buenos trabajos, tienen influencia directa en las legislaciones parlamentarias (b) que es buena la flexibilidad que da el hecho de ser privados, lo cual les permite revisar continuamente, su obra, sin sentir que eso los deslegitima como poder o que rompe con la seguridad jurídica. Este sistema me parece muy bueno, pero es difícil también de replicar en otros países debido a que los profesores no tienen, el tiempo, ni los ingresos que tienen sus colegas en Estados Unidos; por ello lo veo más dificultoso de replicar sin no existe una buena remuneración de por medio. No estoy diciendo que la cultura jurídica interna en otros países sea mercenaria, sólo estoy diciendo que primero deben suplirse sus necesidades y luego se dedicará a ser altruista; sino el coste oportunidad sería muy alto.

3) Francia: la segunda Codificación y la Comisión Superior de Codificación.

Francia es uno de los países más insignes del derecho continental, principalmente por la influencia del código civil napoleónico, sin embargo, ellos también reconocen que la codificación y las leyes en la práctica tienen problemas. Al hacer dicho reconocimiento, se impulso consecuentemente “...a través de Comisiones de Codificación y por una Comisión Superior de codificación básicamente encargada de la codificación de *lege lata*.”⁹⁵ Es decir, de la ley que existe en múltiples cuerpos legales

⁹³ GARCIMARTÍN. Óp. Cit. p482.

⁹⁴ GARCIMARTÍN. Óp. Cit. p483.

⁹⁵ SUAREZ, M. Leonor. El sueño de la codificación y el despertar del derecho. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 29 (2006), p238. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA>>

(sin innovar), refundirlos en un código. Estas comisiones ordenan sistemáticamente las leyes evitando contradicciones y señalando implícitamente los preceptos derogados. Los objetivos de esta institución francesa son: “i) *precisar los términos legales para hacerlos más comprensible pero respetando el principio de legalidad; ii) mejorar la redacción de los textos y la adaptación terminológica; iii) eliminar las disposiciones implícitamente derogadas; iv) distribuir los textos conforme a su naturaleza legal o reglamentaria; v) armonizar el Estado de Derecho.*”⁹⁶ No tiene la facultad de modificar las leyes a su antojo, sino que debe ceñirse a estos objetivos. Los cambios son de forma y no de fondo, no teniendo el objetivo de controlar la legislación. Así las cosas, esta institución se parece más al *draftmen* inglés que a una agencia de control como la GAO en Estados Unidos.

El punto a recalcar es el modo en que estas correcciones se legitiman ante el parlamento, así “...desde 1989 estos Códigos pasan al Parlamento, que los estudia, articula y da valor de ley con efectos derogatorios sobre lo no incorporado en ellos.” De esta forma, no son las comisiones quienes tienen el poder de cambiar la legislación sino que es el parlamento a través de la ayuda que le otorgan las comisiones.

Este panorama, cambio en Francia a fines del año 1999, se le permitió a las comisiones, “*actuar a través de ordenanzas no ratificados por el Parlamento*”⁹⁷. Esto cambia todo el concepto de dicha institución, permitiéndole actuar incluso –derogando leyes previas-. Este poder para mí es demasiado grande, generándose un problema de legitimidad y de control (Si el parlamento no controla ¿Quién es el llamado a controlar la legitimidad de los cambios introducidos por la comisión?). Si bien estamos hablando de leyes que existen previamente aprobadas por el parlamento, no es menos cierto que al sistematizarlas y derogar lo no incorporado en ellos, es un poder que merece ser controlado. El profesor francés Fauvarque-Cosson, explica que “<sólo deberán

⁹⁶ SUAREZ, M. Leonor. El sueño de la codificación y el despertar del derecho. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 29 (2006), p237. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>

⁹⁷ SUAREZ, M. Óp. Cit. p238.

darse las modificaciones estrictamente necesarias para la coherencia del derecho>”⁹⁸, empero eso sólo es una declaración moral, el poder potencial de la comisión sobrepasa aquel límite, que se impone sólo como un límite moral y no real (institucional); debido a que nadie controla o sanciona dicha labor.

Cabe recalcar que ante estos hechos “*el dictamen del Consejo constitucional ratifico su constitucionalidad*”⁹⁹, sin embargo, aquello no zanja el problema de legitimidad y de que se vuelve a destruir una comunicación institucionalizada entre la praxis y el parlamento. Si la comisión puede actuar sin informarle al parlamento, lo que ocurre es que el parlamento no se enterará de cuáles fueron sus errores cuando generaron una ley, así el parlamento pierde una valiosa oportunidad de aprender a conocer a la cultura jurídica interna y de aprender de sus errores o desaciertos en la presentación formal de sus leyes. De esta forma se aleja la posibilidad de la institucionalización del derecho constante que además de cambios de forma proponga cambios de fondo.

4) España: Comisión General de Codificación y cuestionario de evaluación de las leyes.

En España, inserta en el sistema de derecho continental, tiene una institución llamada la Comisión General de Codificación que depende del Ministerio de Justicia. En el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, se define al órgano como “*el órgano superior colegiado de asesoramiento en la preparación de las tareas prelegislativas propias del Ministerio de Justicia.*”¹⁰⁰ Esta comisión en sus inicios era un órgano que apoyaba al parlamento, pero para los españoles eso era un error y se transformo en un órgano gubernamental.

⁹⁸ FAUVARQUE –COSSON, citado en SUAREZ, M. Leonor. El sueño de la codificación y el despertar del derecho. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 29 (2006), p238. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>

⁹⁹ Idea en SUAREZ, M. Leonor. El sueño de la codificación y el despertar del derecho. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 29 (2006), p238. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>

¹⁰⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA. Comisión General de Codificación. Comisión. [En línea] [http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_P/1215198247786/Detalle.html] [Visitada: 10 de Diciembre 2010.]

“La Comisión se creó en un tiempo en el que el ideal codificador -unificador y homogeneizador- dominaba la teoría jurídica. Y en ese sentido, la Comisión actuó como órgano colegislador del Parlamento. Su propio nombre responde a esta filosofía. Pero en la actualidad hay que reconsiderar la función de un órgano que no participa ni comparte la iniciativa legislativa y que se configura como un simple órgano de asesoramiento en una de las funciones más representativas del Gobierno como es la preparación y el impulso de un programa legislativo.”

Las razones del cambio, no las he podido rastrear, pero estimo que deben ser razones políticas que consideran que los técnicos no deben involucrarse en los asuntos de la política ó quizás era para quitarle poder al parlamento. Sólo puedo constatar que esto es lo contrario a lo que paso en Estado Unidos, donde de ser una entidad gubernamental paso a depender del Parlamento. No obstante aquello, este es el “...único órgano especializado de producción normativa”¹⁰¹ en España y desde 1997, se ha transformado sólo en un órgano asesor del ministerio de Justicia.

Este órgano, sólo se ha preocupado de la producción normativa, no de la eficiencia, como un símil del sistema ingles. Empero, en España la eficiencia empieza a ser un tema, por ello *“cuenta con un cuestionario de evaluación de los resultados de las leyes, decretos y aún reformas constitucionales que tienen como objeto conocer cual fue el impacto de las normas en el entorno social, legal, orgánico, internacional, etc.”*¹⁰² Si bien esto no es una institución de evaluación de las leyes, si creo que es un buen pero tímido comienzo. El desafío que tienen que superar es la dificultad de cómo vincular los resultados de dichas evaluaciones con el legislador; hacer efectivo que los resultados se constituyan nuevamente en un impulso dirigido al legislador es la gran barrera que deben superar para que las evaluaciones tengan sentido.

5) Lecciones del Derecho Comparado.

Las instituciones revisadas brevemente en este capítulo se pueden calificar en dos categorías las que revisan la forma de las leyes (*draftmen*) y las que buscan controlar la legislación no sólo en la forma sino también en el fondo (evaluación). Estas

¹⁰¹ ZAPATERO GÓMEZ, Óp. Cit. p776.

¹⁰² MORA-DONATTO. Óp. Cit. p76.

categorías no se presentan en blanco y negro sino que depende del énfasis dado en cada país a cada labor. Por ejemplo, como vimos en España, se estudia la evaluación de las leyes, no obstante, el mayor énfasis está en sólo una revisión formal de las leyes. Ahora bien, la evaluación de las leyes no necesariamente tiene que estar aparejado a la labor de corrección formal de las leyes, en una misma institución, pueden ser dos órganos diferenciados; el punto está en determinar los énfasis dados como política social.

Como vimos con la codificación desde abajo en Estados Unidos, la labor de mejorar las leyes y la de codificar no solamente debe provenir del Estado, también puede ser una iniciativa privada. De esta forma podemos clasificar estos órganos entre los de iniciativa privada y los de iniciativa Estatal. Entre las instituciones Estatales cabe hacer una nueva clasificación muy importante, entre los dependientes del poder ejecutivo (Inglaterra, Francia y España) y los dependientes del poder legislativo (Estados Unidos). Para mí está es la clasificación más controversial, no debido a que sea difícil de calificar, sino debido a que es relevante para el funcionamiento del Estado. En Estados Unidos si bien nació como un órgano del ejecutivo se decidió transformarlo en un órgano del legislativo para que funcione. En cambio, en España nació como un órgano del legislativo y pasó a ser un órgano del ejecutivo, esgrimiéndose el argumento que la dependencia del legislativo no tenía sentido. El punto es que tipo de institución es la que queremos y que facultades tendrá. Así lo concreto es que si queremos controlar al ejecutivo, no puede ser el mismo ejecutivo el que se controle a sí mismo; por ello se justifica la decisión tomada por Estados Unidos. Empero, si nos encontramos ante un órgano que sólo ve la forma de la ley y no evalúa su ejecución, no veo problema en que dependa del legislativo o del ejecutivo; aunque administrativamente si el ejecutivo es quien propone la mayoría de las leyes (iniciativa legal) al legislativo, se justificaría administrativamente su inclusión en el ejecutivo, para que ese mismo equipo ayude al ejecutivo a redactar sus leyes como lo hace Inglaterra.

De esta forma, para ver la ejecución y funcionamiento de la institución, debemos primero delimitar que es lo que queremos que haga dicha institución, sólo corregir formalmente la ley, o si queremos que también evalúe la ley en el fondo. De esa

decisión, dependerá su lugar en la organización Estatal. Lo que debemos revisar también es las proyecciones de dicha institución, si tienden a buscar la evaluación de los órganos que ejecutan las leyes (ejecutivo y judicial) dichas instituciones no podrán seguir dependiendo del ejecutivo y tendrán que transformarse en independientes o dependientes del legislativo. En cambio, si no se pretende incorporar una función de evaluación, no habría problema con que siguiera dependiendo del ejecutivo ó que nazca otra institución que evalúe la ley y que sea diferente a la que hace cambios de fondo en la ley. La discusión de si conviene fusionar ambas funciones es de orden administrativo y de recursos monetarios más que de un funcionamiento institucional.

En conclusión, la mayor lección que podemos sacar de estos ejemplos es que el diseño institucional es importante, su lugar en la organización estatal y social son relevantes para determinar el éxito o fracaso de la institución evaluadora. Esta respuesta, si bien no nos da una respuesta absoluta o una receta uniforme, sí nos permite darnos cuenta en donde debemos poner cuidado. Debemos tomar en cuenta todo el delicado equilibrio del aparato estatal, propio de cada país, si se quiere crear una institución evaluadora que tenga éxito (influencia en el legislativo).

TERCERA PARTE:
EL CONTROL DE EFICIENCIA POSLEGILATIVO:
CONVENIENCIA Y APLICABILIDAD AL CASO CHILENO.

“A Camel is a horse designed/planned by a committee”. Unknown Author, phrase made popular in 1956, as a critic to group decision-making.¹

“Un Camello es un caballo diseñado/planificado por un comité.” Autor Desconocido, Frase hecha popular en 1956, como crítica a las decisiones grupales.

¹POPIK, Barry “A camel is a horse designed by a committee” Enero, 2010. Disponible en: (www.barrypopik.com/index.php/new_york_city/entry/a_camel_is_a_horse_designed_by_a_committee) [Consultada: 10 Diciembre 2010.]

CAPÍTULO VIII

PROBLEMAS EN EL SISTEMA LEGISLATIVO CHILENO: UN CONGRESO CON PERSONALIDAD HISTRIONICA OPACADO POR EL PRESIDENCIALISMO.

Las características de una personalidad histriónica en psicología muestran que principalmente *“Suelen ser vanidosas y egocéntricas, y se sienten incómodas cuando no son el centro de atención. A menudo son seductoras en apariencia y comportamiento, ya que les preocupa mucho no serlo. Buscan continuamente a alguien que les tranquilicen, que aprueben lo que hacen, y pueden enfadarse cuando alguien no les atiende o le halagan...”*² No estoy diciendo, que los congresistas tengan que ir al psiquiatra ni que estén enfermos. Sólo quiero dejar en claro que el Congreso en su conjunto actúa como una institución que necesita aparecer en los medios de comunicación como el centro de atención; para lograr la aceptación y los votos de sus electores³. Empero, aquella tarea es opacada por el presidencialismo que existe en Chile. Cuando digo presidencialismo me refiero a la capacidad del ejecutivo de controlar la agenda legislativa, esa facultad puede ser ejercida por medio de su capacidad de negociación o por el uso del sistema de urgencias. Así las cosas, los intentos del Congreso por figurar siempre serán opacadas por el poder ejecutivo, tanto mediáticamente como en la labor legislativa siendo muy bajas las posibilidades de aprobar una ley que ingrese como moción.

En este capítulo veremos con datos cómo el Presidente de la República tiene gran influencia en la agenda legislativa del Congreso; produciendo en la práctica una sumisión del Congreso frente al ejecutivo. A su vez observaremos la relación de los medios de comunicación con las leyes y su influencia en la proliferación legislativa. Para abordar los temas nos apoyaremos en tablas y gráficos; que contienen datos acuciosos.

²WIKIPEDIA, Trastorno Histriónico de la personalidad. *Creative Commons*. En Línea: (es.wikipedia.org/wiki/Trastorno_histriónico_de_la_personalidad). Visitada 30/01/2011.

³ Ello explica en mi parecer las comisiones investigadoras de la cámara de diputados, que si bien generan mucho ruido mediático (prensa), sus informes no se concretan en cambios legislativos.

1. Proliferación Legislativa y lo urgente para los medios de comunicación

La proliferación legislativa es el aumento en la creación de leyes de forma indiscriminada, la cual afecta la calidad de las leyes, la coherencia del sistema y con ello se perturba la certeza jurídica que es el fin primordial del derecho. La creación legislativa es necesaria y siempre será considerada buena, debido a que apunta al avance de la sociedad y a la actualización del derecho. De hecho, no me puedo imaginar un Estado que no haga leyes nuevas o modifique las preexistentes. La situación que tenemos que tratar de diferenciar es cuando el Estado hace leyes de forma indiscriminada e irracional (dañando al sistema jurídico) y cuando es una necesidad (salvando al sistema jurídico). Mi hipótesis es que si bien podemos constatar que existen factores que condicionan un aumento en la creación legislativa (e.g. los medios de comunicación), eso no implica ex ante que aquellas leyes producidas sean malas, sino que la única forma de determinar si dichas leyes generaron o no los efectos deseados, es controlándolas -evaluándolas ex post- ya que una opinión sin información no es más que un prejuicio.

Lo primero que tenemos que hacer para hablar de proliferación legislativa es ver cuántas leyes se producen en Chile y si eso va en aumento. Para observar aquello he decidido analizar los últimos 21 años completos de democracia en Chile, es decir, desde el 11 de marzo de 1990 al 11 de marzo 2011⁴. Durante este periodo se han producido 1.535 leyes con un promedio anual de 73,10 leyes. Debido a que los periodos presidenciales han sido de cuatro y seis años, he decidido compararlos tomando un promedio anual. Así se generó la tabla: N° 1 (ver página siguiente), que nos muestra que en Chile ha existido un crecimiento sostenido en la creación de leyes entre 1994 al año 2011, se obvia el periodo de 1990-1994 con un promedio de 81,25 leyes por año debido a que se considera un periodo de transición a la democracia después del gobierno del general Pinochet, donde existía un ánimo de tratar de

⁴ Se toma hasta el 11 de marzo de 2011, ya que es el último año completo el cual puede ser comparado. También corresponde al primer año de los cuatro que tiene el actual presidente Sebastián Piñera. En ningún caso estoy diciendo que después de este periodo no exista democracia en Chile.

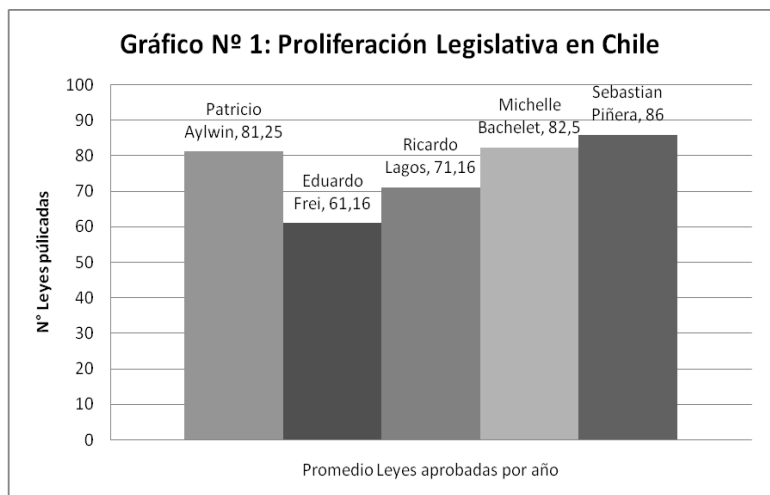
cambiarlo todo, lo cual explica el alto promedio anual de leyes creadas, que bajo abruptamente en el periodo de 1994-2000 con un promedio 61,16 leyes por año.

Tabla Nº 1: Proliferación Legislativa en Chile				
Presidente	Partido político	Leyes Aprobadas	Periodo en años	Promedio leyes por año
Patricio Aylwin	DC	325	4	81,25
Eduardo Frei	DC	367	6	61,16
Ricardo Lagos	PS	427	6	71,16
Michelle Bachelet	PS	330	4	82,50
Sebastián Piñera	RN	86	1	86,00
TOTAL		1535	21	73,10

Fuente: Elaboración propia con datos de la Biblioteca del Congreso nacional (www.bcn.cl) y del Sistema de tramitación de proyectos del Congreso nacional SIL (sil.senado.cl). Chile. 2011.

Debemos aclarar que en esta tabla no se consideraron los tratados, acuerdos, y convenios internacionales publicados durante este periodo. Debido a que las relaciones internacionales se dan en un ánimo que trasciende a la cotidianidad de las leyes, donde el Congreso sólo puede aprobar o rechazar; no modificar.

Para visualizar la tabla anterior, presento el siguiente gráfico Nº1, el cual claramente muestra una tendencia sostenida al alza en la creación de leyes. Si bien es sostenida el alza, no nos encontramos frente a datos que muestren una



subida muy abrupta sino que es un alza más bien plana. Con la información que manejo no puedo determinar si esto es bueno o malo, habría que hacer estudios comparativos con otros países para determinar cuánto es lo normal del crecimiento legal, en un país en vías de desarrollo como Chile. Lo único que puedo constatar es que si existe un crecimiento sostenido en la creación de leyes en Chile. Ahora pasemos a ver una posible explicación a esta alza sostenida.

Existen múltiples causas para poder explicar el aumento de la producción de leyes. El profesor Mauricio Tapia en Chile estudió este tema y concluyó que: “*Las causas de esta inflación son múltiples. Entre éstas, se destacarán: (i) La burocratización del proceso de creación de las leyes; (ii) La diversificación de su objeto; (iii) Las nuevas funciones asignadas a las leyes, y (iv) La renovación de la confianza en sus virtudes.*”⁵ Por espacio, realizaré un resumen con mis palabras de los temas destacados por el profesor Tapia⁶. (i) El ejecutivo manda proyectos de ley creados por los ministerios, que creen que hacer el trabajo es producir leyes, aquello junto a los grupos de presión (*Lobby*) aceleran la creación legislativa. (ii) El progreso económico ha traído aparejado nuevas áreas de actividad para las leyes, donde antes había libertad ahora hay regulación, ejemplo de ello es la ley del consumidor (Ley N° 19.496) y la ley que regula la formación del consentimiento en internet (Ley N° 19.799). (iii) El fenómeno de las leyes programáticas. Los gobiernos para demostrar a los electores que se están haciendo cosas fomenta la creación de leyes como portadora de buena noticias, aunque muchas de ellas contienen escaso componente normativo, pero si declaraciones de buenas intenciones. Los receptores se han acostumbrado a exigirlos. (iv) Existe la idea que los males de la sociedad se hacen desaparecer con nuevas leyes y de que los males existen por falta de leyes. Se genera la creencia de que la ley regula, protege y funciona como una solución mágica. Todo esto genera presión para que se creen más y más leyes.

Para mí el punto que transversalmente está en las causas presentadas por el profesor Tapia, son los medios de comunicación masivo (TV, diario, Radio e Internet). Tal es el punto, que se ha acuñado en España el concepto de “*Democracia mediática*”⁷. Se generan leyes mediáticas con el fin de provocar noticias, no efectos jurídicos. De esta forma se producen dos efectos por un lado “*se termina postergando*

⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2005. p367-368.

⁶ Para mayor profundización en el tema ver TAPIA RODRIGUEZ, (2005) Óp. Cit. P366 a p373.

⁷ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. La democracia mediática: La legislación Parlamentaria y los Medios de Comunicación. En MENDEZ, Aurelio et al. La proliferación legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho. Thomson Civitas. España. 2004. p589.

*lo importante en aras de lo urgente*⁸ y por el otro lado se genera una inflación normativa innecesaria; lo cual afecta a la seguridad jurídica. Consecuentemente podemos sostener que existe un aumento en la creación de las leyes por múltiples factores combinados.

2. Acceso a Información tendenciosa para decidir: La participación de los gremios en las comisiones legislativas.

Los gremios son un *“conjunto de personas que tienen un mismo ejercicio, profesión o estado social”*⁹. Ellos son en parte grandes demandantes de leyes para que se resuelvan sus problemas, que según ellos se producen debido a la falta de ley; cuestión que como vimos es uno de los factores que fomenta la proliferación legislativa. Esto a priori no tiene ningún problema, ya que es parte de la participación ciudadana y de una retroalimentación legislativa no institucionalizada. Los problemas se dan cuando se privilegia a ciertos grupos por sobre otros y cuando aparece el lobby. El lobby se define como *“grupo de personas influyentes, organizado para presionar en favor de determinados intereses.”*¹⁰

En Chile los gremios actúan en las comisiones de trabajo legislativo, ya que en ellas se les recibe. *“Las comisiones son grupos de trabajo integrados por 5 senadores o 13 diputados cuya función es permitir el estudio detallado de los proyectos de ley y demás materias sometidas a conocimiento de la Corporación, usualmente se recibe la opinión de expertos en la materia de que se trate y se ofrecen audiencias a organizaciones de la sociedad civil interesadas en el tema.”*¹¹ Habla muy bien del Congreso que reciba a las organizaciones de la sociedad civil que están interesadas en los temas legislativos, de hecho, eso es otra forma de retroalimentación no institucionalizada. El problema se produce cuando se le da relevancia a ciertos grupos

⁸ OELCKERS, Osvaldo y BRONFMAN, Alan. La evaluación de las leyes. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso. 2002. p22.

⁹ Definición de Gremio, Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, vigésima segunda Edición. España. 2001. En Línea: (ww.rae.es), visitada 30/01/2011.

¹⁰ Definición de Lobby. Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, avance de la vigésima tercera Edición. España. 2011. En Línea: (ww.rae.es), visitada 30/01/2011.

¹¹ Cámara de Diputados de Chile. Acerca de. Preguntas y respuestas- Comisiones. Valparaíso, Chile. En Línea: (www.camara.cl//preguntas.aspx) Visitada 30 de Enero 2011.

por sobre otros, quedando sobre representados y otros sin representación. Dicha situación al no tener un contrapeso imparcial –punto de referencia-, provoca en mi opinión un sesgo en la información que tienen los congresistas al momento de estudiar un proyecto de ley en una comisión. El observatorio parlamentario de la Corporación Humanas, que aboga por los derechos humanos, investigó cuales eran los grupos de personas que eran recibidos por las comisiones y llegaron a la siguiente tabla¹²:

Organizaciones	Oportunidades recibidas
Empresas y organizaciones gremiales empresariales	71
Organizaciones de trabajadores	52
Gremios o colegios profesionales	19
Universidades, centros académicos universitarios e institutos de formación técnico-profesional	40
Think tank	70
Partidos políticos	3
Organizaciones no gubernamentales (ONGs)	27
Organizaciones sociales y/o de defensa de derechos	21
Organizaciones de beneficencia y voluntariado	0
Organizaciones y entidades religiosas	0
Expertos individuales	31
Otros	15
Total	349

Este estudio también se hizo en el senado de la República¹³ y se obtuvieron similares resultados. De esa forma, se concluye que “...considerando el conjunto de las intervenciones ante las comisiones, tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados se asigna mayor importancia a la participación del empresariado y de Think Tanks oficialistas en el debate de los proyectos de ley.”¹⁴ Dentro de los Think Tanks (tanques de pensamiento ó centros de investigación política) “...la fundación Jaime Guzmán es la que en mayor medida es considerada en el trabajo legislativo de la

¹² Observatorio Parlamentario, Balance anual al poder legislativo año 2010. Corporación Humanas, Primera Edición, Santiago, Chile. 2010. p128.

¹³ Observatorio Parlamentario (2010), Óp. Cit., p125.

¹⁴ Observatorio Parlamentario (2010), Óp. Cit., p135.

cámara de diputados (34), el instituto Libertad y Desarrollo en segundo lugar (19) y CIEPLAN en tercero (10). Muy por debajo es la atención brindada al Centro de Estudios del Desarrollo (2) y al Centro Democracia y Comunidad (2); mientras que el Centro de Estudios Públicos, el Instituto Igualdad y la Fundación Chile 21 asisten en una oportunidad durante el año.¹⁵ Consiguientemente, podemos observar que durante el año 2010, los centros de investigación política asociados a la alianza unión por Chile¹⁶ son los que obtienen los dos primeros lugares en oportunidades de ser escuchados en las comisiones. Estos dos centros sumados son consultados el 75% de las veces en que se consulta a un centro de investigación política. Todo lo cual claramente genera un sesgo en la información que tienen los congresistas para analizar.

Este panorama empeora cuando analizamos la participación del empresariado en las comisiones, ahí nos damos cuenta que *“Ante la Cámara de Diputados ha sido preferente la intervención de empresas y organizaciones gremiales empresariales en 2006, 2007 y 2008; así como en 2010 en que representa el 20,3% de la participación de la sociedad civil”*¹⁷. Teniendo presente estos datos podemos descartar la participación ciudadana como un sistema de retroalimentación viable, debido a que en las actuales condiciones, en la práctica, se producen diferencias de trato que terminan generando sesgos de información. De igual forma la institución de las comisiones si recibe información sesgada, nunca podrán servir para un control. No digo que a los grupos que se les trata con deferencia en la participación en las comisiones no deban ser escuchados, lo que digo es que debe existir un ente -no partidista o de consenso- que pueda dar una opinión para contrastar las informaciones disminuyendo un posible sesgo de información. Dichos sesgos de información se pueden producir por quien ostente el poder, es decir, tanto de la derecha o izquierda Chilena, ya que es un problema de diseño institucional. Para mejorar la calidad y eficiencia de las leyes producidas en el Congreso debemos mejorar la calidad de la información que tienen los congresistas al momento de discutir y decidir una ley. Disminuyendo la asimetría de información y los sesgos de información se podrán tomar mejores decisiones.

¹⁵ Observatorio Parlamentario (2010), Óp. Cit., p128.

¹⁶ Partidos oficialistas que apoyaron al presidente de Chile 2010-2014, Sebastián Piñera. (Renovación nacional y Unión demócrata independiente).

¹⁷ Observatorio Parlamentario (2010), Óp. Cit., p128.

3. La preponderancia del ejecutivo en la legislación Chilena con datos

Una cosa es hablar de presidencialismo y otra cosa es demostrar cuantitativamente esa situación. Eso es lo que pretendo hacer en este apartado más allá de una opinión quiero abordar este tema con datos.

A) Moción versus Mensaje, leyes aprobadas.

Las mociones son los proyectos de ley presentados por los congresistas y los mensajes son los proyectos de ley presentados por el presidente (poder ejecutivo). Como sabemos no todos los proyectos se transforman en leyes. Por ello he querido investigar de las leyes que son publicadas que cantidad pertenece a una moción y qué cantidad a un mensaje. Se tomó el periodo del 11 de marzo de 1990 al 11 de marzo de 2011 y para comparar los datos de diferentes periodos presidenciales se sacó un promedio anual, así genere la siguiente tabla:

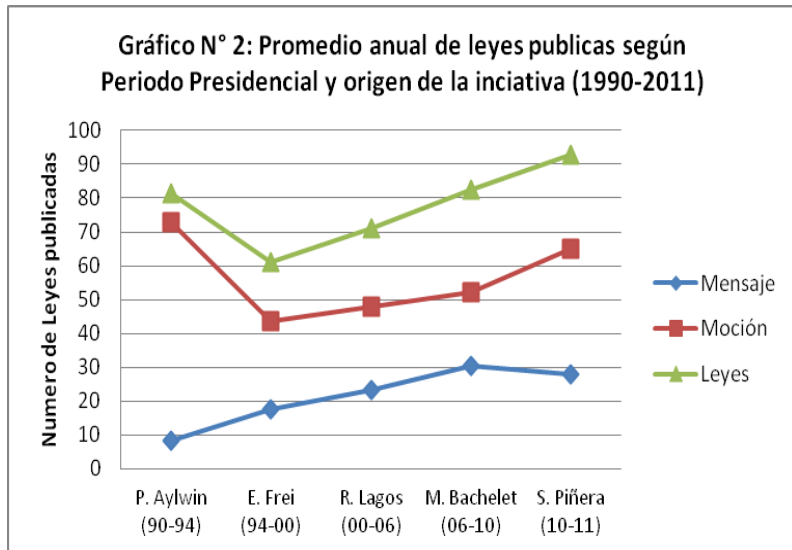
Presidente	Moción	Promedio Anual	Mensaje	Promedio Anual	Total	Promedio Anual
P. Aylwin	33	8,25	292	73,00	325	81,25
E. Frei	106	17,67	261	43,50	367	61,17
R. Lagos	140	23,33	287	47,83	427	71,16
M. Bachelet	121	30,25	209	52,25	330	82,50
S. Piñera¹⁸	30	30,00	56	56,00	86	86,00
TOTAL	430	21,50	1.105	56,32	1.535	76,42

Fuente: Elaboración propia con datos de la Biblioteca del Congreso nacional (www.bcn.cl)

De dicha tabla podemos observar que siempre se aprueban más proyectos presentados por mensaje que por moción. En el periodo del presidente Aylwin (1990-1994) la diferencia es aplastante a favor del ejecutivo 9 a 1. Sin considerar aquel periodo en los siguientes años la diferencia a favor del ejecutivo se estrecha en una relación cercana al 2 a 1; siendo el periodo de la presidenta Bachelet el más igualitario con una relación de 1,7 mensajes aprobados por cada moción aprobada.

¹⁸ Se tomó solo un año de los cuatros de su periodo 11 de Marzo 2010 al 11 de Marzo 2011.

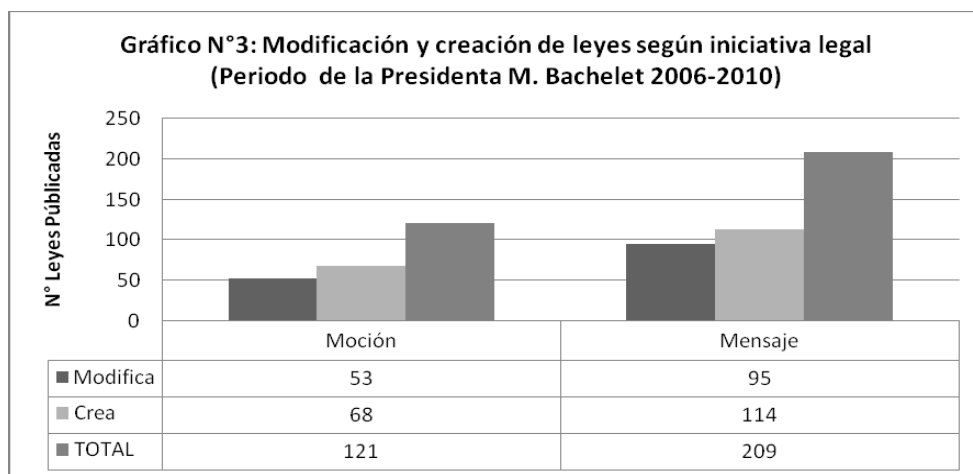
Para analizar el crecimiento de las mociones y de los mensajes observemos el siguiente gráfico N° 2. Si ignoramos el periodo de transición del presidente Aylwin podemos observar un sostenido e igualitario crecimiento de los proyectos de ley, tanto en mociones como en mensajes. Con una tendencia a igualarse entre 1994 al 2010, tendencia que se quiebra un poco en el año 2011. Así las cosas, se pueden



explicar en parte estas diferencias en razón a las materias de exclusiva iniciativa del presidente. También podemos concluir que la proliferación legislativa en Chile es compartida tanto por los congresistas como por el presidente y sus equipos de trabajo.

B) ¿Quién tiene la iniciativa en la presentación de modificaciones a las leyes?

Ahora bien, considerando que el periodo de la presidenta Bachelet es el más igualitario, quise estudiar quienes eran los más interesados en modificar las leyes:



Ahí me encontré, con que del total de mociones publicadas el 43,8% son modificaciones de leyes¹⁹ y del total de mensajes publicados el 45,5% son modificaciones de leyes; siendo porcentajes muy similares. En otras palabras, no podemos sostener que el senado o el presidente, es el que se encarga de modificar leyes, ya que reparten de manera ecuánime dicha labor. Empero tenemos que tener en cuenta que se reparten porcentualmente de forma igualitaria la labor pero que en números se aprueban casi el doble de modificaciones por mensaje que por moción, replicándose casi el mismo porcentaje de diferencia entre mociones y mensajes aprobados de 1,7 mensajes por cada moción aprobada.

C) Moción versus mensaje; porcentaje de aprobación durante los años 2008 al 2010.

El siguiente dato es revelador, de los proyectos de ley presentados por moción muy pocos terminan siendo publicados. Ver la tabla N° 4:

Tabla 4: Diferencia entre presentación de proyectos y aprobación según iniciativa.			
Año 2010.	Moción	Mensaje	TOTAL
Leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales Publicados	31	65	96
Ingresado a primer trámite constitucional	486	102	588
Porcentaje % de aprobación en relación al ingreso	6,4	63,7	16,3
Año 2009			
Leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales Publicados	35	80	115
Ingresado a primer trámite constitucional	380	101	481
Porcentaje % de aprobación en relación al ingreso	9,2	79,2	23,9
Año 2008			
Leyes, tratados, convenios y acuerdos internacionales Publicados	20	82	102
Ingresado a primer trámite constitucional	544	99	643
Porcentaje % de aprobación en relación al ingreso	3,7	82,8	15,9
Fuente: Elaboración propia con datos de los resúmenes estadísticos anuales de la Cámara de Diputados. Valparaíso, Chile. 2008-2010 (www.camara.cl).			

¹⁹ Por modificación de una ley se comprendieron las leyes que en su título tengan alguna de los siguientes verbos: perfecciona, introduce, extiende, fortalece, amplía, prorroga, modifica, suspende, elimina, reduce, incrementa, interpreta, sustituye, complementa, incorpora, reestructura, reajusta, adecua, elimina, adiciona, aumenta, transforma, refuerza.

En la tabla N°4, no sólo se incluyen las leyes aprobadas como en las otras tablas, acá se puede observar leyes, convenios, tratados y acuerdos internacionales; los cuales son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Esto lo tome así para poder observar cuánto tiempo se le dedica en el Congreso a las mociones. Los datos son por año calendario y no por periodo presidencial. De esta forma, podemos observar que el porcentaje de aprobación de las mociones es siempre menor al 10% en cambio el porcentaje de aprobación de los mensajes es siempre superior al 50% llegando incluso al 82,8% en el año 2008.

Si bien en las tablas anteriores, el presidente tiene una preponderancia moderada, acá nos podemos dar cuenta que quien maneja la agenda legislativa es el poder ejecutivo. De esa forma, los datos presentados en las tablas anteriores, deben ser observados teniendo presente el bajo porcentaje de aprobación que tienen las mociones. No digo que este mal a priori, debido a que si se aumentara el porcentaje de aprobación de las mociones teniendo en cuenta que se presentan aproximadamente 5 veces más mociones que mensajes, se podría provocar un caos legislativo y una inflación legislativa descontrolada. Lo que se destaca es que detrás de las leyes publicadas existe una gran influencia – un filtro- del poder ejecutivo.

4. Principio de las Mayorías y Principio de la Negociación.

Existen dos principios que nos pueden ayudar a entender estos resultados, uno es el principio de las mayorías y el otro es el principio de la negociación. Ambos principios se construyen bajo la premisa de un sistema democrático. La mayoría debe ceder ante la minoría en un proceso de negociación para poder ser una mayoría suficiente de poder modificar o aprobar una ley.

El principio de las mayorías, no implica la dictadura de las mayorías sobre las minorías; sino un reconocimiento mutuo. De hecho, según H. Kelsen *“El principio de la mayoría parlamentaria es muy adecuado para evitar la hegemonía de una clase, siendo característico que en la práctica resulte conciliable con los derechos de la minorías. Por su mismo concepto, la mayoría supone la existencia de una minoría, y,*

por consiguiente, el derecho de la primera también implica el derecho de la segunda a existir, resultando de ello, ya que no la necesidad, por lo menos la posibilidad de una protección para la minoría frente a la mayoría."²⁰ Lo que se genera es un reconocimiento (una necesidad) de incluir al otro para poder ser una mayoría funcional (que apruebe una ley), es decir, la minoría tiene la posibilidad de imponer sus puntos de vista a la mayoría para que la mayoría pueda ser funcional. Así "*...la opción vencedora no reflejará todas las expectativas de la minoría, pero su influencia hará que tampoco la decisión final coincida con lo inicialmente propuesto por las fuerzas mayoritarias.*"²¹ Ahora bien, la minoría tiene sólo una influencia limitada ya que es sólo la mayoría la que *-decide en positivo*²²-. La mayoría es la que pone la agenda, como vimos en Chile y por regla general la mayoría coincide con la coalición de partidos del poder ejecutivo; cuestión que explica los resultados que muestran la preponderancia del ejecutivo en el proceso legislativo de creación de leyes.

La influencia que ejerce la minoría sobre la decisión de la mayoría se explica con el principio de negociación. "*Negociar es, pues, embarcarse en una comunicación con el propósito de forzar o inducir al oponente a aceptar la pretensión de uno. Para alcanzar este fin, los negociadores se basan en amenazas y promesas que habrán de ejecutarse fuera de la reunión o asamblea misma.*"²³ De esa forma se genera un "*...método consensual, donde la voluntad colectiva surge de un acercamiento de posiciones gracias a concesiones recíprocas.*"²⁴ Esas concesiones no necesariamente se dan en la lógica de hacer una mejor ley (subjetivamente), sino sólo con el fin de aprobar una ley. En otras palabras, un individuo con el fin de lograr el objetivo de aprobar una ley –o idea- está dispuesto a desvirtuar en parte la pureza de esa ley y reformarla en lo que considere no esencial con el fin de lograr la aprobación del otro. Así las cosas, también podemos entender que el resultado de una ley y sus problemas no son sólo parte de una idea individual, sino que es el resultado de un proceso de negociación.

²⁰ KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia (190 y 1933)* Trad. De R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Colofón, México, 1992. p81-p94 citado en GALIANA, Ángeles. *La ley: Entre la razón y la experimentación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. p81.

²¹ GALIANA, Ángeles. *Óp. Cit.* (2008). p84.

²² GALIANA, Ángeles. *Óp. Cit.* (2008). p84.

²³ GALIANA, Ángeles. *Óp. Cit.* (2008). p86.

²⁴ GALIANA, Ángeles. *Óp. Cit.* (2008). p85.

La negociación es un proceso inevitable y deseable, pero puede tener vicios. Los vicios se pueden dar debido a que *“Mientras que los acuerdos racionales se fundamentan en razones que tratan de convencer a todas las partes, el convenio negociado puede ser aceptado por las partes en virtud de razones distintas.”*²⁵ Si esas distintas razones, son dinero o razones que no pongan al país como prioridad, se pueden producir vicios que debiesen ser aminorados.

Otro problema se da en la forma de tramitar los proyectos y el lugar donde se hacen las negociaciones. *“...la forma actual de aprobación de las leyes, que es más bien el producto de un acuerdo entre el Estado y distintos grupos. Se produce así una “contractualización” de los contenidos normativos provocada por la disminución del protagonismo del Parlamento, como “arena” donde se discuten y ajustan los conflictos de intereses.”*²⁶ En Chile, las comisiones legislativas logran disminuir las contingencias en las negociaciones, y es uno de los lugares donde se juntan los gremios, el gobierno y los congresistas. Este método tiene menos participantes, pero como vimos carece de información confiable para decidir y el hecho de no estar regulado puede dar lugar a los lobby y a sesgos de información; que impiden la creación de la legislación óptima.

5. Consideraciones

La personalidad histriónica del Congreso se puede observar en la gran cantidad de mociones que son presentadas cada año a sabiendas que menos del 10% se aprobarán. Esto se produce debido a que los congresistas justifican su trabajo como parlamentario con la presentación de proyectos ante la opinión pública. En otras palabras, demuestran que están haciendo cosas y si se produce un problema no es culpa de ellos, ya que ellos lo habían previsto con una moción. Así las cosas, el Congreso termina siendo opacado por el poder ejecutivo y transformándose en un mero espectador de lo que hace el presidente; endosando su responsabilidad debido a que no maneja la agenda legislativa. En otras palabras, el Congreso al no llevar la agenda legislativa se transforma en un ente que decide en negativo aprobando o rechazando un proyecto que él no propuso.

²⁵ GALIANA, Ángeles. Óp. Cit. (2008). p92.

²⁶ GALIANA, Ángeles. Óp. Cit. (2008). P86.

CAPÍTULO IX

LA CREACIÓN LEGISLATIVA EN CHILE: RECONOCIENDO LA ANTIGUA CONEXIÓN ENTRE LOS ESPECIALISTAS Y LA REDACCIÓN DE UNA LEY.

En este capítulo buscaremos indagar quiénes son los verdaderos autores intelectuales de las leyes, viendo si son los propios legisladores o son comisiones de especialistas. Acá nos daremos cuenta que existe una antigua alianza entre los docentes (especialistas) y los congresistas que lleva más de 100 años y que influye todo nuestro orden normativo; incluso en la creación de la constitución. Así las cosas, conocemos bien que quienes aprueban las leyes son los congresistas y quienes presentan dichas leyes son los mismos congresistas o el presidente. Ahora nos queda resolver quien es el que redacta dichas leyes. ¿La redactan las mismas personas que las presentan? Al indagar en aquella interrogante nos podremos dar cuenta que existe una antigua relación entre los especialistas (redactores de ley) y los políticos (quienes aprueban las leyes). Habiendo dejado en evidencia dicha conexión, podremos dar un paso adelante, dejando de lado los prejuicios, para observar que los especialistas si pueden ser parte de la política (como ayudantes), de hecho lo son y en Chile lo han sido desde hace más de 100 años.

1. ¿Quién redacta las leyes?

La respuesta intuitiva ante esta interrogante sería decir: el legislador (congresistas o el presidente y junto a su equipo). Empero, la verdad es otra *“Ni el gobierno ni el parlamento redactan normalmente los proyectos de ley. Los redactan expertos y los debaten y aprueban los organismos políticos competentes”*²⁷. Usando la terminología de Raoul Van Caenegem, los profesores de derecho sirven a los poderes de turno²⁸.

²⁷ ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 15-16 (1994), p770. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>

²⁸ *“Law professors serve the powers that be”* VAN CAENEGEM, R.C. Judges, Legislators & Professors, Chapters in European History, Cambridge University press, Cambridge, 1987. Reprinted 2002. p155.

De hecho considera que ese es el rol principal que han jugado los profesores de derecho a lo largo de la historia europea²⁹. Como ejemplo de aquello, nombra los cuatro juristas que escribieron el código de Napoleón en Francia, a Savigny en Prusia y a seis juristas en mil setecientos en Inglaterra³⁰. De esa forma, quienes redactan las leyes sirviendo a los poderes de turno son los mismos profesores de derecho.

En Chile ocurre algo muy similar a lo largo de nuestra historia. No podemos dejar de nombrar al gran jurista don Andrés Bello, redactor del Código Civil Chileno en 1855 que en gran parte aún sigue vigente. Como ejemplos más recientes tenemos las comisiones que redactaron el Código Procesal Penal (2000-2005) y la ley de tribunales de familia (2005); integradas por varios profesores de derecho. El ejemplo más actual es el anteproyecto del código procesal Chileno, que es redactado por el departamento de derecho procesal de la Universidad de Chile, dirigido por el profesor Maturana, por encargo del Ministerio de Justicia³¹. Pero el mayor ejemplo de lo propuesto, por Raoul Van Caenegem, es la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (Comisión Ortúzar), que funcionó en 1973, por encargo de la junta de gobierno, luego de derrocar al presidente Salvador Allende. Esta comisión creó el primer proyecto de nueva constitución, la cual luego de la revisión del Consejo de Estado y la Junta de Gobierno (ambos organismos políticos) fue aprobada en un plebiscito en el año 1980. En consecuencia, podemos sostener que en Chile se replica el mismo modelo que se da en Europa y gran parte del mundo donde los que redacta los proyectos de ley son los profesores de derecho.

Hay que hacer la diferencia, que quienes redactan los proyectos son los profesores (sirviendo a los poderes de turno), pero en la mayoría de los casos esos proyectos son modificados por comisiones revisoras (políticas) o por el Congreso mismo, dentro del proceso democrático de negociación que vimos antes³². En otras palabras, los profesores actúan en una parte muy relevante, pero los que en definitiva toman las decisiones son los órganos políticos. Sólo en algunas

²⁹ VAN CAENEGEM, R.C. Óp. Cit. (1987) p155.

³⁰ VAN CAENEGEM, R.C. Óp. Cit. (1987) p156.

³¹ MATURANA, Cristian. Presentación del anteproyecto del Código Procesal Civil. Revista de Estudios de la Justicia, U. De Chile. N°8 año 2006. p41-45.

³² Capítulo VIII.4.

ocasiones como el Código Civil Chileno de Andrés Bello se aprueban proyectos en bloque³³, pero esas son las excepciones.

2. Las comisiones Legislativas permanentes y sus fuentes de información.

En las comisiones legislativas permanentes del Congreso, los políticos (congresistas) estudian gran parte de los proyectos de ley. Sin embargo, este no es un estudio solitario, acá se pide la asistencia de grupos de expertos, entre ellos académicos y gremios para que opinen sobre las materias tratadas. Los grupos de expertos académicos se componen por profesores o gente relacionada con los centros académicos. Ahora bien, yo fusioné dos tablas de participación ciudadana de la organización Humanas del año 2010. Ello con el fin de descubrir que tan influenciados estaban las discusiones de las comisiones legislativas permanentes por los expertos. De esa forma generé la siguiente tabla:

Participación de la sociedad civil ante las comisiones permanentes de trabajo legislativo según tipo de organización en el Congreso Chileno. Ordenadas de mayor a menor. 2010.				
Organizaciones	Oportunidades recibidas			
	Senado	Diputados	Total	Porcentaje
Empresas y organizaciones empresariales	75	71	146	21,47
<i>Think tank</i>	73	70	143	21,03
Organizaciones de trabajadores	44	52	96	14,12
Universidades, centros académicos universitarios e instituto de formación técnico profesional	31	40	71	10,44
Expertos individuales	32	31	63	9,26
Organizaciones no gubernamentales	19	27	46	6,76
Otros	21	15	36	5,29
Gremios o colegios profesionales	15	19	34	5,00
Organizaciones sociales y/o defensa de derechos	11	21	32	4,71
Organizaciones o entidades religiosas	7	0	7	1,03
Partidos Políticos	0	3	3	0,44
Organizaciones de beneficencia y voluntariado	3	0	3	0,44
TOTAL	331	349	680	100%
Fuente: <i>Elaboración propia con los datos de la Organización humanas. Observatorio Parlamentario. Balance al poder legislativo año 2010, Santiago, 2011. p125-p128.</i>				

³³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2005. p34.

En la tabla he destacado con negrita los porcentajes que considero que son subsumible dentro de la categoría de expertos docentes los cuales sumados, dan que 40,73 porcientos de las veces que algún grupo fue recibido por las comisiones permanentes del Congreso, dicho grupo fue compuesto por docentes. Estos grupos son: *Think tank* (centros de pensamiento político); Universidades, centros académicos universitarios e institutos de formación técnica; y expertos individuales. No estoy diciendo que los demás grupos no sean expertos en sus materias, lo que sostengo es que esa experticia no es académica.

Estos datos nos confirman que existe una gran influencia de los docentes en la discusión de las leyes. Su punto de vista es valorado y respetado, de lo contrario no tiene sentido que hayan sido citados 277 veces durante el año 2010. Cabe tener en cuenta, que ellos dan su opinión y que quienes deciden son los congresistas de la comisión. El hecho está en que ellos deciden considerando la información que tienen y como vimos parte de la información que ocupan para decidir proviene y es generada por los expertos. Consiguientemente, podemos empezar desmitificar el hecho de que los expertos no deben participar en la política; debido a que participan y mucho como vimos en la tabla. La participación de expertos en la redacción de una ley o en la entrega de información en relación a una ley, nunca transformará a los congresistas en “...un mero buzón de parciales informaciones.”³⁴ El Congreso no es un mero trámite, donde se reciben proyectos y lise llanamente se aprueban. “*Las leyes salen, después de la tramitación parlamentaria, con cambios y mejoras sustanciales.*”³⁵ Es en esos cambios y mejoras donde se expresa en gran medida la democracia y ello de ninguna manera es opacado por el hecho de la participación de expertos en las leyes, ya sea en su redacción o limitándose a entregar información u opinión en relación a un tema.

De hecho, hoy es una necesidad la participación de los expertos en la política y en todo. Ello se puede explicar fácilmente ya que los congresistas, como los ciudadanos,

³⁴ BURGOS, Jorge, Diputado. Gastos en Defensa. Abril 2011, En línea:(<http://www.pdc.cl/content/gastos-en-defensa>). Santiago, Chile. Visitado: 30 Abril 2011.

³⁵ CUBILLOS, Marcela y Ma. Cristina Betancour. Efectividad Legislativa: Como evaluar al Gobierno y a los parlamentarios. Sociedad y Políticas Publicas, Santiago, 2011. En línea, visitada 30 Agosto 2011: (http://www.sociedadpoliticapublicas.cl/archivos/BLOQUE1/Politica_y_PoliticasyPublicas/EfectividadLegislativa_Como_evaluar_al_Gobierno_y-a-los_Parlamentarios.pdf).

vivimos en una sociedad cada vez más compleja donde saberlo todo es imposible y donde la especialización ha sido el camino para enfrentar los problemas del día a día. En países desarrollados como Estado Unidos cada congresista tiene su equipo de especialistas que lo orienta en la difícil tarea de legislar, pero replicar aquel modelo en Chile es inviable debido a lo altos costos de mantener un equipo así.

En la práctica Chilena, se observa un tipo de *outsourcing* (externalización) de los consejos expertos en relación a la legislación. No es el Congreso quien investiga sus leyes con sus funcionarios, sino que son organizaciones externas (académicos y *Think Tank*) los que son invitados a compartir sus investigaciones y opiniones con el Congreso. Esta ha sido la fórmula utilizada en Chile, la cual tiene la ventaja de ser de bajo costo para el Congreso. Sin embargo, creo que dicha fórmula es ineficiente, al existir un alto riesgo de producirse un sesgo de información. Me explico, si se externalizan los servicios de información y no se tiene un sistema de información propia, lo que ocurre es que no se puede contrastar la veracidad e integridad de los datos presentados por los externos. Un sistema que no externalizará nada, generaría el mismo sesgo. Por ello sugiero, que la fórmula mixta sería lo mejor. De esa forma se puede seguir externalizando, pero aquellos resultados serán siempre contrastados con los resultados de un grupo de expertos que trabaje para el Congreso; de esa forma estaríamos disminuyendo las posibilidades de sesgos de información (asimetría de información). Reduciéndose las asimetrías de información, las comisiones permanentes de trabajo legislativo, podrán tomar decisiones más eficientes y acercarse más a la legislación óptima.

3. Comisiones de reformas y su integración especializada.

A diferencia de las *comisiones permanentes* de trabajo legislativo, existen otro tipo de comisiones que su integración no es de representación política sino especializada. Estás son las llamadas *comisiones de reformas*, grupos especializados a los cuales se les encomienda la reforma de una norma preexistente. La gran diferencia que existe entre dichas comisiones y los tanques de pensamiento se da en que ellos no tienen como finalidad aportar solamente antecedentes respecto a un tema, sino que el trabajo siempre desemboca en la propuesta de un proyecto de ley. En la terminología de la

teoría de sistemas, lo que ocurre acá es un *output* del derecho que se transforma efectivamente en un *input* al sistema político y no es sólo ruido (influencia indirecta). El proyecto entra al Congreso y es discutido, no obstante poder ser rechazado, se generó una respuesta del Congreso (del sistema político); provocándose así la comunicación.

Como algunos ejemplos de este tipo de comisiones debemos observar las comisiones de reforma del código civil chileno³⁶ y la reforma al sistema procesal penal. El profesor Mauricio Tapia, nos muestra que la idea de reformar el código civil empezó a rondar en el año 1976 con un “*Programa de comisiones de Estudio y Reforma de los Códigos y Leyes fundamentales de la Nación, del Ministerio de Justicia...*”³⁷. Cuestión que no prosperó en su momento. Una de las modificaciones que sí prosperó fue la presentada en 1995 y aprobada en 2004, sobre la nueva ley de matrimonio civil. En ella podemos detectar en el mensaje de la moción la actuación de los técnicos. “*el trabajo, tanto de los parlamentarios como de los especialistas, principalmente abogados expertos en derecho civil, que también representan un amplio y plural espectro de filosofías y concepciones políticas.*”³⁸ De forma más clara se puede detectar la influencia de los especialistas en la creación del Código Procesal Penal, donde en el mensaje del ejecutivo de la ley 19.696 se lee “*El proyecto ha sido elaborado durante el año 1994 en el contexto de un acuerdo de colaboración técnica en que el Ministerio de Justicia ha contado con la directa colaboración de la Fundación Paz Ciudadana y la Corporación de Promoción Universitaria. El trabajo se estructurado a partir de un foro ... en que se integra un conjunto de académicos, abogados y magistrados con el criterio de buscar la más amplia representatividad.*”³⁹ Incluso luego se entregan los nombres de los cinco profesores y abogados que redactaron el código en base a los lineamientos del foro⁴⁰. Estas son pruebas

³⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2005. p375.

³⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2005). Óp. Cit., p377.

³⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 19.947.-, Establece nueva ley de matrimonio Civil, 17 de Mayo 2004, Valparaíso. En línea: (<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19947/HL19947.pdf>). Visitada el 10 de marzo, 2011. p14.

³⁹ CODIGO PROCESAL PENAL, Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile. Cuarta edición, Agosto 2007, Santiago, Chile. p19.

⁴⁰ CODIGO PROCESAL PENAL (2007), Óp. Cit. p20.

irrefutables de la conexión entre docentes (especialistas) y la redacción de los proyectos normativos.

Teniendo presente dicha conexión, no podemos seguir vociferando un miedo a que los especialistas participen en política, porque como quedó demostrado los especialistas participan en la redacción de los proyectos de ley y nadie puede sostener que la redacción de la ley es un acto apolítico. Esto no quiere decir, que quienes deciden la ley deban ser especialistas, sólo se reconoce acá la necesidad de su participación. El hecho de que el legislador pierda el miedo de utilizar a los expertos es algo positivo. Que los ejecutores de la ley se transformen a su vez en redactores de ella misma, puede generar una sinergia que debe ser estudiada. La política siempre será relevante y determinante, ya que los proyectos pueden y generalmente son modificados en su tramitación. Si los expertos sólo participan como ayudantes, los políticos siempre estarán por sobre los tecnócratas y la ansiada comunicación se cumplirá.

Cabe hacer la observación, que no obstante los proyectos poder ser presentados bajo un aparente consenso académico, la posibilidad que se discutan siempre recae en el ejecutivo. La ley de matrimonio civil se demoró 9 años (1995-2004) en ser publicada y la reforma procesal penal sólo se demoró 5 años (1995-2000). De esa forma el ejecutivo sigue manejando la agenda y utiliza a los expertos en su favor. En ese orden de cosas quien propone las leyes termina siendo el ejecutivo y no los propios redactores de la ley; ya que el ejecutivo decide cuándo se verá una ley. Esta situación de dependencia del ejecutivo, es para mi uno de los defectos del sistema, debido a que lo hace ineficiente y caprichoso del poder político de turno.

4. Consejos de especialistas los cuales no son escuchados por el legislador.

Anteriormente hemos visto los métodos por los cuales los especialistas han sido escuchados por el Congreso Chileno. Empero debemos analizar, en particular, dos métodos existentes en Chile –conformados por especialistas-, uno institucionalizado y otro no, los cuales tienen una mínima (casi nula) influencia en el Congreso. Observando dichos ejemplos podremos aprender qué es lo que escuchan y qué no; los congresistas.

En la legislación Chilena existe un sistema el cual podría ser calificado como un sistema de retroalimentación de parte de los especialistas –aplicadores de las normas-. Dicho sistema se encuentra descrito en el Art. 5 del Código Civil Chileno, y debe ser concordado con el Artículo 102 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales (COT)⁴¹. El Art. 5 dice: *“La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas.”*⁴² Esta norma a primera vista parece resolver todos los problemas planteados a lo largo de esta memoria, generando una conexión y comunicación entre los aplicadores de las normas y el Congreso. Así cuando una ley no es clara y el sistema no proporciona una respuesta correcta, el juez le informa de ello al Presidente de la Corte Suprema y este último al Legislador (Congreso). En este proceso, se corregiría la ley, pero ello no ocurre así. Las principales razones de que esto no funcione son que (1) El legislador no le interesa la opinión de las cortes y (2) Hay interpretaciones doctrinales que no hacen funcional a dicho artículo.

Un ejemplo de la primera situación se observa, al escuchar al presidente de la Corte Suprema en el año 2005. *“El actual sistema debe estimarse inadecuado. Las opiniones de la Corte no son preceptivas, y en pocas oportunidades son seguidas por los legisladores, quienes siquiera están obligados a explicar los motivos por los cuales las desestiman, y, además, en muchas ocasiones errores cometidos durante la tramitación de proyectos en que la Corte tendría que ser oída pueden dar origen a vicios de inconstitucionalidad formal”*⁴³ Esta opinión deja patente que el sistema del Artículo 5 Código Civil, no funciona en la práctica ya que de otra manera no se podría

⁴¹ Artículo 102 N°4, C.O.T. De la República de Chile, año 2011: El Presidente de la Corte Suprema dará cuenta en esta audiencia: ...4.º De las dudas y dificultades que hayan ocurrido a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que se noten en ellas y de que se haya dado cuenta al Presidente de la República en cumplimiento del artículo 5º del Código Civil. Esta exposición será publicada en el Diario Oficial y en la Gaceta de los Tribunales.

⁴² Artículo 5. Código Civil de la República de Chile. Santiago, Chile. 2011.

⁴³ LIBEDINSKY TSCHORNE, Mario, *Discurso de inauguración año judicial 2005*, Santiago, Chile, 1 marzo de 2005. En el título: Posibilidad de facultar a la Corte Suprema para iniciar leyes.

entender dichas peticiones⁴⁴. El legislador no considera la opinión de las cortes, debido a que no son vinculantes y no existe la obligación de dar una respuesta al respecto. Por ello, no podemos ni siquiera saber si el legislador no responde debido a que no le interesan dichos temas o si es debido a que no se instruye al respecto.

La segunda razón se basa en que algunos juristas desestiman este artículo, ya que creen que el sistema legal es completo (sin vacíos legales). Para demostrar esto basta con ver la opinión de profesor Alejandro Guzmán Brito⁴⁵, que interpreta este artículo como *“el último resabio del referimiento al legislativo. Como tal, es decir como obligación o facultad de los jueces de remitir una causa al Legislador cuando encuentren oscura una ley, o una laguna en ella, para ser interpretada por aquél, o integrada, y enseguida fallar conforme con la ley interpretativa o la nueva ley, como tal la institución desapareció del derecho Chileno, al menos formalmente, en 1952.”*⁴⁶ Luego manifiesta que tanto el referimiento integrador, como el interpretativo se solucionaron con *“el espíritu general de la legislación y la equidad natural; todo lo cual excluía al referimiento.”*⁴⁷ Pero Guzmán Brito al dejar en claro que este artículo es el resabio de una institución ya en desuso, acepta que esta es *“una suerte de colaboración del poder judicial con el legislativo”*⁴⁸, no obstante aquello desestima la función de los tribunales manifestando que su deber se *“agota con la mera información.”*⁴⁹ En otras palabras lo que hace este autor, es quitarle importancia a este artículo y deja así que los jueces solucionen las lagunas y las oscuridades de las leyes aplicando *“el espíritu general de la legislación y la equidad natural”*⁵⁰ pero sin el deber

⁴⁴ Además para confirmar aquello se pueden ver las publicaciones de las cuentas de los diferentes años en la *Revista Derecho y Jurisprudencia*, y se podrá observar claramente como se reiteran las mismas temáticas a lo largo de los años; si el sistema de funcionara con eficacia, eso no debería ocurrir.

⁴⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*. En *“Interpretación, Integración y razonamiento jurídicos”*, conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar, entre el 23 y 25 de mayo de 1991, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992. p41 y siguientes.

⁴⁶ GUZMÁN BRITO (1991), *Óp. Cit.* p67 y p68.

⁴⁷ GUZMÁN BRITO (1991), *Óp. Cit.* p68.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO (1991), *Óp. Cit.* p68.

⁴⁹ GUZMÁN BRITO (1991), *Óp. Cit.* p68.

⁵⁰ Artículo 24 del Código Civil Chileno, 2011: *“En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”*

de informar de aquello al legislador. De esta forma el legislador, queda sin conocer las dificultades que tienen los aplicadores de las leyes al caso concreto.

Aquella postura para mi es errada y se puede desvirtuar al incluir en la discusión el Art. 17 Letra C. del Tribunal de la libre competencia⁵¹. En dicha ley, se comprende por el legislador que pueden, existir problemas de completitud de la ley y le encomienda al tribunal proponer al presidente de la república, que corrija dicha situación. Esto claramente no es un referimiento al legislativo, si no una institución completamente diferente que acepta que la ley tiene problemas en su aplicación que pueden ser salvadas de ser conocidos⁵². Una interpretación en esa línea del Art. 5 del Código Civil, haría funcional dicha institución, pero aún quedaría el problema de cómo hacer que el legislador se interese por las opiniones de las Cortes.

Lo que le pasa al presidente de la Corte Suprema en su cuenta pública, no es una situación aislada, es un símil de lo que ocurre con los numerosos seminarios, foros, Congresos, libros y revistas de derecho que se realizan en Chile, los cuales por lo general demuestran las deficiencias de las leyes y proponen soluciones interpretativas, en espera de reforma legal. Si bien podemos tener divergencias en las soluciones, creo que el hecho de reconocer el problema de por sí es un incentivo a legislar; que no debe ser ignorado. Un ejemplo de ello desde 1995 es la “...una comisión Académica para elaborar un Proyecto sobre modificaciones de los Códigos Civil y de Comercio, gracias a un convenio de cooperación suscrito por la Universidad de Chile, la Universidad Diego Portales y la Fundación Fernando Fueyo.”⁵³ La cual ha realizado múltiples foros, para instalar temas que deben ser revisados en el código, pero que no han tenido ningún efecto legislativo.

⁵¹ “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.” Artículo 17 B N° 4, Decreto Ley 211 de 1973, Ley para la libre competencia. En línea: (www.tdlc.cl) visitada el marzo 2011 (telecomunicaciones 3^a).

⁵² Como antecedente podemos observar la sentencia del tribunal de la libre competencia que motivo la creación de la ley del multicarrier en Chile.

⁵³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. (2005). Óp. Cit., p378.

La participación no institucionalizada en Chile hace que se pierdan grandes oportunidades de mejorar la legislación. Las críticas y avances de la doctrina; quedan sólo impresos en revistas y libros, pero no en las leyes. En Chile no ocurre, como en Estados Unidos el éxito de codificación desde abajo⁵⁴; donde lo propuesto por los académicos es tomado en cuenta para actualizar las leyes. Los académicos son sólo escuchados cuando los legisladores consideran que existe un problema y le piden ayuda, no antes. Esto no se da sólo en Chile, de hecho el legislador en España ha hecho oídos sordos a las peticiones directas del Tribunal Constitucional⁵⁵ de pronunciarse sobre una ley y en Estados Unidos existe una situación parecida donde los jueces de Nueva York y de la *Supreme Court*⁵⁶ piden cambiar la ley, pero no son escuchados.

5. El costo de persistir en el error

La actitud del legislador de no considerar siempre a los expertos, se enmarcaría dentro de las reglas de la democrática. Reconocer un error genera costos, pero no hacerse cargo del error genera aún más costos para la ciudadanía. Dicha situación ha sido estudiada en la administración de empresas. *“En ningún caso el objetivo de las empresas debería ser minimizar los errores. Lo único que se necesita es que las buenas decisiones generen una rentabilidad suficientemente alto como para compensar las pérdidas generadas por las malas.”*⁵⁷ Este consejo se aplica al Congreso, debido a que la experiencia es necesaria y rica; y experimentando podemos siempre equivocarnos. El hecho es que *“la mejor manera de no evidenciar equivocaciones es no hacer nada, pero con esto se maximiza el error de omisión que igualmente es costoso.”*⁵⁸ En otras palabras, no hacer nada, es un costo para la sociedad, que el legislador debe reconocer y no debe ser ignorado por la sociedad.

⁵⁴ Capítulo VII.

⁵⁵ DE LA CUADRA, Bonifacio. Difusión del derecho y medios de comunicación: La cuestión vista desde la calle. En MENDEZ, Aurelio et al. La proliferación legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho. Thomson Civitas. España. 2004. p659.

⁵⁶ El caso de *Rockefeller Drug Law*, introducida en 1973, por el Estado de Nueva York para penalizar severamente a los portadores de drogas. La cual siempre fue criticada por los jueces del estado y supremos; recién en el año 2009 fue reformada. Más antecedentes en: NEW YORK CIVIL LIBERTIES UNION, *The Rockefeller Drug Law: Unjust, Irrational, ineffective*. Marzo 2009, Nueva York. En Línea: (<http://www.nyclu.org/files/Rock.pdf>) Visitada el 30 Marzo 2011.

⁵⁷ DEL SOL, Patricio. La Costosa tendencia de persistir en el error. 18 de Julio 2010, Clase Ejecutiva PUC, Evaluación de proyectos, clase 9 de 10, EL Mercurio. Santiago, Chile.

⁵⁸ *Ibíd.*

CAPÍTULO X

EL CONTROL DE EFICIENCIA POSLEGISLATIVO: UNA SOLUCIÓN VENTAJOSA A LOS PROBLEMAS LEGISLATIVOS.

En esta tercera parte, hasta ahora hemos constatado la situación de la legislación Chilena, en donde, he tratado de resaltar que: (I) Existe una proliferación legislativa a causa de múltiples factores. Se destaca un sesgo en relación a la información que se tiene para decidir, observándose una preponderancia del poder ejecutivo dirigiendo y negociando la agenda legislativa. (II) En la redacción de las leyes Chilenas siempre ha existido una relación con los especialistas en las materias, algunas veces se presenta por medio de escuchar su opinión en las comisiones legislativa y otras con un rol preponderante al dirigir una reforma legislativa. Es deseable superar los miedos a los especialistas (técnicos) generando un canal de comunicación regulado entre sus opiniones y los legisladores. Con el fin de mejorar este escenario, junto con todo el marco teórico de las dos primeras partes de la presente memoria, es que considero necesario para Chile la implementación institucionalizada de un control de eficiencia poslegislativo. Con este convencimiento, es que paso a demostrar en las ventajas que tiene esta institución por sobre otras que buscan lidiar con los problemas de la falta de control de la legislación en Chile.

1. El Problema: Irresponsabilidad del Estado por sus leyes y no control de los efectos de la ley en Chile.

Estos temas fueron analizados en el capítulo III y IV, aquí cabe darle otra perspectiva. El punto a enfatizar es que acá en Chile si bien existen tribunales ordinarios, un tribunal constitucional, tribunal político y una contraloría; nadie es catalogado como responsable por la concreción de una ley constitucional, pero que en

la práctica es ineficiente⁵⁹. Este hecho a primera vista alarmante, no lo es tanto en la práctica, debido a que las leyes ineficientes (enredadas, contradictorias, oscuras, incompletas) se toman como no existentes, ó la doctrina y jurisprudencia de los tribunales (basados en el espíritu general de la legislación) interpretan las leyes ineficientes de forma de hacerlas operativas⁶⁰. Si las leyes ineficientes son corregidas en la práctica por los operadores del sistema, lo que provocan es que ese error legislativo existente se haga invisible y al hacerse invisible, no se corrige y nadie se hace responsable. A fin de cuentas, nadie es responsable por la calidad de las leyes que se producen.

Esta situación no es posible de superar con los sistemas de control existentes en el país ya que están basados en un sistemas de control prelegislativos (de requisitos) y no existe un control poslegislativo (información) de ningún tipo. Se podría decir que el -ciudadano informado- es el sistema de control poslegislativo el cual puede castigar a los creadores de estas leyes ineficientes no dándoles el voto para ser reelectos. Empero, todos sabemos que eso es un ideal que en la práctica, no existe y si existe es a un nivel tan ínfimo (hoy) que no afecta, ni en las encuestas, ni en las votaciones. Consecuentemente nos cabe concluir que no existe un control poslegislativo funcional.

Haciendo una interpretación extensiva, podríamos hipotéticamente ocupar el recurso de protección chileno, como herramienta de control de las leyes ineficientes. Pero ello no podría ser así debido a que tiene como premisa "*actos u omisiones arbitrarios o ilegales*"⁶¹ y si bien una ley puede ser incompleta u oscura, dicha ley por ello, no implica que en sí sea arbitraria. Los actos -la interpretación- de esa ley pueden ser calificados de arbitrarios, pero la ley en sí no puede ser arbitraria; teniendo en cuenta que paso todos los exámenes de constitucionalidad. El acto de hacer una ley siendo constitucional, por más mala que sea esa ley (ineficiente) jamás puede ser calificada de ilegal o arbitraria. Ahora bien, el hecho de que una ley sea ineficiente, tampoco puede ser declarado como inconstitucional por una razón poderosa; la falta de

⁵⁹ Para más información ver capítulo IV.

⁶⁰ Para más información ver capítulo III.

⁶¹ Artículo 20 Constitución política de la República de Chile. Santiago, Chile. 2010.

información. Para saber si es ineficiente una ley, se deben tener resultados concluyentes y no sólo creencias o meras operaciones hipotéticas sobre que ocurriría si. Esos resultados no pueden saberse ex-ante, sólo ex-post de entrada en vigencia una ley. De esta forma, descartamos el Recurso de protección como posible herramienta de control de la legislación.

Siendo las cosas de esta forma en la legislación reina un estado de irresponsabilidad y descontrol luego de que las leyes son publicadas. Todo el sistema funciona hasta la entrada en vigencia de una ley. Luego de que entró en vigencia son los operadores del sistema quienes con su criterio adaptan (interpretan) las leyes sin control alguno; sólo debiendo cumplir con el requisito de encontrarse dentro del marco constitucional. Esto les otorga a los operadores del sistema un amplio parámetro para interpretar la ley a conveniencia, generando un escenario de incertidumbre, desamparo y desregulación. Esa libertad para interpretar siempre va a existir y es parte de la comunicación imperfecta como lo explicamos en la primera parte de esta memoria. Ello de ninguna manera obsta a que podamos y debamos controlar los efectos de una ley para que luego (ex post) con se acoten (ajusten) esos parámetros (con una nueva ley). Todo esto con el objetivo de que los legisladores dejen fuera de la ley, es decir, que no puedan justificarse con la nueva ley, las interpretaciones y efectos que consideraron indeseados bajo la antigua ley. Para lograr dicho objetivo de control de efectos de las leyes, yo he propuesto el control de eficiencia poslegislativo, pero está es una opción entre varias más que se han propuesto y que pasamos a analizar.

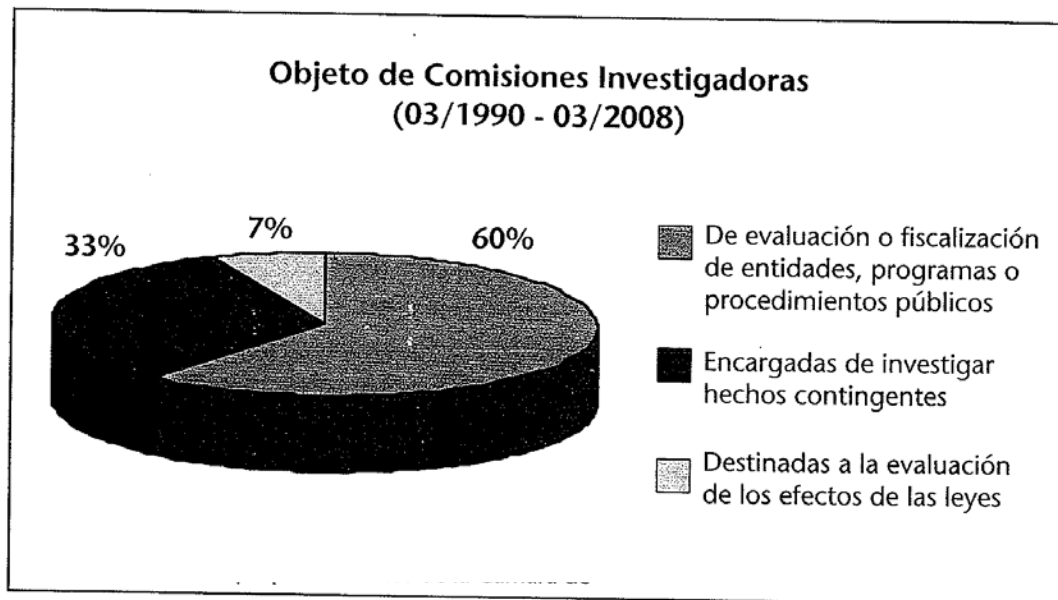
2. Las comisiones investigadoras no son, ni serán un buen sistema de control.

En el mes de noviembre del año 2010, en el Congreso se ha presentado una moción con un proyecto que busca modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo⁶². Estas comisiones basan su estructura en las conocidas comisiones investigadoras de la cámara de diputados. Las comisiones investigadoras de la

⁶² Cámara de Diputados de Chile. Boletín N° 7299-07, noviembre 2010. Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional Con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo. En línea, visitada el 30 de Enero de 2011. (www.camara.cl).

cámara de diputados históricamente no han servido como sistema de control legislativo y la reforma que se quiere introducir, en mi parecer, no cambiaría mucho las cosas al no generar un órgano permanente y diferenciado de los integrantes del Congreso.

Entre 1990 y 2008, Álvaro Paúl Díaz y Sebastián Soto, estudiaron el objetivo de las comisiones investigadoras, dándose cuenta que se han producido 91 comisiones investigadoras y de ellas tan sólo 6 han dicho relación con la evaluación de los efectos de las leyes. Ellos generaron el siguiente grafico⁶³:



Para mí estos resultados son concluyentes, dejando en claro que las comisiones investigadoras no tenían por fin ver los efectos de las leyes. Sólo 6 comisiones para evaluar los efectos de las leyes en igual periodo donde se han incorporado más de mil nuevas leyes, hace que dichas comisiones sean irrelevantes como sistema de control legislativo. No existe continuidad, ni un método de control, que identifique y busque hacerse cargo del problema de la retroalimentación.

⁶³ DÍAZ, Álvaro y SOTO, Velasco. Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes. Revista Actualidad Jurídica N° 19, Universidad del Desarrollo, Enero 2009, Tomo II, Chile. p598.

No obstante aquellos resultados, se ha propuesto un proyecto para diferenciar las comisiones investigadoras que vean efectos de las leyes, llamándolas comisiones de evaluación o control legislativo. Se instituyen como algo diferente a una comisión investigadora pero finalmente su creación, composición, funcionamiento y resultados, son esencialmente los mismos⁶⁴. El proyecto propone regular dicha institución esencialmente en un artículo. Dicho artículo sería el 58 bis que paso a reproducir:

“La Cámara de Diputados creará, con el acuerdo de a lo menos dos quintos de sus miembros en ejercicio, comisiones de evaluación o control legislativo con el objeto de reunir informaciones relativas a la aplicación de una ley o conjunto de leyes. El objeto de estas comisiones es velar por la correcta aplicación de la ley.

Estas comisiones estarán conformadas por siete Diputados. Estas comisiones deberán adecuar su funcionamiento al horario de funcionamiento de las demás comisiones permanentes. En todo caso se aplicarán las mismas normas de las Comisiones investigadoras en cuanto a su funcionamiento, salvo las que contravengan el objetivo de estas comisiones.

Estas comisiones deberán concluir su cometido evacuando un informe especificando si es necesario corregir los defectos existentes en la implementación de una ley o conjunto de leyes, ya sea, por una falta de correcta interpretación de las normas de acuerdo a lo que estimó como voluntad el legislador, o bien proponiendo reformas administrativas o legislativas. Las recomendaciones concretas que evacue la Comisión deberán ser respondidas por los órganos que estime la comisión en un plazo no superior a 90 días.”⁶⁵

Esta institución no es permanente y se crea con la anuencia de los diputados (igual quórum que la creación de una comisión especial investigadora). Su composición no es de expertos externos a la cámara de diputados, ya que son los mismos diputados los que la componen (7 diputados). El resultado de la comisión no es una propuesta de una nueva ley, sino un informe que especifica si es necesario corregir la ley o un informe que propone una reforma. Para mi esto último es ridículo. Se entiende que una comisión investigadora proponga un informe, debido a que dicha comisión no es un tribunal y no tiene facultades para castigar a nadie penalmente. Empero cuando se

⁶⁴ Misma crítica se hace extensiva a las comisiones especiales de la cámara de Diputados Artículo 229 Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile. Actualizado a Marzo 2010. Valparaíso. En línea visitado 30 de Enero 2011. (www.camara.cl).

⁶⁵ Cámara de Diputados de Chile. Boletín N° 7299-07, noviembre 2010. Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional Con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo. En línea, visitada el 30 de Enero de 2011. (www.camara.cl).

trata de la investigación de los efectos de una ley las cosas cambian, quienes pueden hacer algo al respecto son los mismos diputados ya que ellos pueden presentar una moción. Terminar el estudio con un informe y no con una moción es extraño. -Yo me recomiendo a mi mismo que presente un proyecto de reforma.- Creo que es más lógico y eficiente que se presente una moción con los resultados de la investigación en vez de un informe que puede quedar en nada. Si los diputados están convencidos de lo hecho en la comisión, para cumplir con su deber no puede contentarse con un informe sino hacerse cargo con una moción que la constitución les faculta para presentar⁶⁶.

Si bien, la recomendación que acabo de hacer sobre la moción es subsanable, lo que estructuralmente hace inviable está institución como sistema de control, es su forma de creación. En la moción hay una contradicción, se hace alusión en las ideas matrices en donde “...consideramos necesario la creación de comisiones permanentes de control político y legislativo.”⁶⁷ y en la propuesta legal se establece su creación por quórum. En otras palabras, la moción presume que existe un interés de los diputados por hacer estas comisiones de forma periódica. Si se quiere hacer de forma periódica o continua, es mejor hacer una institución permanente, de lo contrario no dudo que pasará lo mismo que ha pasado hasta el momento con las pocas comisiones investigadoras que estudian efectos de la ley. El interés de los diputados por crear comisiones de diputados que investigan los efectos de la ley son escasas y casuales; todo menos permanentes y periódicas como presume la moción. Los congresistas necesitan la información de los efectos de las leyes, pero eso no implica que ellos mismos deban investigarlos.

La excepción que existe hasta el momento es el Comité de Evaluación de la ley de la Cámara de diputados, con el estudio de La Ley de Donaciones⁶⁸, empero dicho estudio que se hizo bajo la supervisión de un comité de diputados, fue finalmente realizado por el Departamento de evaluación de la ley. Hasta hoy, dicho estudio es el

⁶⁶ Artículo 65. Constitución política de la República de Chile. Chile. 2010.

⁶⁷ Cámara de Diputados de Chile. Boletín N° 7299-07, noviembre 2010. Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional Con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo. En línea, visitada el 30 de Enero de 2011. (www.camara.cl).

⁶⁸ Evaluación de la Ley N°20.413, Septiembre de 2011. Departamento de Evaluación de la Ley, Cámara de Diputados de Chile, visitada en febrero 2012, (www.camara.cl/camara/media/docs/ley_donacion.pdf)

único realizado, careciendo de continuidad y permanencia, junto con otras falencias que veremos en la siguiente sección.

3. Una oficina de evaluación legislativa es insuficiente

La forma más común en el mundo de entregarles información a los congresistas (diputados y senadores) sobre los efectos de las leyes es con la creación de una oficina de evaluación legislativa⁶⁹. El éxito o fracaso de dicha institución depende en cómo se estructure la relación entre los resultados evacuados por la oficina de evaluación y el legislador. Pero en Chile con un sistema presidencialista donde la agenda legislativa es principalmente manejada por el ejecutivo, veo muy difícil que una oficina de evaluación legislativa sin potestades especiales, sea suficiente.

En esta sección me referiré a la propuesta de oficina de evaluación legislativa para Chile, presentada en el libro -La evaluación de las leyes- de los profesores Osvaldo Oelckers *et al.* en el año 2002⁷⁰ y recogida en el actual Departamento de Evaluación de la Ley, de la cámara de diputados⁷¹. Aquí mostraré las similitudes y diferencias con el control de eficiencia poslegislativo como institución.

Ambas instituciones comparten la misma premisa ya que ambas “*Partimos de la premisa que la instancia evaluadora debe ser una organización permanente que forma parte del poder público*”⁷². Ambos llegamos a la misma conclusión pero desde diferentes perspectivas Oelckers *et al.* plantean la permanencia en relación a la responsabilidad y deberes que tiene una organización evaluadora (como la reserva). En cambio yo lo he planteado como una necesidad de eficiencia, en el sentido que (1) se logra una confianza en la institución (2) un mejor desempeño. (3) la institución en si logra aprender

⁶⁹ Para más información ver capítulo VII y Cámara de Diputados, Representantes de Canadá y Francia comentaron sus experiencias con la evaluación de la ley, 9 de marzo 2012, Visitado en línea Marzo 2012: http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=48488

⁷⁰ OELCKERS, Osvaldo y BRONFMAN, Alan. Editores. La Evaluación de las leyes. Ediciones Universitarias de Valparaíso. U. Católica de Valparaíso. Santiago, Chile. 2002.

⁷¹ Cámara de Diputados de Chile, Departamento de Evaluación de la Ley, Oficina de Informaciones, 2011, visitada en diciembre 2011, en línea: <http://www.camara.cl/evaluacionley/default.asp#>

⁷² OELCKERS, Óp. Cit. (2002) p119.

adquiriendo un *know how* (saber-cómo) acumulable y transferible.⁷³ Otras similitudes son la composición de carácter técnico, como *“una exigencia que surge de las características de la función evaluadora”*⁷⁴ y el convencimiento que los problemas de la legislación *“...podrían ser subsanados con la adscripción del organismo evaluador a una institución pluralista como el parlamento.”*⁷⁵ Finalmente la concordamos en el diagnóstico de considerar que *“El éxito de la evaluación viene dado no sólo por la calidad técnica de la misma, sino por su grado de influencia – o poder de convicción – sobre los agentes decisores. Esta influencia depende de una relación de confianza que sólo puede cimentarse sobre un contacto personal y sostenido en el tiempo entre los parlamentarios y los especialistas evaluadores.”*⁷⁶

Si bien concordamos en varias ideas, existe una gran diferencia irreconciliable que diferencia nuestros planteamientos por completo. Olelkers *et al.* plantean como un valor la *“neutralidad política”*⁷⁷ y que las valoraciones que propone un comité técnico deben ser apolíticas calificando de influencia indebida una valoración política. Así sostienen que *“El apoyo que se ofrece a los legisladores tiene que estar lejos de la esfera política y social, y concebirse como una labor técnica...”*⁷⁸ así *“No hay una influencia indebida sobre los legisladores si lo que se añade es una evaluación proveniente de una oficina evaluadora que actúa siguiendo criterios técnicos generalmente aceptados.”*⁷⁹ Dicha postura es repetida por una abogada del departamento de evaluación legislativa donde manifiesta que *“la evaluación que se hace en la Cámara la realizan funcionarios de una unidad de la Corporación y ella es supervisada por un comité de diputados. Por lo tanto un criterio central es la neutralidad política, es decir que la ley elegida no provoque un alineamiento político partidista inmediato que pudiera afectar el resultado de la evaluación”*⁸⁰ Pero dicho

⁷³ Capítulo VI.4.

⁷⁴ OELCKERS, Óp. Cit. (2002) p121.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ OELCKERS, Óp. Cit. (2002) p124-125.

⁷⁷ OELCKERS, Óp. Cit. (2002) p124.

⁷⁸ OELCKERS, Óp. Cit. (2002) p121.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Cámara de Diputados, Destacan neutralidad política del proceso de evaluación de la ley puesto en marcha por la cámara de Diputados, 12 de marzo 2012, en línea visitado en marzo 2012, sección noticias: <http://www.camara.cl/evaluacionley/default.asp#>

criterio generará un margen muy estrecho de leyes a evaluar, para no decir ninguno, si extremamos el argumento a llegar a decir que todo es político; de hecho sólo se ha evaluado la ley de donación de órganos hasta ahora, que para mí si implica lineamientos políticos en relación a que es la vida y si debemos intervenirla (i.e. los testigos de Jehova se oponen incluso a las transfusiones de sangre, en relación a las donaciones existen muchas religiones que lo dejan en un libre albedrío, nunca como una imposición, e incluso algunas lo prohíben⁸¹).

Lo que Oelkers *et al.* no resuelven y hasta ahora no he podido leer en ninguna parte es como identificar entre una valoración técnica y otra política. Además que se contradicen al plantear que *“El éxito de la evaluación viene dado no sólo por la calidad técnica de la misma, sino por su grado de influencia – o poder de convicción – sobre los agentes decisores.”*⁸² En otras palabras, el éxito de la evaluación viene dado por su influencia política, no por sus argumentos técnicos. Esta idea hace que la construcción institucional generada por ellos sea completamente diferente al control de eficiencia poslegislativo.

La oficina de evaluación legislativa al propugnar la neutralidad política de sus informes sólo se transforma en una oficina de informaciones no de control. No logra irritar (hacer funcionar) la maquinaria legislativa, ya que quien debe tomar la decisión de ingresar el proyecto o crear un proyecto son los mismos congresistas. Volviendo al sistema PIRA⁸³, lo que hace una oficina de evaluación -apolítica- es revisar pero no logra ajustar. Faltando ese elemento no se puede provocar la retroalimentación y el aprendizaje organizacional propuesto en esta memoria se pierde.

Un ejemplo empírico es la necesidad de control que se plantea en el proyecto para crear las comisiones de evaluación o control legislativo donde en las ideas matrices se dice que *“...existe una carencia de una mínima fiscalización de las leyes actualmente en*

⁸¹ Las religiones y la donación de órganos, Asociación Internacional de Clubes de leones, Visitado en el marzo 2012, (www.leonisargentino.com.ar/INCUReligiones.htm)

⁸² *Ibíd.*

⁸³ Ver capítulo VI.3.

vigor”⁸⁴. Si lo único que se necesita para hacer un control es información técnica lo natural y lógico sería que una institución consagrada como la Biblioteca del Congreso Nacional, con su departamento de estudios, extensión y publicaciones, haga informes sobre los efectos de las leyes a petición de parlamentarios que requieren conocimiento o investigación sobre un tema puntual para su trabajo, como ya lo ha hecho durante más de 10 años⁸⁵ y ahora lo hace con su departamento de evaluación de la ley. Empero, si bien se han hecho informes, el efecto de control no se ha producido o ha sido insuficiente para poder calificarlo como un control debido a que como planteo esa información tiene una vinculación con los parlamentarios pero al no generarse un proyecto de ley, la iniciativa de una discusión para que todos se enteren de lo descubierto, siempre queda en manos de unos pocos parlamentarios. Por ello propongo he insistido que una oficina de evaluación que tenga como objetivo sólo hacer informes, no tendrá éxito; al no poder generar la etapa de ajuste del modelo PIRA).

Por todo esto considero que la potestad que haría la gran diferencia (permitiendo cerrar el ciclo PIRA) tiene que ser una regulada iniciativa legal. Hay que considerar como actor político a la oficina, pero no como un actor que decida, si no que sólo proponga. Consecuentemente asegurará que los parlamentarios obtengan la información vital en relación a los efectos de sus leyes y se logrará obtener un pronunciamiento de ellos al respecto, produciéndose así el anhelado aprendizaje organizacional; sin dañar las bases de la democracia constitucional.

4. El control de eficiencia poslegislativo: Una retroalimentación continua y funcional.

El control de eficiencia poslegislativo, puede ser simplificado como una oficina de evaluación legislativa, con potestad de presentar proyectos de ley que deben ser discutidos por el Congreso. En otras palabras, es un colegislador sin derecho a voto.

⁸⁴ Cámara de Diputados de Chile. Boletín N° 7299-07, noviembre 2010. Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional Con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo. En línea, visitada el 30 de Enero de 2011. (www.camara.cl).

⁸⁵ Publicaciones BCN, Biblioteca Congreso Nacional. En línea: (www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn) visitada el 30 de Enero 2010.

Esto de ninguna manera puede recargar el sistema legislativo, por ello, debe ser una potestad regulada.

Mi propuesta es que exista una oficina que se llame la oficina de control legislativo, que aplique el control de eficiencia poslegislativo. Dicha oficina, funcionará como un ente evaluador con la gran diferencia que como resultado de sus estudios podrá proponer un máximo de siete iniciativas de ley por año; las cuales se llamarán propuestas. A diferencia de las mociones y el mensaje, las propuestas deberán tener un sistema de urgencia autónomo, de forma de asegurarse su discusión en el Congreso. Por esa misma razón es que sólo se pueden proponer hasta siete propuestas en un año, lo que equivale a 9.6% de las leyes aprobadas en el Congreso en un año calendario promedio⁸⁶ y al 1.19% de los proyectos de ley ingresados al primer trámite constitucional en el año 2010⁸⁷. De esa forma no se recargaría el sistema legislativo al agregar un nuevo actor que tenga iniciativa de ley.

Teniendo presente esto, podemos observar que con una iniciativa de ley regulada y acotada podemos lograr que la retroalimentación del sistema legislativo sea operacional, es decir, logre reproducir el modelo PIRA, sin ser invasivo o antidemocrático. Esta institución es de carácter continuo (permanente) logrando que el equipo de trabajo se haga de un prestigio y acumule un *know how* (saber-como) transferible a las próximas generaciones. Esto a medida que pase el tiempo permitirá generar protocolos de trabajo contribuyendo a la eficiencia de las leyes, sin tener que ocupar un costoso aparataje evaluador como sería una copia del *Government Accountability Office* (Oficina de Auditoría Gubernamental) de EE.UU.

Hasta ahora hemos visto las ventajas y diferencias, que tiene mi propuesta con una oficina de evaluación legislativa y con las comisiones de control legislativo. Todo esto ha sido a grandes rasgos, ahora queda analizar los detalles, de una propuesta (esbozo) de la instauración del control de eficiencia poslegislativo en Chile.

⁸⁶ Tomando como promedio anual de 73.1 leyes por año. Ver Tabla N° 1, en el capítulo VIII (1990-2011).

⁸⁷ 588 ingresadas como proyecto de ley durante el año 2010. Información en el Resumen Estadístico e Índice, Oficina de Informaciones, Cámara de Diputados. Chile. P1. En línea, Visitada el 30 de Enero 2011. (www.camara.cl/camara/media/docs/estadisticas/resumen_10.pdf)

CAPÍTULO XI

CONTROL DE EFICIENCIA POSLEGISLATIVO: ESBOZOS DE UN PROYECTO PARA CHILE.

A lo largo de esta memoria se ha hecho un recorrido filosófico, doctrinal, económico y jurídico, respecto a la conveniencia de instaurar un sistema de control poslegislativo. En este último capítulo pretendo ir un paso adelante, proponiendo un esbozo de proyecto de ley que crearía la institución de control de eficiencia poslegislativo, denominada oficina de control legislativo. Acá se presentarán en detalle las grandes diferencias con las comisiones de control legislativo y con una oficina de evaluación legislativa normal. La composición de esta institución se basa en el análisis antes expuesto sobre la conexión que existe entre los docentes y las leyes; tomando en consideración la historia de las grandes reformas en Chile. Para su operatividad, se prevé un resguardo de rango constitucional, como órgano autónomo, con patrimonio propio y de carácter técnico. Además se adapta la institución a nuestra cultura, haciéndose cargo del potencial conflicto que tendría con el sistema de urgencias Chileno, el cual pone en riesgo el éxito de esta institución. Siendo este un proyecto abierto, que puede mejorar, propondré y explicaré los principales lineamientos que se debiesen seguir.

1. Rango constitucional.

Si buscamos institucionalizar el control de eficiencia poslegislativo, no podríamos realizar aquello por medio de una ley ordinaria; por ello se debe proteger la institución con una ley de rango constitucional. Esta decisión presenta una ventaja y una desventaja a la vez. La ventaja de ser una ley de rango constitucional, es la de proporcionar un acuerdo mayoritario para su creación, empero la desventaja lógica es la dificultad política de lograr aquel acuerdo mayoritario. Sin embargo, ese acuerdo es necesario no sólo por su legitimación democrática sino para su funcionamiento.

La consagración de esta institución a nivel constitucional es necesaria para que pueda funcionar como un colegislador. Una oficina de evaluación legislativa podría ser realidad con una ley o incluso en un reglamento. Una oficina de control legislativo, que implemente el control de eficiencia poslegislativo necesita de un rango constitucional para legitimar su actuar en conjunto con los demás poderes del Estado. El actuar a legitimar es la iniciativa legal, potestad que sólo es otorgada al Congreso y al presidente de la república; que en esta oportunidad podría ser ejercida de forma acotada por la oficina de control legislativo. Sin una reforma constitucional, no podría existir dicha iniciativa legal y sin la iniciativa legal, no podrá funcionar de forma eficiente la retroalimentación, ni producirse el aprendizaje organizacional.

A su vez, el hecho de estar consagrado en la constitución garantiza su independencia política en su actuar y la consolida como una institución sólida debido a que como manifesté es de difícil cambio. *“Los controles deben conducir por sí mismos de alguna manera a la acción correctiva. No sólo deben decir “que algo está mal”, sino “dónde, por qué, quién es el responsable, etcétera”⁸⁸”*. Una institución que vea los efectos de las leyes y controle puede llegar a concluir fácilmente que (1) el poder ejecutivo no implementó de buena forma una ley. (2) que el poder judicial no quiso implementar una ley (3) Que la ley aprobada en el Congreso es de tan mala calidad que es inaplicable. Todas estas conclusiones pueden de seguro generar roces políticos, empero, son parte de la función de evaluación. No otorgarle una independencia a la institución y a quien la preside puede repercutir en el trabajo generado. Por ello debemos generar un mecanismo que evite o disminuya la máximo las consecuencias de las presiones políticas y que permita a los funcionarios trabajar con tranquilidad.

En concordancia no sólo se debe consagrar a nivel constitucional la institución en sí, sino también el nombramiento del presidente de dicha institución; de esa forma se garantiza el desempeño del funcionario de forma autónoma, es decir no dependiente ni del poder ejecutivo, ni del Congreso nacional. La no dependencia, no implica una no

⁸⁸ REYES PONCE, Agustín. Administración de Empresas, Teoría y práctica, segunda parte. Editorial Limusa, Ciudad de México, 2005. p362.

relación, ya que la oficina de control legislativo debe tener una estrecha relación con el Congreso para ser funcional y tener éxito en sus propuestas. El punto está en generar seguridad institucional, garantizando que si la oficina provoca una respuesta no esperada por el Congreso o el ejecutivo, eso no necesariamente provocará que se elimine la institución o que se cambie a su presidente.

2. Órgano autónomo (descentralizado), con patrimonio propio y de carácter técnico.

La independencia de que estábamos hablando en el apartado anterior, debemos llamarla autonomía. Esa autonomía es la que debe ser consagrada en la constitución junto con otras características que moldean una institución independiente de los vaivenes políticos para funcionar. Aquí no se pretende innovar en relación a otras instituciones autónomas. Pasemos a ver estas características una por una.

A) Autónomo.

La autonomía es la garantía de libertad de esta institución, y dicha libertad se transforma en una mayor posibilidad de éxito de poder lograr el cometido. De esa forma la institución sería un órgano constitucional, el cual no dependería para su funcionamiento de los poderes del estado. Quedando al margen de los vínculos jurídicos y administrativos de la línea jerárquica; no admitiéndose facultades de supervigilancia o tutela⁸⁹. Esto permitirá generar una confianza en la institución y no verla como un ente partidista y parcial; lo cual pondría en peligro la confianza en la veracidad de los datos entregados. No estoy sosteniendo, que su labor sea apolítica, lo que sostengo es que su deber es entregar información, no aprobar el proyecto. Dicha confianza, es la que se busca proteger, para que la institución sea escuchada y no ignorada, para ello se la refuerza con la autonomía de carácter técnico, la cual es esencial para que el Congreso escuche y discuta las propuestas que se presentaran.

⁸⁹ SANTANDER, Carmona. La organización Administrativa, Primera parte, Apuntes de clases, (2005) Inédito. Santiago, Chile. p54.

La calidad, la veracidad, el respeto y la confianza, de la información son los valores que no deben ser influenciados (manipulados) por lógicas del poder (política).

B) Con patrimonio propio.

El patrimonio propio, le entrega a esta institución la independencia de la política del momento. El presupuesto se aprobaría de forma trianual como un programa a largo plazo, de esa forma no tendría que negociar e interferir los quehaceres del Congreso. Transformándose en un tema de discusión a largo plazo, donde las presiones políticas disminuirían. Todo lo cual le genera a este organismo una mayor autonomía e independencia del poder legislativo; para poder insistir resguardar su carácter técnico.

C) Con carácter técnico.

El carácter técnico de la institución, es para remarcar, que no es un órgano político propiamente tal, sino que su función es ayudar al legislador; no transformarse en el legislador. Sus opiniones se basan en el estado del arte del tema y buscan instruir al legislador; no persuadirlo. Son académicos los que entregan sus opiniones basándose en los resultados de las investigaciones realizadas; lo cual genera un alto estándar de argumentación. Así también se explica que la labor de la institución sea generar canales de comunicación y no aprobar la mayor cantidad de propuestas.

3. Composición multidisciplinaria, de carácter docente y presidida por alguien de confianza del los legisladores.

Como vimos en el capítulo IX, existe una conexión histórica entre los especialistas y el legislador. Lo que hace la institución del control de eficiencia pos-legislativo es reconocer dicha conexión, hacerla patente y institucionalizarla. Ahora bien, en esa labor es que se reconoce que la composición de los integrantes de dicha institución debe ser multidisciplinaria y de carácter docente. Esto vendría a ser un símil de un *think tank*, pero Estatal y en función del Congreso.

La necesidad de estar integrada multidisciplinariamente se debe a la complejidad de la actual sociedad, donde no es posible saber en profundidad de todos los temas.

Las múltiples disciplinas de los miembros⁹⁰ se enfocan en los diferentes desafíos que se van a enfrentar de ámbitos: económicos, jurídicos, sociales, tecnológicos y biológicos. Poder manejar los lenguajes, de las diferentes disciplinas permitirá hacer leyes que puedan ser utilizadas y comprendidas por los destinatarios de dichas leyes, con un lenguaje que no sea ajeno a sus formaciones.

El carácter docente de los integrantes, es una garantía de actualización de conocimientos y de retroalimentación con sus colegas. También esto permite saber quiénes son capaces de ayudar a esta institución cuando se deba externalizar un tema. Los miembros con el tiempo generarán un idioma común que les permita llegar a acuerdos y nutrirse en las diferentes áreas del conocimiento. Esos acuerdos serán transmitidos en las universidades siendo inconmensurable sus efectos. El hecho de ser un docente impide que el conocimiento quede recluido en una oficina y que este salga a la luz, pudiendo ser cuestionado incluso por un alumno de pregrado. Esto genera un potencial crítico que debiese permitir enriquecer de conocimiento a la institución y por ende al Congreso.

La presidencia de esta institución debe ser por un abogado, la razón es que el abogado es quien conoce y es parte de la cultura jurídica interna. La cultura jurídica interna (jueces y abogados) son los que aplicaran las normas, generarán conflictos con ella y por eso es a ellos a quienes se les debe comunicar⁹¹. En definitiva son los abogados quienes reconocen a la norma, por ende, la opinión de un abogado de experiencia es tan necesaria.

La labor de presidir esta institución es muy importante y para que tenga éxito debe haber una confianza y respeto entre quien la preside y el Congreso. Este cargo no puede ser impuesto, debe ser acordado por el Congreso a propuesta del presidente. Generar un consenso es importante y el primer pasó para que el Congreso crea en esta institución y sus propuestas. Sin ese acuerdo inicial, la institución se deslegitima, se hace cuestionable y se encamina al fracaso. La confianza es el mayor activo de la institución para poder funcionar.

⁹⁰ Se van a necesitar de planta: ingenieros, economistas, biólogos, abogados, profesores de idioma, auditores, sociólogos, psicólogos, antropólogos, informáticos, historiadores y científicos políticos.

⁹¹ Las razones de aquello se explican extensamente en la primera parte de esta memoria.

4. Iniciativa legal regulada y autónoma en relación al sistema de urgencias del presidente.

Este punto es la gran diferencia entre una oficina de evaluación y una oficina de control legislativo. Como he sostenido antes, la diferencia estriba en que la oficina de control tiene iniciativa legal y la de evaluación no. Este hecho permite y asegura la retroalimentación del Congreso en relación al conocimiento de los efectos de las leyes que ellos mismos producen. La iniciativa legal, es la forma de que los que pueden tomar una decisión conozcan la información y se pronuncien en relación a ella. Consecuentemente debemos analizar como se inserta y se regula esta iniciativa en el sistema legal chileno.

Lo primero que debemos hacer, es ver como funciona el sistema de urgencia del presidencial. El Artículo 74 de la Constitución dice: *“El presidente de la república podrá hacer presente la urgencia en el despacho de un proyecto, en uno o en todos sus tramites, y en tal caso, la cámara respectiva deberá pronunciarse dentro del plazo máximo de treinta días.”*⁹² En la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional se agrega que: *“Cuando un proyecto sea calificado de simple urgencia, su discusión y votación en la Cámara requerida deberán quedar terminadas en el plazo de treinta días; si la calificación fuere de suma urgencia, ese plazo será de quince días y si se solicitare discusión inmediata, será de seis días.”*⁹³ La redacción de ese artículo es diferente en el reglamento del senado (Artículo 146) y en el reglamento de la cámara de Diputados Artículo 184, pero su esencia es la misma⁹⁴. En resumen existen tres tipos de urgencias, simple (30 días), suma (15 días) y discusión inmediata (6 días). Esta es una herramienta del gobierno para poder controlar la agenda legislativa anteponiendo sus prioridades frente a las del Congreso. Esto es una de las razones

⁹² Inciso primero del Artículo 74 de la Constitución política de la República de Chile. Chile, 2011.

⁹³ Artículo 27 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (Ley 18.918 modificada por la ley 20.447.- en Julio 2010.). En línea: (<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30289>).

⁹⁴“Artículo 146. Si un proyecto fuere calificado de simple urgencia, su discusión y votación deberán quedar terminadas en el plazo de treinta días; si la calificación fuere de suma urgencia, ese plazo será de hasta diez días, y si fuere de discusión inmediata, será de hasta tres días.” Reglamento del Senado. Actualizado a 14 de marzo 2012. Valparaíso. En línea Visitado 2 de Mayo 2012. (www.senado.cl). La diferencia en los plazos se debe a la modificación introducida en el año 2010, que no ha sido reflejada en los reglamentos respectivos por decidía del legislador.

que explica, para mí, el alto porcentaje de aprobación que tienen los mensajes presidenciales en relación a las mociones⁹⁵.

Si nosotros insertamos una oficina de control legislativo dentro de este escenario nos encontraremos con que los proyectos (proposiciones) que se presenten puede que nunca lleguen a discutirse en el Congreso y si se discuten pueden llegar desfasadas; lo cual provocaría que la retroalimentación no sea efectiva. Una retroalimentación anacrónica, genero que los esfuerzos y dineros invertidos en el proceso de evaluación, sean desperdiciados; el ciclo PIRA nunca se llevaría acabo o perdería la continuidad necesaria para ser eficiente⁹⁶. Para evitar dicha situación es que se propone un sistema de tramitación autónoma. No es necesario que se cumplan con los cortos periodos de las urgencias, pero sí que se de un plazo para las tramitaciones presentadas por este modo, con el fin que el Congreso se pronuncie y en caso de aprobar dicha propuesta, esta se convierta en ley en un plazo total menor a un año.

La retroalimentación no se cumple con el hecho de que se presente un proyecto, la retroalimentación se produce cuando el Congreso (las cámaras) se pronuncian en relación al proyecto en cuestión. Puede que no exista una mayoría para hacer un cambio legislativo, empero la información fue recibida por el Congreso, es decir, la retroalimentación se produjo. En otras palabras, no necesariamente un proyecto debe ser aprobado para que podamos sostener que se produjo la retroalimentación, con el sólo hecho de discutirse se cumple el objetivo. Lo ideal es que los proyectos sean aprobados o aprobados con modificaciones y que se de una respuesta a los problemas planteados en el proyecto. Pero si no existe una mayoría en el Congreso que pueda cambiar la inercia de las leyes, eso no implica que la retroalimentación no este funcionando. El hecho, es que los congresistas están informados de lo que ocurre con sus leyes, esa información si no les sirvió para aprobar un proyecto de reforma, puede que le sirva la mecánica de funcionamiento en otro proyecto similar. De esa forma se provoca un efecto rebote y multiplicador, donde la información que se dio para un

⁹⁵ Ver tabla N° 3 Capitulo VIII.

⁹⁶ Ver Capítulo VI.

proyecto con seguimiento puede ser útil (o un punto de partida) para la discusión de otro proyecto (que no tenga seguimiento/sin mucha información).

5. Propuesta y Advertencias finales.

En esta sección expondré modificar el Art. 65 de la constitución y agregar un nuevo artículo el Art. 109 Bis; para crear la oficina de control legislativo. Junto con ello, se debe crear una Ley orgánica constitucional para dicha institución y reformar la LOC del Congreso Nacional. Todo esto será analizado acá y luego se harán algunas advertencias finales que se deben tomar en cuenta para el éxito de esta institución.

De esa forma en el **Art. 65** inciso primero parte final debiese decir “... *por mensaje que dirija el presidente de la república, por moción de cualquiera de sus miembros o por propuesta de la oficina de control legislativo.*” Conjuntamente se agregaría el siguiente título y artículo:

OFICINA DE CONTROL LEGISLATIVO.

“Art. 109. Bis. Un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico denominado oficina de control legislativo, ejercerá el control de los efectos de las leyes luego de su entrada en vigencia. Este deberá entregar informes a petición de cualquier parlamentario o comisión legislativa y también podrá proponer como un legislador sin derecho a voto, hasta un máximo de siete propuestas de reformas legales en un año calendario, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”

Las propuestas de proyecto de ley que la oficina de control legislativo presente, su discusión y votación en la Cámara requerida deberán quedar terminadas en el plazo máximo de noventa días.

Esta oficina será presidida por un abogado que tenga a lo menos diez años de título, haber cumplido cuarenta años de edad, haber hecho clases a lo menos cinco años en una universidad de Chile con acreditación estatal y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el

Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de seis años y no podrá ser designado para período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años cesará en el cargo.”

Esto es sólo la consagración de la institución, pero para los detalles deben incluirse en la Ley Orgánica Constitucional de la Oficina de Control Legislativo. Aquí no haré una propuesta, debido a que aquella estructura dependerá del presupuesto y de la planta de funcionarios que el legislador le quiera otorgar. Yo sugiero ocupar parte del departamento de estudios, extensión y publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional con tiempo completo, en conjunto con un grupo de docentes que trabajen en las universidades con contratos de medio tiempo para la oficina. Todo este grupo dirigido por el presidente de la oficina y un pequeño equipo de asesores; pueden llevar el cometido del control de eficiencia poslegislativo con éxito y sin un gran costo de implementación para el Estado.

Otro punto a recalcar es que esta institución sólo puede presentar reformas de ley ya publicadas, no pudiendo presentar una propuesta legal de regular un ámbito no regulado previamente por otra ley. Queda patente que se somete a las mismas limitaciones que las mociones dejando materias de ley de exclusiva responsabilidad del presidente, donde una propuesta de la oficina de control sería inconstitucional.

El sistema de nombramiento del presidente de la oficina es el mismo que del contralor general de la república, con el fin de dar confianza y lograr un acuerdo de los poderes del Estado involucrado en la legislación como es el poder ejecutivo y el Congreso. Las diferencias son: **(I)** el periodo para ejercer sus funciones se acorta de ocho a seis años, debido a que ahora que el periodo presidencial es de cuatro años, un periodo de seis años, debe generar un acuerdo en las fuerzas políticas debido a que sobrepasa el periodo presidencial (4 años), la composición de la cámara de diputados (4 años) y de la mitad del senado (elecciones cada cuatro años). Al cambiar las fuerzas políticas se deben generar nuevos acuerdos para que la Oficina de control sea funcional al legislador. **(II)** el requisito de *haber hecho clases a lo menos cinco años en una universidad de Chile con acreditación estatal*. Este requisito se propone como forma

de asegurarse que exista una relación entre la oficina de control legislativo y los docentes de derecho. Como he manifestado esta relación es necesaria para que las críticas de los docentes a las leyes sean escuchadas y analizadas.

Se incluye un sistema de urgencia autónoma pero totalmente diferenciada del poder ejecutivo. Esta urgencia, no está destinada a resolver algo con premura, sino a asegurarse que el legislativo reciba una retroalimentación en un tiempo razonable; es decir que el proyecto que presente la oficina de control se discutan. Esta fórmula asegura que la oficina de control sea escuchada en el Congreso. Esto de ninguna forma implica que se aprueben las propuestas, ya que el fin de la institución es otorgarle información al Congreso y es siempre el Congreso quien decide finalmente que hacer; aprobando, rechazando o enmendado el proyecto original.

El éxito de esta institución no se mide con la cantidad de proyectos presentados y aprobados. La función de la oficina es presentar los proyectos y por supuesto defenderlos (explicarlos) pero quienes deben decidir son los congresistas, no la oficina. La función se cumple con el pronunciamiento del Congreso, que puede ser positivo o negativo, así se asegura que la información fue transmitida al Congreso. El ciclo PIRA se cierra, cuando la información llega a los congresistas. Los congresistas son los que tiene que tomar la decisión, si logran generar un acuerdo mayoritario y claro para poder generar un ajuste a la ley. De lo contrario la situación quedará como está; provocando que los operadores del sistema de hecho, con sus criterios, resuelvan el conflicto⁹⁷.

Tampoco debe transformarse la oficina de control en la vía de escape (mediática) del ejecutivo o del Congreso. Ante un problema legal mediatizado, no debería responderse ante la opinión pública con que se mandaron los antecedentes a la oficina de control legislativo, como forma de descargar la presión social. La oficina esta para evitar que se generen problemas urgentes, no para resolver los problemas urgentes cuando ya se produjeron. La idea de esta oficina es tener una agenda separada del gobierno y con visión a largo plazo; no mediatizada. Si se mediatiza la oficina, se pone en riesgo todo el funcionamiento, justificación, credibilidad y eficiencia de tener dicha institución. Si se trata

⁹⁷ Ver capítulo V especialmente el apartado 5.

de instituciones mediática, para eso ya están las interpelaciones y las comisiones especiales investigadoras; no veo que se necesite una redundancia.

La oficina de Control legislativo no se agota con la presentación de los proyectos. La oficina de control funcionará como un *think tank* (centros de investigación política) Estatal. De esta forma puede ser invitado a participar de las comisiones permanentes de trabajo legislativo, logrando contrastar las informaciones presentadas por los *think tank* no gubernamentales, para así eliminar un posible sesgo en la información.

De igual forma los parlamentarios pueden solicitar que se estudie un tema de su interés, ese hecho se llamará denuncia, teniendo la misma limitación que una moción la cual puede ser presentada hasta por 10 diputados y hasta por 5 senadores. La denuncia puede provocar la presentación de una propuesta de ley, en la cual se individualizará al parlamentario que la denuncia. La decisión de presentar el proyecto es una decisión autónoma del presidente de la oficina. Si dicha denuncia, no se convierte en una propuesta, al parlamentario se le podrá emitir un informe con una propuesta, que si el parlamentario quiere apadrinar se podrá presentar como proyecto de ley. Dicho proyecto es una moción del diputado, basado en la información de la oficina de control, lo cual no la transforma en una propuesta, por ello no tendría ningún tipo de urgencia y no se incluiría entre las siete propuestas que puede hacer la oficina de control legislativo.

Una cosa discutible, es si el límite de propuestas debiese estar en la constitución o en una Ley orgánica constitucional. Yo creo que por ahora debiese estar en la Constitución, para asegurar un piso y si se quiere aumentar con posterioridad estimo que sería mejor ponerlo en una ley orgánica constitucional.

Estos son los principales lineamientos y características de la oficina de control legislativo, para que tenga éxito en su función de control de eficiencia. Dichas características son concordantes para que esta oficina ocupe el sistema de control de eficiencia poslegislativo, ampliamente defendido a lo largo de esta memoria y adaptado a la idiosincrasia Chilena.

CONCLUSIONES.

Son muchas las ideas, discusiones y desafíos planteados en esta memoria las cuales giran principalmente entorno a la constatación de que la ley no es un método suficiente en la sociedad actual para terminar con los problemas sociales. La ley no es el instrumento para poner fin a esos problemas, ni la culminación del proceso legislativo, sino sólo una etapa más. Pensar de otra forma es quedarse en el pasado y no ver la realidad, chocar contra una muralla todos los días y ser un reduccionista obtuso. No podemos cerrar los ojos frente a la realidad de que la publicación de una ley no es el fin, sino el comienzo de los problemas de la interpretación y aplicación de una ley. La ley nace verdaderamente cuando se aplica no cuando es publicada, ahí se produce la comunicación basada en el receptor, no en el emisor como era antiguamente. El reconocer este hecho tiene que ir aparejado de la creación de la institucionalidad necesaria y adecuada para enfrentar dicha situación. Al cambiar el paradigma de que la ley es el final, debe cambiar la institucionalidad. Consecuentemente, no podemos cambiar de paradigma y mantener la misma institucionalidad, hacer aquello es ser hipócrita. Por eso acá se constata el cambio de paradigma y se propone una institucionalidad basada en este nuevo paradigma. Hoy suena básico el hecho de que los jueces no son la boca de la ley, pero hasta hoy hemos mantenido básicamente la misma institucionalidad basada en esa descripción.

La ley luego de ser publicada, es problematizada en su aplicación bajo el esquema de normalidad/excepción (igual/desigual). Dicha problematización es un ámbito principalmente dejado a los aplicadores del sistema jueces y agentes de gobierno; que no se comunica con el legislador creador de la ley. En otras palabras, los legisladores nunca saben que ocurre, ni como se aplica, ni que resultados genera, la ley que ellos mismos crearon. No saben de forma institucional como se aplica la ley que ellos crearon y que resultados e impacto ha generado en la sociedad; más allá de lo que sale en las noticias. Los cambios legislativos de reformas se producen por un método no institucionalizado y muy ineficiente. Por ello la institucionalización de un sistema de retroalimentación, luego de que es promulgada la ley, es necesaria y útil como una solución a los problemas legislativos y de pérdida de fe en democracia.

A lo largo de esta memoria hemos hecho tres recorridos independientes, para plantear el problema y su solución. Dichos caminos pueden ser válidamente tomados por separado o relacionados entre sí dependiendo de los prejuicios y paradigmas que tenga el lector. La primera parte es una visión filosófica del problema -si entendemos que comunicar, se basa en lo entendido por los receptores, debemos generar una institucionalidad que recopile la información en relación a lo entendido por los receptores-, la segunda parte es un análisis económico del problema -si entendemos que la eficiencia se basa en el control, debemos controlar las leyes para lograr la eficiencia-; la tercera parte es un análisis estadístico de la creación legislativa en Chile y las ventajas (características) que debiese tener una institución de control de las leyes –el sistema de control de eficiencia es una de las opciones para que el congreso recupere poder-. Todas estas aristas sustentan solidas bases para la creación de una institución que genere retroalimentación para los legisladores en Chile. Si el lector no concuerda conmigo en alguna de las tres partes de está memoria, eso no quitará que estando solamente de acuerdo con una sola de las tres partes, se vea inclinado por aceptar la creación de una institución que retroalimente al legislador. Los detalles de la concreción de esta institución siempre serán controvertibles, pero lo esencial es que exista y sea funcional; así con el paso del tiempo siempre se podrán mejorar y adecuar a las nuevas realidades.

El cambio de paradigma en la comunicación, se da como un proceso de observación empírica e histórica, donde la porfía del hombre sucumbe ante la contingencia. La teoría de comunicación que se defiende, es expuesta al mundo por el sociólogo Alemán Niklas Luhmann¹ y fue creada por los biólogos Chilenos H. Maturana y F. Varela. El enfoque que ha cambiado y que valida la institucionalidad de la retroalimentación legislativa, se demuestra en que la comunicación se produce cuando el receptor entiende (comunicación imperfecta) y no que es lo que quiere transmitir el receptor (comunicación perfecta). El modelo actual de creación legislativa se basa en

¹ Cabe aclarar que yo no sigo a Luhmann en toda su interpretación de la teoría de sistemas, la cual es apática, yo en cambio creo en que si se puede intervenir a la sociedad y su evolución por medio de la coordinación; no por esa diferencia se puede sostener que su andamiaje teórico y descriptivo está equivocado.

el paradigma de la comunicación perfecta. A lo largo de la historia, se ha podido observar los intentos de los legisladores por controlar la incertidumbre basándose en ese errado paradigma; la consecuencia siempre ha sido la incapacidad de controlar la incertidumbre. Primero se optó por la codificación como un sistema que siempre iba a entregar la respuesta que el legislador había pensado. Cuando eso falló y fue insuficiente, se culpó a los jueces, de que si el sistema fallaba era debido a que los jueces interpretaban mal la ley (revolución francesa). Empero cuando el sistema legal era el malo (e injusto) se acudió al criterio de los jueces, para que no aplicarían esas leyes, en otras palabras buscaron hacer que el sistema falle en razón a la discreción judicial en pos de la justicia. Así se criticó fuertemente a los jueces que aplicaron el derecho alemán Nazi, y se han buscado formas, como la constitucionalización del derecho, para que los jueces puedan tener herramientas para relativizar el derecho en pos de su criterio de justicia. El problema de esta solución, se da en que en estricto rigor, se pondera la interpretación del juez por sobre la ley, es decir, se considera que los jueces tienen mejor criterio para resolver un problema de forma justa que el propio legislador democráticamente electo; se argumenta que de esa forma la población se ve más resguardada de sufrir atropellos a sus derechos fundamentales. Dicho argumento se ha concretado con los Tribunales Constitucionales, donde un grupo de jueces impide que una ley sea promulgada, no obstante pasar todos los quórums legales, debido a que ellos en su mayoría la consideran que es inconstitucional.

No estoy a haciendo un juicio de valor sólo sostengo que ese ha sido el enfoque que históricamente se ha transformado de pasar en creer ciegamente en la ley desconfiando de los intérpretes a creer ciegamente en los intérpretes y desconfiando de las leyes. Lo que sostengo es que ese cambio no se debe solamente a un miedo a los sistemas totalitarios, sino que es el reflejo de un aprendizaje histórico en el cual la sociedad se da cuenta de que quienes deciden el contenido de la ley no son los legisladores sino sus intérpretes (jueces y aplicadores en general). Así las cosas los jueces controlan a los legisladores pero nadie controla a los jueces. Aquí termina la discusión teórica, pasando a transformarse en una discusión casuística del actuar de los tribunales Constitucionales, de cada país en diferentes momentos históricos, observando si dicho actuar ha contribuido a resguardar a los derechos de los

ciudadanos tanto en momentos de normalidad como de excepción. Los diferentes actuantes de dichos tribunales, en diferentes épocas, pero con las mismas leyes, sólo reafirma que la ley (incluso la de rango constitucional) se concretiza (razona y relativiza) en la aplicación y no en la redacción de dicha ley.

El avance teórico que da esta memoria, es dejar el antiguo esquema de centrarse en el emisor y valorar lo que hace el receptor de la norma. Para entender la relación entre la ley y sus destinatarios, debemos comprender que lo que se busca el legislador es generar un hábito de obediencia social y que la ley es relativizada razonada antes de ser obedecida; la ley no es una razón excluyente. El hecho que sea una hábito de obediencia social nos permite sostener que no obstante una parte de la sociedad no obedezca la norma, esta sigue funcionando. Para entender mejor el fenómeno debemos distinguir entre dos grupos de receptores, la cultura jurídica interna (Jueces, abogados y conocedores del derecho) y la cultura jurídica externa (todo el resto). Ambos grupos relativizan las leyes bajo el esquema de imitación (observación) y aprobación (comunicación); empero la cultura jurídica se le exige un razonamiento completo que considere a las leyes como razones a ser derrotadas solamente por muy buenas razones para no obedecer.

Al legislador no le debe interesar como razone la cultura jurídica externa, en relación a una norma, sólo debe constatar que existe un hábito de obediencia ya sea en base a imitación o por aceptación. De hecho el sujeto puede cumplir estándares morales más altos que los legales, pero al legislador eso no le incumbe (nunca va a diferenciar la acción de la convergencia), sólo le incumbe cuando no cumple el estándar legal; ya que solamente ahí se ve afectado el hábito de obediencia. Empero el legislador si debe estar comunicado con la cultura jurídica interna, la cual es principalmente la encargada de generar la respuesta de aprobación (comunicar la aceptación teórica) frente a un hecho en el esquema de obediencia. La aprobación es lo que se ha llamado la norma de reconocimiento, en la cultura jurídica interna. Así las cosas, el legislador para ver si su norma se aplica debe observar si la norma es reconocida por la cultura jurídica interna, es decir, si su norma generó un hábito de

obediencia en la mayoría de los jueces y aplicadores; eso es lo más factible de evaluar por el legislador.

Esta situación pone a los legisladores en su lugar, no es que no sirvan para nada, sino al contrario, deben exigirse y desafiarse ante la complejidad que es legislar; donde la publicación de una ley, no marca el final de un proceso, sino el comienzo. El legislador debe crear, publicar la ley y luego ver que fue lo que ocurrió con esa ley (evaluarla) para modificarla de ser necesario. Es entender y comprender que sólo ex post podemos dimensionar como razonan los distintos receptores de las normas; es aceptar que saber lo que ocurre después de la publicación de la norma también es parte de legislar. Sólo así se puede coordinar a los creadores de las normas y los aplicadores del sistema legal, por medio de instrumento llamado ley. Haciendo esto la incertidumbre y la justicia se equilibraran logrando que no solo los jueces sean los guardianes de la ley, sino que también la ley sea el guardián de los jueces².

El legislador, no tiene un poder absoluto, de hecho sus receptores siempre relativizaran su mandato. Un ejemplo de aquello es la curva de Laffer que nos demuestra que el soberano no puede subir los impuestos indiscriminadamente. Ya que si hace eso, la gente prefiere evadirlos, produciendo el efecto que si se aumentan los impuestos baja la recaudación. Lo cual nos demuestra que debe existir un punto de equilibrio óptimo. Otro hecho que corrobora aquello es el concepto de la responsabilidad del Estado Legislador, en el sentido de la constatación de que la ley puede generar graves daños colaterales. Por ello se debe aspirar a cumplir el objetivo al menor coste social posible; ahí esta el equilibrio llamado óptimo de la legislación.

² Hay que asumir que si bien es cierto que en los casos difíciles (excepcionales) siempre el juez podrá aplicar su criterio, no es menos cierto, que la ley procesal hace más de 100 años le exige al juez exponer su razonamiento. Tal razonamiento debe ser chequeado por sus pares en una corte de alzada, o acordado por la mayoría en caso de que se esté en un tribunal colegiado. Esa pugna interna, no debe ser nunca despreciada (ni desconocida) ya que es ahí donde la ley sustantiva es un factor determinante tanto para los votos de mayoría como para los de disidencia. Así las cosas mientras más clara sea la ley, mientras menos lagunas y contradicciones existan, más probabilidades tendrá el legislador de que se aplique la ley como él se la imagino y como contrapartida se le hará mucho más difícil al juez generar un razonamiento de excepción (muy buenas razones para no obedecer), que sea avalado por sus pares; ahí está el equilibrio entre la ley y su posibilidad de aplicación.

Para aspirar al óptimo de la legislación, se debe institucionalizar un sistema de retroalimentación, debido a que dicho óptimo es también contingente (variable) y debe ser revisado en diferentes momentos históricos.

En la segunda parte, se puede partir tanto de la necesidad de institucionalizar un sistema de retroalimentación para aspirar al óptimo de la legislación como de la premisa que en el sistema legal, nadie controla la eficiencia. Acá no se sugiere un cambio de paradigma sino un retorno al concepto originario de eficiencia. Eficiencia como el cumplimiento de un objetivo cualquiera y no sólo al reduccionismo de la maximización de la riqueza. Cuando entendemos eficiencia como cumplimiento de un objetivo, debemos conjuntamente aceptar que para ver si se cumplió o no dicho objetivo se debe ejercer un control. Ahora bien, el control de eficiencia es algo que no se ejerce en Chile; aquí solamente nos encontramos ante un control de requisitos. Si bien es cierto que existe un mandato de eficiencia expreso en la constitución, no existe ningún control y la máxima de adecuación que podría ser un control de eficiencia; no la mide debido a que el control debe ser ex post y no ex ante como lo es la máxima de adecuación.

Si aunamos los conceptos de la primera parte con está, lo que la ley debe lograr es comunicar, generando un efecto en los aplicadores de las normas (cultura jurídica interna). Ahora bien, la comunicación eficiente de una norma, se produce cuando la mayoría de los miembros de un tribunal utiliza (se guía) por esa norma. El hecho de que una norma sea eficiente, no implica que sea una buena norma (moral), sólo nos da cuenta que generó el efecto deseado; pero si no se produce dicho efecto, una de las hipótesis validas es que puede ser una mala norma. Quien esta llamado a evaluar si es bueno o malo los efectos de una norma, son los propios legisladores democráticamente electos. Lo que se debe institucionalizar es un sistema que le de la oportunidad a los legisladores de evaluar/enmendar la legislación.

El control de eficiencia poslegislativo, es la institución que se plantea para generar la retroalimentación institucionalizada; la encargada de mostrar (evaluar) los efectos de la norma luego de su publicación. Dicho control debe ser ejercido por un órgano

diferente al Tribunal Constitucional y eso no produce una superposición de funciones debido a que el Tribunal Constitucional no mide la eficiencia. Los efectos esperables de institucionalizar este sistema, se da en que mientras más retroalimentación exista, mejor va a ser la calidad de la legislación. Las antinomias y las deficiencias en la redacción de una norma, se harán patentes de forma más rápida, no sólo cuando se genere un caso que irrite a la opinión pública (prensa).

Este modelo de trabajo esta inspirado en las evaluaciones económicas y el sistema de retroalimentación que generan las mismas empresas en relación a sus productos. Acá la empresa son los legisladores y el producto es la ley. De esa forma podemos asimilar el modelo PIRA, que fue creado para administrar una empresa y adoptarlo para el sistema legislativo. El PIRA es (1) planificar, (2) implementar, (3) revisar y (4) ajustar, el sistema actual sólo se basa en planificar e implementar, pero no pasa a las etapas de revisar y de ajustar. Sólo de forma muy esporádica y excepcional el sistema genera comisiones que revisan la ley para luego ajustarla. El modelo PIRA no puede ser usado de forma esporádica, para mejorar el desempeño de una empresa y también para mejorar el desempeño de los legisladores este modelo debe ser usado de forma permanente. Esta es la principal razón de la necesidad de institucionalizar la retroalimentación ya que si se hace un sistema permanente se puede lograr la eficiencia deseada. Hay que reconocer que el modelo PIRA actualmente se aplica pero de forma muy esporádica y no permanente en el sistema legislativo; lograr que sea permanente e institucionalizado es el objetivo de esta memoria. Las ventajas de este cambio, se dan en un aumento de eficiencia, lo cual es fundamental para alcanzar el óptimo de la legislación y lograr que Chile pase a ser un país desarrollado. Este aumento de eficiencia va aparejado a un aumento en el prestigio de los legisladores.

El problema de la retroalimentación (evaluación) de la legislación no es tan nuevo. Si bien en Chile recién estamos empezando, existen otros países como EE.UU. que lo vienen haciendo desde 1921. En Inglaterra, existe la Oficina del Consejo parlamentario; en EE.UU. la Oficina de Auditoría General; en Francia, la Comisión Superior de Codificación; y en España la Comisión General de Codificación. Todos estos ejemplos nos demuestran que la retroalimentación es necesaria y que la ley es

un problema. La ley no es suficiente para comunicar necesita una institucionalidad que revise lo que ocurre con los efectos de las leyes. El hecho de generar una institución que pueda revisar, puede generar conflictos de poder entre los congresistas y el ejecutivo. Por eso, la inclusión de una institución nueva, debe ser acorde a la idiosincrasia del país. Así cuando el ejecutivo es más fuerte, sólo existen revisiones de forma (redacción y recopilación) y cuando el legislativo tiene un rol de investigador se hacen evaluaciones de las leyes (*i. e.* EE.UU.) que generan retroalimentación. Entre las evaluaciones de las leyes existen algunas que tienen conexión (comunicación) con el legislador y otras que quedan en sólo buenas intenciones (recopilación de datos).

En la tercera parte, lo que se propone es un sistema de retroalimentación que sea permanente, que no sólo revise la redacción, sino que evalúe y que tenga una conexión con el legislador. Si la institución logra tener dichas características permitirá que este sistema funcione en Chile y logre irritar a los legisladores para que puedan ajustar y así cumplir con la última etapa del sistema PIRA, que es el que genera el ansiado aprendizaje organizacional. En Chile lograr completar el ciclo PIRA es más difícil debido a que existe un presidencialismo que opaca y disminuye el poder del Congreso; donde las mociones tienen un 10% de probabilidades de aprobarse a diferencia del 70% de probabilidades de aprobación de un mensaje del ejecutivo. Entonces la etapa de ajuste, es la que genera un mayor desafío. Lo que debe ocurrir para que se produzca dicha etapa es lograr que la institución pueda comunicarse con el Congreso y la forma más efectiva para ello, es que la misma institución proponga un proyecto de ley; de esa forma el sistema garantiza la comunicación. Empero, para que ese proyecto de ley, pueda llegar al conocimiento de los congresistas de forma oportuna, debemos romper con el sistema de urgencias presidenciales, que podrían interrumpir el ciclo PIRA (ajuste). Con esas reformas se puede hablar de una evaluación continua que sea funcional al Congreso para el aprendizaje organizacional.

El Congreso Nacional no es extraño a la participación de expertos, de hecho en las comisiones parlamentarias son los expertos, *Think Tank* y universidades las que tienen una mayor participación en la creación legislativa. Incluso cuando se busca hacer una gran reforma, se generan consejos de especialistas. El avance es hacer que estos

expertos tengan una independencia y permanencia en el tiempo. El hecho de la permanencia es lo que hace que las comisiones investigadoras no sean viables como evaluadoras de las leyes. Por el otro lado una oficina de evaluación legislativa no es suficiente, ya que si bien es permanente, no logra la comunicación efectiva con el Congreso; las conclusiones quedan en papeles que no son discutidos en el Congreso, lo cual sólo generará la etapa de evaluación pero no la de ajuste. Aunque exista una comisión de legisladores que la supervise, los mismos legisladores no generan la moción pertinente, para que así se enteré todo el Congreso. Por todo lo anterior, el control de eficiencia poslegislativo debe ser la institucionalización de la retroalimentación, continua y funcional; comunicada con el Congreso.

Finalmente, para dar continuidad y permanencia en el tiempo se sugiere que esta institución sea creada con una ley de rango constitucional. Además se propone que sea un órgano autónomo, con patrimonio propio y de carácter técnico. Un equipo multidisciplinario de carácter docente que sea de confianza del legislador, para que así pueda tener éxito al proponer leyes al Congreso, gracias a una iniciativa legal regulada; que permita y genere la comunicación con el Congreso (ajuste). De esta forma, tendrá éxito la institucionalización de la retroalimentación en el sistema legislativo Chileno y no será solamente una oficina de informaciones, que no logre irritar al Congreso.

Esta memoria cumple así con el objetivo de entablar la discusión sobre la necesidad de controlar la legislación de forma ex post, permanente e institucionalizada. Si bien es cierto que cuando empecé a escribir esta memoria el concepto de control ex post era desconocido ahora se ha hecho más notorio; empero no deja de ser cierto que su sustento teórico hasta ahora es básico y se basa principalmente en investigaciones e informes más que un concepto de control. Se confunde lo que es político con lo que es derecho y no se hacen cargo de su interacción entre estos dos sistemas. Lo que hace esta memoria es dedicar en la primera y gran parte de la segunda parte a sustentar filosóficamente las bases para la creación del control de eficiencia poslegislativo; delimitando las funciones de la política y el derecho en relación a la creación legislativa. El derecho debe hacerse cargo de la política de creación de leyes como la política debe hacerse cargo de las interpretaciones de las leyes por el

derecho. Desconocer estos mundos y sus interacciones es lo que no permite la eficiencia, ni la comunicación y menos el aprendizaje organizacional. Quizás algunos conceptos introducidos en la parte teórica requieren un mayor análisis (que puede darse en próximos ensayos), pero ampliarse más esos puntos, no hubiese sido funcional al objetivo de introducir una nueva institución que si bien puede tener solidas bases teóricas, debe ser funcional. Es ahí donde el criterio económico fue el que recogió la expectativa de lograr un cambio que fuese interesante, atractivo y medible. Así las cosas, se sustentó teóricamente la institución, pero había que dar un paso más para darle forma y contenido a lo antes expuesto; por eso se propuso y adaptó la institución al sistema e idiosincrasia de Chile con un proyecto de ley.

Todo esto no es el fin, sino que marca el comienzo, al poner en marcha esta institución se podrá ver cuanta gente es necesaria y ver en definitiva si logro irritar al Congreso. Podremos observar cual es el comportamiento de los congresistas en relación a esta institución y si su carácter técnico sucumbirá ante el poder que manejaría; pudiendo hacer innecesaria esta institución o fundamental para el sistema legislativo Chileno. Evaluarse a si misma como institución será una paradoja difícil de superar; pero necesaria. El aprendizaje organizacional de parte de la misma oficina de control eficiencia poslegislativo como del Congreso va a ser seguramente cuantioso pero inimaginable en su contenido; ya que se adapta a los escenarios futuros. La relación de cómo los académicos se relacionarán con esta nueva institución y sus calificaciones, serán importantes de evaluar. Finalmente la forma de discutir una ley en el Congreso puede cambiar, basándose en lo aprendido por los ejemplos de cómo fue la recepción (interpretación) de las otras leyes, como un argumento adicional y funcional al objetivo político en si mismo. Se aprenderá la forma de cómo hacer leyes que sean funcionales al fondo del asunto tratado; leyes que logren el óptimo de la legislación, es decir, leyes eficientes.

Si esta memoria logra generar una discusión entorno al tema, me daré por satisfecho, ya que ese será el primer paso para lograr su concreción; que con el tiempo veremos si Chile será pionero en este avance o seguirá la tendencia hecha por otros países, perdiendo así la posibilidad de aventajarlos.

Chile ha avanzado, con la creación de un departamento de evaluación, pero lo hemos hecho de forma tardía en relación con otros países. Si queremos ser pioneros debemos aplicar los avances de esta memoria, dando el siguiente paso que garantice que el Congreso ajuste lo ya evaluado; logrando aquello de forma constante, generaremos la anhelada eficiencia. Además de rehabilitar el poder del Congreso, sin amenazar al Ejecutivo. Hay que cambiar el paradigma de comunicación, actualizar las instituciones, aceptarlo y trabajar con ese cambio. Así podremos lograr lo que no se ha podido lograr hasta ahora, el equilibrio entre política y derecho; entre certeza y justicia; entre normalidad y excepción. Por medio del control de eficiencia poslegislativo, se generará la coordinación entre el sistema de derecho y el sistema de la política, por medio de la ley y sus efectos. Ahora sólo nos queda crearlo, probarlo y ver que pasa; para mejorarlo.

J.C. Sepúlveda
Santiago, Chile.
Marzo, 2012.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros, Ensayos y Artículos:

- ADAMS, John. Economía Institucional y Economía de la elección social: Aspectos comunes y Conflictos. Journal of Economic Issues XXIV, 3, 1989. 845-859. Versión en Español, en Línea: (<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/ceconomia/article/download/11533/20806>). p6. Visita el 20 de diciembre del 2010.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001.
- ARROW, K. Social Choice and Individual Values, John Wiley and Sons Inc. New York, EE.UU. Segunda Edición, 1963.
- ATRIA, Fernando, Revisión Judicial: El síndrome de la victima insatisfecha. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 79 Invierno 2000. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- ATRIA, Fernando, La hora del derecho, los derechos humanos entre el derecho y la política. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 91 Invierno 2003. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- ATRIA, Fernando, *El derecho y la contingencia de lo político*, Revista Doxa, N° 26, 2003, <En línea> España p. 335. [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15790>
- ATRIA, Fernando, La ironía del positivismo jurídico, Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p129. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- BENTHAM, Jeremy, A fragment on government and introduction to the principles of morals and legislation, Basil Blackwell, Oxford. 1960.
- BERNAL, Carlos, *Estructura y limites de la ponderación*, Revista Doxa, N° 26, 2003, <En línea> España p. 238. [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15786>
- BREVER, Stephen, Entrevista a Stephen Breyer Juez de la Corte Suprema de EE. UU. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 80 Primavera 2000. p146. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- BULYGIN, Eugenio. ¿Esta (parte de) la filosofía del derecho basada en un error? DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), p23. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

- BURGOS, Jorge, Diputado. Gastos en Defensa. Abril 2011, En línea:(<http://www.pdc.cl/content/gastos-en-defensa>). Santiago, Chile. Visitado: 30 Abril 2011.
- BUSTOS, Andrea. Trabajo infantil ¿En las aulas o en las calles? [En línea] Biblioteca Congreso nacional [http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/trabajo-infantil-en-las-aulas-o-en-la-calle] [Consultada: 22 de Noviembre 2010]
- CUBILLOS, Marcela y Ma. Cristina Betancour. Efectividad Legislativa: Como evaluar al Gobierno y a los parlamentarios. Sociedad y Políticas Publicas, Santiago, 2011. En línea, 30 Agosto 2011: (http://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUE1/Politica_y_Politiclas_Publicas/Efectividad_Legislativa_Como_evaluar_al_Gobierno_y-a-los_Parlamentarios.pdf).
- CALVO GARCIA, Manuel. La voluntad del legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 3 (1986), p113-127. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- CAROCCA PÉREZ, Alex. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema. [En línea] *Ius et praxis*. Año 4 N°1, U de Talca, Talca, Chile. 1998. [<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740112.pdf>] [Consultada: 22 de Noviembre 2010].
- COASE, Ronald H., *The problem Of Social Cost*, EE.UU., Journal Of Law and Economics, <En línea> 1960, p. 15. [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <<http://http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>>
- COLEMAN, Jules, *Los fundamentos del bienestar*, en Revista Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad De Chile, N° 10, 2004.
- DEL SOL, Patricio. La Costosa tendencia de persistir en el error. 18 de Julio 2010, Clase Ejecutiva PUC, Evaluación de proyectos, clase 9 de 10, EL Mercurio. Santiago, Chile.
- DESCARTES, René. El Discurso del Método. Centro Grafico, Santiago de Chile, 2003.
- DÍAZ, Álvaro y SOTO, Velasco. Legislar con eficiencia: la importancia de evaluar las leyes. Revista Actualidad Jurídica N° 19, Universidad del Desarrollo, Enero 2009, Tomo II, Chile.
- DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público. Edición Francisco Beltran, Madrid. 1913.
- DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio. Editorial Ariel Barcelona. 4ta reimpresión, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *A Reply by Ronald Dworkin*, 1984.
- ESGUERRA Roa, Carolina. La economía institucional: aproximaciones y temas de discusión. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003. Visitada en 20/12/2010 (http://www.webpondo.org/files_oct_dic_03/EconomiaInstitucionalCarolinaEsguerra.pdf).
- FERRADA, Juan Carlos, *El control constitucional de los poderes públicos*, en Revista Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad De Chile, N° 11, 2005.
- FUENTES, Fernando y MARSHALL, Jorge, Eficiencia de las instituciones y desempeño económico. en revista del Centro de Estudios Públicos, [En Línea] Santiago, N° 76, 1999, p. 411.[citado el 31 de julio 2007] [<http://www.cepchile.cl>].

- GALIANA SAURA, Ángeles, *La Ley: Entre La Razón y la Experimentación*. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2008.
- GALIANA, Ángeles. *La ley: Entre la razón y la experimentación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Revista de Administración Pública* N 159, 2002.
- GARCIA, Laura y HERRERA, María, El concepto de daños punitivos o *punitive damage*. *Estudios Socio-jurídicos*, UNAM, México. [en línea] [<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/733/73350106.pdf>] [consultada 10 de Diciembre 2010.]
- GEREMIA, J.M., *An Introduction to control theory from classical to quantum applications*, <En línea > Universidad de Heidelberg, Alemania, pp. 1-7 [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <[http:// http://minty.caltech.edu/Publications/Geremia03c.pdf](http://http://minty.caltech.edu/Publications/Geremia03c.pdf)
- GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz y PIETRZYKOWSKI, Tomasz. Postivismo Blando y la distinción entre derecho y la moral. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 27 (2004), pp. 63-79, <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- GODOY, Oscar. Parlamento, presidencialismo y democracia protegida. *Revista ciencia política*. (Santiago) v.23 n.2 Santiago 2003. En línea visitada 20 de Diciembre 2010 en (http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2003000200002&script=sci_arttext)
- GUZMAN BRITO, El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “Principios de Equidad” en Derecho Chileno. *Revista de Ciencias Sociales* 18 – 19, Valparaíso, 1981.
- GUZMAN BRITO, Alejandro, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el código civil de Chile*. En “Interpretación, Integración y razonamiento jurídicos”, conferencias y ponencias presentadas en el congreso realizado en Santiago y Viña del Mar, entre el 23 y 25 de mayo de 1991, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992.
- HABERMAS, Jurgen, *Teoría de la acción comunicativa I*. Grupo Santillana Ediciones S.A. España. 1999.
- HAHN, Robert W. Regulation: past, present and future. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Invierno 1990, Vol. 13, Issue 1.
- HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Segunda edición, 1968.
- HART, H.L.A. Post scriptum (El concepto de derecho). [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 65 Verano 1997. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- HART, H.L.A. ¿Existen los derechos Naturales? [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 37, 1990. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].

- HOBBS, Thomas. *Leviatan o la material, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica, México, decimotercera reimpresión 2004. México.
- HIERRO, Liborio L., *Justicia, igualdad y Eficiencia*, 1era Edición, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- HIERRO, Liborio L. *Igualdad, Generalidad, Razonabilidad y Crisis de la ley. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 26 (2003), <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- HERMAN, Susan N. “Measuring Culpability By Measuring Drugs? Three Reasons To Reevaluate The Rockefeller Drugs Law” 63 *Alb. L. Rev.* 777, (2000).
- HUNTER, Iván. La culpa con la ley de responsabilidad civil. *Rev. derecho (Valdivia)* [En línea] v.18 n.2 Valdivia dic. 2005. [Consultada: 10/12/2010] [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200001&script=sci_arttext].
- JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2 edición, Marcial Pons, Madrid.1997.
- JIMENEZ. Juan Carlos. El principio de razón suficiente: Leibniz versus Schelling. [En Línea] Dialnet, Contextos, N°33-36, 1999-2000. España. p85-p152. [Consultada: 10 de Diciembre 2010] [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=853182>].
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, Novena Edición, Distribuciones Fontamara, S.A. México, 2002.
- KOVACEVIC, Antonio. *Disciplina para Controlar la Gestión*. Clase Ejecutiva, 15 de Julio de 2010, Santiago, Chile. En línea, Visitada el 10/12/2010. (<http://www.claseejecutiva.cl/blog/2010/07/disciplina-para-controlar-la-gestion/>).
- LAFFER, Arthur B. The laffer curve, past, present, and future. [En Línea] The Heritage foundation. N° 1765, Washington. EE.UU. Junio 1, 2004. [www.heritage.org/research/taxes/bg1765.cfm] [visitada: 10/12/2010].
- LAGOS, Ricardo, *Notas para la intervención de S.E. el presidente de la república, promulgación de modificaciones a la ley del consumidor*, Santiago Chile. 2004 [En línea] p4 y 5. [Consultada: 10 de Diciembre 2010] [http://www.sernac.cl/docs/ley_del_consumidor_revisado.pdf]
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio Cesar. *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*. *Revista Chilena de Derecho*. V. 33. N. 1. Santiago, 2006 [En línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100007&script=sci_arttext] [Consultada: 22 de Noviembre 2010].
- LEVEN, David C. “Our Drug Have Failed – So Where Is The Desperately Needed Meaningful Reform?” 28 *Fordham Urb. L. J.* 293, October 2000.
- LIBEDINSKY TSCHORNE, Mario, *Discurso de inauguración año judicial 2005*, Santiago, Chile, 1 marzo de 2005. En el título: Posibilidad de facultar a la Corte Suprema para iniciar leyes.

- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. La democracia mediática: La legislación Parlamentaria y los Medios de Comunicación. En MENDEZ, Aurelio et al. La proliferación legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho. Thomson Civitas. España. 2004.
- LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. Primera edición en Español. México, Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1983.
- MAQUIAVELO, Nicolás. El príncipe. Editorial planeta, Santiago, Chile. 2003.
- MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco. El árbol del conocimiento. Editorial Universitaria, 17^{ta} edición, Santiago de Chile, 2005.
- MENÉNDEZ. Aurelio, “Et Al” La proliferación legislativa: Un desafío para el Estado de Derecho. 1era Edición. España, Editorial Thomson Civitas, 2004.
- MERRYMAN, John Henry, Sistemas legales en América latina y Europa. Fondo de cultura económica, Primera reimpresión Chile, 1995.
- MONTESQUIE, El Espíritu de las Leyes. Francia. 1748.
- MORA-DONATTO, Cecilia. Teoría de la legislación. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Colombia. 2003.
- MORENO, Francisco. El noble experimento de la ley seca. Liberalismo. año 2009. [En Línea] [<http://www.liberalismo.org/articulo/431/53/noble/experimento/ley/seca/>]. [visitada 10 de Diciembre 2010]
- NAFARRATE, Javier Torres, *Luhmann: la política como sistema*, 1era edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- OELCKERS, Osvaldo y BRONFMAN, Alan. La evaluación de las leyes. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso. 2002.
- ORREGO, Cristóbal, Analítica del derecho justo, la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005.
- ORREGO, Cristóbal. La objetividad del derecho como función de la subjetividad/objetividad del juez. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII. Valparaíso, Chile, 2do semestre 2009.
- PEÑA, Carlos. Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil. en Revista Centro de Estudios públicos, [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 60 año 1995. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- PIZARRO, Wilson, La responsabilidad Contractual en el derecho Chileno. Fundación Fueyo. Universidad Diego Portales, Chile. [En línea] [Consultada: 22 de Noviembre 2010] [www.fundacionfueyo.udp.cl/investigacion/pubpizarro/responsabilidad_contractual.pdf]

- POPIK, Barry “A camel is a horse designed by a committee” Enero, 2010. Disponible en: (www.barrypopik.com/index.php/new_york_city/entry/a_camel_is_a_horse_designed_by_a_committee) [Consultada: 10 Diciembre 2010.]
- RAZ, Joseph, El concepto de sistema jurídico, UNAM, 1986, Traducido por Tamayo, R.
- RAZ, Joseph. Razón práctica y normas. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1991, Traducción Juan Ruiz Manero.
- REVESZ, Richard. El Costo beneficio en el derecho ambiental de los Estados Unidos. [En Línea]. Centro de Estudios Públicos, Santiago, N° 117 Verano 2010. <<http://www.cepchile.cl>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- REYES PONCE, Agustín. Administración de Empresas, Teoría y práctica, segunda parte. Editorial Limusa, Ciudad de México, 2005.
- RIBERA, Teodoro, *El tribunal constitucional y su aporte al desarrollo del derecho*, en revista del Centro de Estudios Públicos, <En Línea> Santiago, N° 34, 1989, p. 211.[citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.cepchile.cl>
- RICCEUR, Paul. Del Texto a la Acción, Ensayos de hermenéutica II, Fondo de Cultura Económica, México., primera Reimpresión 2004.
- SALINERO, Sebastián “Incidencia de la probabilidad de condena en los delitos de robo. Análisis descriptivo y comparado” *Polít. crim. [En Línea]* Vol. 4, N° 8 (Diciembre 2009). [http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A5.pdf] [Consultada: el 10 de Diciembre 2010].
- SANTAMARÍA PASTO, Juan Alfonso. La teoría de la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública N| 68*, año 1972. España.
- SANTANDER, Carmona. La organización Administrativa, Primera parte, Apuntes de clases, (2005) Inédito. Santiago, Chile.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución*, 1era Edición, Madrid, Editorial Labor, 1931.
- SEBASTIÁN, Carlos y SERRANO, Gregorio. Marco Institucional y Productividad en la Economía Española. Madrid. 2009. En línea, visitada el 20 de Diciembre 2010. Calidad Institucional (<http://www.calidadinstitucional.org/uploads/Main/Marco%20Institucional%20y%20Productividad%20en%20la%20Economía%20Española.pdf>)
- SIMONS, Robert L., *Levers of Control: How Managers use Innovative Control Systems to drive Strategic Renewal*, Boston, EE.UU., Harvard business School, 1995.
- SOBREVILLA, David, La concepción Habermasiana del Derecho. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 30 (2007), p563-579. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>> [Consultada: 20 de Mayo 2010].
- SQUELLA, Agustín, “La cultura jurídica chilena: antecedentes, estado actual y proyecciones de una discusión”, en Agustín Squella N. (ed.), *Evolución de la Cultura jurídica Chilena*. Corporación de promoción universitaria. Santiago. Chile. 1994.

- SUAREZ, M. Leonor. El sueño de la codificación y el despertar del derecho. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 29 (2006), p238. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2005.
- TSIMBINOS, Spiros A. "Is Time To Change The Rockefeller Drug Laws?" 13 St. John's J.L. Comm. 613, spring (1999).
- YAÑEZ PÉREZ, Sergio. La evolución del sistema del derecho penal. Cuadernos de política criminal N° 54, Madrid, 1994.
- VALENZUELA CORI, Rodrigo. Conflicto y humanidades, un ensayo sobre argumentación jurídica. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile. 2004.
- VLADEK, David C., Self-correction Mechanisms in the regulatory system. Harvard Journal of Law & Public Policy. Primavera 1996, Vol. 19. Issue 3. Boston.
- VAN CAENEGEM, R.C. Judges, Legislators & Professors, Chapters in European History, Cambridge University press, Cambridge, 1987. Reprinted 2002.
- VEGA, Francisco y ZUÑIGA, Francisco. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional. Teoría y práctica. Estudios Constitucionales. Año 4 n°2, Universidad de Talca, Chile. 2006.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 15-16 (1994), p770. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. DOXA, [En Línea]. Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. núm. 15-16 (1994), p770. [Consultada: 20 de Mayo 2010]. <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA>>
-

Leyes, Reglamentos, autos acordados, anteproyectos y proyectos:

- Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias. Santiago. 1932.
- Boletín N° 7299-07, noviembre 2010. Cámara de Diputados. Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional Con el objeto de establecer comisiones de evaluación o control legislativo. En línea, visitada el 30 de Enero de 2011. (www.camara.cl).
- Código Civil de la República de Chile, 2011.
- Código Procesal Penal de la República de Chile, Santiago, Chile. 2011.
- Código Orgánico de Tribunales de la República de Chile, Santiago, Chile, 2011.
- Constitución Política de la República de Chile, 2011.
- Decreto Ley 211 de 1973, Ley para la libre competencia. En línea: (www.tdlc.cl) visitada el marzo 2011 (telecomunicaciones 3ª).

- Declaración universal de derechos humanos, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>
- Ley Tabaco N° 19.419, Chile, 1995.
- Ley Antitabaco N° 20.105.- del año 2006.
- Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. N°18.918. con las modificaciones del año 2010, Ley 20.447.- (www.leychile.cl) año 2012.
- MATURANA, Cristian. Presentación del anteproyecto del código procesal civil. Revista de Estudios de la Justicia, U. De Chile. N°8 año 2006.
- Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile. Actualizado a Agosto 2012. Valparaíso. En línea visitado 2 de septiembre 2012. (www.camara.cl).
- Reglamento del Senado. Actualizado a marzo 2012. Valparaíso. En línea Visitado 2 de mayo 2012. (www.senado.cl).

Sentencias Nacionales e internacionales:

- LONG, Weil, Braidant, Devolvé y Genevois. Los grandes fallos de la jurisprudencia francesa. Ediciones librería profesional. Bogotá. 2003.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 19-83, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_19.pdf
- Tribunal constitucional, Sentencia Rol N° 43-87, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_43.pdf
- Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 46-87, <En Línea> [citado el 31 de julio 2007] Disponible: http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol_46.pdf
- Tribunal Constitucional Chileno, Rol 53/1988, [En Línea] [<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/556>] [Consultada 10 de Diciembre 2010]
- Tribunal constitucional, Sentencia Rol N°577-2006, p. 3. [En Línea] [citado el 31 de julio 2007] [<http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol0577.pdf>]
- U.S. “The People Of The State Of New York Vs. Imogene Broadie” 37 N.Y.2d 100, 1975, U.S. App.

Artículos de prensa, y sitios institucionales:

- AICL, Las religiones y la donación de órganos, Asociación Internacional de Clubes de leones, Visitado en el marzo 2012, (www.leonisargentino.com.ar/INCUReligion.es.htm)
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la ley 19.947.-, Establece nueva ley de matrimonio Civil, 17 de Mayo 2004, Valparaíso. En línea: (<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19947/HL19947.pdf>). Visitada el 10 de marzo, 2011.

- CABINET OFFICE, Office of Parliamentary counsel. [En Línea] [Visitado: 10 de Diciembre 2010] [<http://www.cabinetoffice.gov.uk/content/office-parliamentary-counsel>] (traducción informal por el autor).
- CÁMARA DE DIPUTADO DE CHILE, Boletín N° 5032-13, Establece la reglamentación opcional de propina de los trabajadores de restaurantes, bares y otros establecimientos a fines. [En Línea] BCN. Chile. [http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2007-05-10.7058048405/5032-13.pdf]
- CÁMARA DE DIPUTADO DE CHILE,. Acerca de. Preguntas y respuestas- Comisiones. Valparaíso, Chile. En Línea: (www.camara.cl/preguntas.aspx) Visitada 30 de Enero 2011.
- CÁMARA DE DIPUTADO DE CHILE, Representantes de Canadá y Francia comentaron sus experiencias con la evaluación de la ley, 9 de marzo 2012, Visitado en línea Marzo 2012: http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=48488
- CÁMARA DE DIPUTADO DE CHILE, Departamento de Evaluación de la Ley, Oficina de Informaciones, 2011, visitada en diciembre 2011, en Línea: <http://www.camara.cl/evaluacionley/default.asp#>
- CÁMARA DE DIPUTADO DE CHILE, Destacan neutralidad política del proceso de evaluación de la ley puesto en marcha por la cámara de Diputados, 12 de marzo 2012, en línea visitado en marzo 2012, sección noticias: <http://www.camara.cl/evaluacionley/default.asp#>
- CÁMARA DE DIPUTADO DE CHILE, Información en el Resumen Estadístico e Índice, Oficina de Informaciones, Cámara de Diputados. Chile. En línea, Visitada el 30 de Enero 2011. (www.camara.cl/camara/media/docs/estadisticas/resumen_10.pdf)
- COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE, Corte Suprema dispone no exigir patente al día a abogados en tribunales. Santiago de Chile 2008. [En Línea] [Consultada: 10/12/2010] [<http://www.abogados.cl/cgi->
- DEPARTAMENTO de Evaluación de ley, Evaluación de la Ley N°20.413, Septiembre de 2011, Cámara de Diputados de Chile, visitada en febrero 2012, (www.camara.cl/camara/media/docs/ley_donacion.pdf).
- DEU. Parlamentarios llaman al gobierno a retomar proyecto sobre seguridad laboral [En línea] Diario Electrónico U. de Chile. [<http://radio.uchile.cl/noticias/87098/>] [Consultada: 22 de Noviembre 2010].
- EMOL, PISA: Pese a mejora, uno de cada tres estudiantes chilenos no entiende lo que lee. Diario El Mercurio. [En línea] Chile. 7 de diciembre 2010. [Consultada el 7 de diciembre 2010] [<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=451483>].
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA. Comisión General de Codificación. Comisión. [En línea] [Visitada: 10 de Diciembre 2010.] [http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_P/1215198247786/Detalle.html]

- NEW YORK CIVIL LIBERTIES UNION, The Rockefeller Drug Law: Unjust, Irrational, ineffective. Marzo 2009, Nueva York. En Línea: (<http://www.nyclu.org/files/Rock.pdf>) Visitada el 30 Marzo 2011.
- Observatorio Parlamentario, Balance anual al poder legislativo año 2010. Corporación Humanas, Primera Edición, Santiago, Chile. 2010.
- RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, <En línea> 22 Edición, España, Real Academia Española, 2001 [citado el 31 de julio 2007] Disponible en Word Wide Web: <http://www.rae.es>
- SENDA, Campaña de prevención de accidentes de tránsito asociados al consumo de alcohol: servicio nacional para la prevención y rehabilitación del Consumo de Drogas SENDA (ex Conace), Septiembre 2011. www.senda.gob.cl video en: www.youtube.com/watch?v=b5ekc37_abmbin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art_1&campo=c_archivo&id=389
- U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. [En Línea] [Visitado: 10 de Diciembre 2010] [<http://www.gao.gov/about/history/>]
- WIKIPEDIA, Trastorno Histriónico de la personalidad. *Creative Commons*. En Línea: (es.wikipedia.org/wiki/Trastorno_histriónico_de_la_personalidad). Visitada 30/01/2011.
- WIKIPEDIA, Biografía de Nicolás Copérnico, Enciclopedia Libre, [En Línea]. <http://es.wikipedia.org/wiki/Nicol%C3%A1s_Cop%C3%A9rnico> [Consultada: 10 de Diciembre 2010].