

ESTUDIO

FERMANDOIS

Lunes 21 de enero de 2019

Minuta Diálogo del Senado

**Estabilidad legislativa y desafección ciudadana:
reflexiones y soluciones**

Arturo Fermandois Vöhringer

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Pontificia Universidad Católica de Chile

- Hemos sido invitados a reflexionar sobre algunas dificultades de los gobiernos democráticos, y en particular sobre la “desafección, desconfianza y escasa valoración del aporte y rol de las instituciones democráticas en la vida nacional”. Como dice la convocatoria a este diálogo, el Congreso no está exento de estas críticas y cuestionamientos.

El asunto, es, por supuesto, de una enorme importancia.

- Este momento de cuestionamiento en todo el mundo ha generado perplejidad. Es lo que ocurre en Estados Unidos con la elección de Donald Trump, en Reino Unido con el Brexit, y en Europa continental con el auge de los llamados movimientos “populistas”, que cuestionan a los partidos e instituciones tradicionales (como el Alternativa para Alemania [AfD] en Alemania, el Frente Nacional en Francia, la Liga del Norte y el Movimiento Cinco Estrellas en Italia, Podemos en España, además de los gobiernos de Polonia y Hungría) . En todo el mundo se discute hoy este problema. Este coloquio es un reconocimiento a la dificultad y complejidad del asunto.

- El problema del descredito y cuestionamiento a las instituciones nos parece reciente, pero en realidad es un problema antiguo en el pensamiento constitucional. Por eso, en un momento como este me parece fundamental buscar luces en los textos clásicos de esta disciplina. Para abordar la inquietud que se nos propone, un texto especialmente útil es “El Federalista” de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay (libro del que, a partir de este mes, contamos con la primera traducción chilena, presentada recientemente por Carolina Tohá y Gonzalo Blumel).
- El Federalista es una colección de ensayos de sus autores, con ocasión del debate sobre si se debía ratificar o no la Constitución norteamericana de 1787. Los autores son destacados estadistas. James Madison sería el cuarto Presidente de Estados Unidos. Alexander Hamilton creó el sistema financiero de ese país y fue el primer Secretario del Tesoro. John Jay fue gobernador de Nueva York y Presidente de la Corte Suprema. En “El Federalista” asumen la tarea de explicar y defender la constitución norteamericana -una Constitución que establecería un sistema de gobierno radicalmente innovador-. Recordemos que estamos hablando de la primera Constitución escrita y de la primera democracia moderna.
- La reflexión de El Federalista hoy es muy pertinente porque ocurre en un contexto que tiene similitudes relevantes con el momento de cuestionamiento que estamos viviendo hoy. Recordemos que El Federalista se escribe en un momento de enorme escepticismo respecto de las autoridades del Estado. Principalmente por dos razones:
 - Recordemos las trece colonias se unirían en lo que hoy llamamos los Estados Unidos, pero que lo hacían con mucha duda y precaución respecto al sometimiento a una autoridad nacional.
 - Los esfuerzos anteriores de unificación habían fracasado. (Artículos de la Confederación)

Así, se entiende que en ese contexto preocupaba especialmente a los padres fundadores poder legitimar instituciones democráticas en un momento de cuestionamiento.

- El Federalista da cuenta de la habilidad con la que se abordó esa preocupación y da un diagnóstico muy agudo y realista respecto de que factores inciden en la credibilidad de las instituciones.

- Querría destacar uno de esos factores que en El Federalista es de especial relevancia y que es poco mencionado en nuestra discusión pública. Me refiero a la preocupación del Federalista por la **estabilidad**.
- El Federalista nota que, pese a sus muchas virtudes, hay un problema en el gobierno democrático representativo. El problema es que al haber elecciones frecuentes cambian las autoridades y con el cambio de las autoridades cambian también las “opiniones” de las autoridades. El cambio en las opiniones de las autoridades puede llevar a un cambio en las leyes y en las políticas que hacen esas mismas autoridades. En esto hay un costo, que lo expresa así El Federalista:

“un constante cambio de medidas, aunque sean buenas, atenta contra todo sentido de prudencia y toda posibilidad de éxito. Este aserto puede ser comprobado en la vida privada, pero resulta todavía más justo e importante cuando se trata de los asuntos nacionales.”
- El Federalista detecta varios problemas asociados a la inestabilidad. En el ámbito de la política exterior un país cuya legislación y políticas no son estables no va a ser tomado en serio. Pero más importante todavía son los efectos internos de la inestabilidad. El Federalista dice que la inestabilidad “*envenena las virtudes de la libertad misma*”. Aquí está en juego la vieja idea del Estado de derecho de que las personas deben ser gobernadas por leyes y no por individuos. El problema es que cuando la ley cambia constantemente, se hace imposible confiar en ella y, por lo tanto, guiarse por ella.
- Otro problema de la inestabilidad política y jurídica para El Federalista es el daño que causa a la prosperidad económica. Así, dice lo siguiente:

“¿Qué comerciante prudente arriesgaría su fortuna en cualquier área nueva del comercio, si es que sabe que su plan puede quedar fuera de la ley antes de que pueda ejecutarlo? ¿Qué granjero o industrial tomará riesgos para responder a los estímulos entregados a tal o cual cultivo o producto, si no tiene seguridad alguna de que sus preparativos y avances no lo convertirán en víctima de un Gobierno inconstante? En una palabra, ningún avance o emprendimiento valioso puede desarrollarse si no se cuenta con un sistema estable de políticas nacionales.”
- Todos estos males de la inestabilidad legislativa de los que habla El Federalista son muy graves. Todos apuntan a temas de gran importancia: el prestigio internacional, el estado de derecho y la prosperidad económica. Pero en realidad ninguno de estos es el mal más grave que se sigue de la inestabilidad legislativa.

Hay uno que para El Federalista es aun más dañino que todos estos que ya son muy importantes. ¿Saben cual es para El Federalista el peor de todos los males de la inestabilidad legislativa y política?

- Es precisamente el que nos convoca en esta ocasión. La más grave consecuencia de la inestabilidad política es el desprestigio de las instituciones. Así lo explica Madison en el ensayo N° 62:

(LITON) “el efecto más deplorable de todos [de la inestabilidad legislativa] es la disminución del apego a la reverencia que asalta los corazones del pueblo frente a un sistema político que muestra tan poca solidez y traiciona tantas buenas esperanzas. Ningún gobierno, al igual que ningún individuo, será respetado por mucho tiempo, si es que no es realmente respetable. Y no será realmente respetable, si es que no posee un cierto grado de orden y estabilidad.”

- Por supuesto que los cambios constantes de las políticas van a producir un cierto descrédito. El cambio constante refleja una cierta incoherencia, una falta de capacidad de proyectar en el largo plazo. Cambiar leyes que recién se adoptaron implica al menos admitir al ciudadano que hubo un error importante (u otro vicio), lo que redundará en la pérdida de confianza en la capacidad de las instituciones que adoptaron esas leyes. Hay toda una literatura reciente que enfatiza la enorme importancia de la ley para realizar exigencias de justicia básica como el respeto a los derechos fundamentales y a los derechos humanos,¹ entre otras cosas porque la ley es un instrumento que da estabilidad -siendo la estabilidad uno de los elementos centrales de un sistema jurídico “en forma”, como lo han enfatizado algunos de los más destacados teóricos del derecho (como es el caso de Lon Fuller, John Finnis, y Joseph Raz). La ley aspira a tener más estabilidad que un voto.
- Por eso la pérdida de estabilidad es un asunto muy grave que afecta el buen funcionamiento y prestigio de las instituciones. Ejemplos de esto en Chile estamos teniendo bastantes. Por ejemplo:

¹ Webber, Yowell, et. al. *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (Cambridge University Press 2018).

- Reforma tributaria: los tres últimos gobiernos han realizado o aspiran realizar reformas tributarias sustanciales.²
- Educación: estamos viendo cambios legislativos frecuentes en temas como selección escolar³.
- Reforma laboral y grupos negociadores
- Pesca: se estableció toda una nueva institucionalidad el 2013⁴ y hoy, por razones mejores o peores, está avanzando rápidamente un proyecto de reforma sustancial, e incluso se ha propuesto anularla.

En materia constitucional económica:

- El Royalty a la minería

En materia administrativa:

- Derogaciones, anulaciones, invalidaciones, retiros de actos administrativos desde la CGR
- Materia urbanística
- Telecomunicaciones: adjudicaciones de espectros
- Autorizaciones ambientales

Las leyes no conversan entre ellas!

Cualesquiera que sean los méritos de estos cambios específicos, es importante recordar el punto de El Federalista: los cambios de políticas en plazos breves y en materias importantes desgastan la credibilidad de las instituciones.

- Entonces, el problema que tiene aquí en mente El Federalista es el siguiente: Por un lado, tiene un inmenso valor que las autoridades sean electas en elecciones frecuentes, libres y abiertas. Por otro lado, las elecciones frecuentes, que tanto valora

² El año 2012 se promulga la ley 20.630 la cual “Perfecciona La Legislación Tributaria Y Financia La Reforma Educacional”. El año 2014 se promulga la LEY 20.780 que viene a introducir la “Reforma Tributaria Que Modifica El Sistema De Tributación De La Renta E Introduce Diversos Ajustes En El Sistema Tributario”. El año 2016 se promulgaron 3 leyes modificando la ley 20.780. Hoy existe un nuevo proyecto de reforma tributaria.

³ Recordemos la Ley N° 20.845 de “Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado”, así como el proyecto sobre “Admisión Justa” enviado por el Ejecutivo al Congreso el 10 de enero de este año.

⁴ Ley 20.657. La ley recibió un amplio respaldo: 71 diputados votaron a favor, 30 en contra, 12 se abstuvieron- En el Senado 23 senadores votaron a favor, 7 en contra y 4 se abstuvieron.

El Federalista, producen cambios en las personas que gobiernan y, por lo tanto, pueden ser fuente de inestabilidad, con todos los males que esa inestabilidad conlleva.

- El Federalista encontró una solución a este problema. ¿Cuál es esta solución a este problema central del gobierno democrático? La respuesta del Federalista se puede resumir en una palabra: **SENADO**.
- Para asegurar la razonable estabilidad del gobierno es importante generar una segunda cámara, cuyos miembros duren más tiempo en el cargo y que, por lo tanto, están llamados a adoptar una mirada más de Estado, más experimentada y de largo plazo. Esa es la solución de El Federalista (Federalista 62) para el problema de la inestabilidad y del desprestigio institucional que aquella conlleva.
- Dijimos que el problema del descredito y cuestionamiento a las instituciones nos parece reciente, pero en realidad es un problema antiguo en el pensamiento constitucional. Hemos visto que en el origen de la democracia representativa moderna en el Estados Unidos de fines del s..XVIII se concibe la existencia de una segunda cámara elegida democráticamente (no de patricios, ni de lores, sino de representantes) precisamente para que dé estabilidad al sistema, y, de esta forma, credibilidad y legitimidad. En tiempos como los de hoy, este rol institucional es fundamental e insustituible. La desafección que vemos en múltiples democracias en el mundo, sobre la que se nos ha llamado a discutir hoy día, exige recordar este importante y noble rol institucional del Senado.

Minuta Diálogo del Senado

**Estabilidad legislativa y desafección ciudadana:
reflexiones y soluciones**

Arturo Fermandois Vöhringer

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Pontificia Universidad Católica de Chile

Lunes 21 de enero de 2019

- Vocativos
- Saludo a los asistentes
- Título de los Diálogos: *"Desafección, desconfianza y escasa valoración del aporte y rol de las instituciones democráticas en la vida nacional"*.

1. Tesis de la presentación: *"La estabilidad legislativa es un elemento relevante en el afecto y confianza hacia el Congreso Nacional por parte de la ciudadanía"*.

2. Diagnóstico:

- a. La desafección, desconfianza, escasa valoración del rol legislativo
- b. Las demandas de la ciudadanía al Estado y su parlamento, crecientes en número, instantáneas en tiempo, multidimensionales en temas, incrementales en magnitud, prolijas en su diseño, etc.

- c. La necesidad imperiosa de fortalecer la confianza e interacción con la ciudadanía, recuperando el prestigio de la ciudadanía.

3. Una primera posible solución: ¿más democracia directa?

a. Problemas que detecta la literatura comparada

- Tiranía de la mayoría. Derechos de las minorías.
- Matices del proceso legislativo
- Accountability
- Falta de agenda pública de representantes
- Manipulación de plebiscitos.
- Normas más defectuosas.

b. Conclusión: camino errado.

4. Un elemento valioso de solución: estabilidad, consensos, moderación, permanencia en los grandes marcos regulatorios.

a) **Diagnóstico – elemento adicional:** mutación continua de la ley.

- Alternancia política frecuente.
- Inestabilidad de bases electorales
- Pretensión frecuente de macroreformas sectoriales por gobiernos.
- Aprobación de leyes por mayorías febles.
- Asimetría de leyes en el tiempo. Discordancia.

b) Resultado: cuadro generalizado de incertidumbre.

- Conducta legislativa más errática
- Ensayo y error en políticas públicas
- Percepción de improvisación.
- Permeabilidad al mundo legislativo.

c) Ejemplos:

- Reforma tributaria: los tres últimos gobiernos han realizado o aspiran realizar reformas tributarias sustanciales.¹
- Educación: Inclusión y selección. Cambios legislativos frecuentes en temas como selección escolar².
- Reforma laboral y grupos negociadores.
- Pesca: se estableció toda una nueva institucionalidad el 2013³ y hoy, por razones mejores o peores, está avanzando rápidamente un proyecto de reforma sustancial, e incluso se ha propuesto anularla.
- El Royalty a la minería

En materia administrativa:

- Derogaciones, anulaciones, invalidaciones, retiros de actos administrativos desde la CGR
- Materia urbanística
- Telecomunicaciones: adjudicaciones de espectros
- Autorizaciones ambientales.
-

Las leyes no conversan entre ellas!

d) La literatura:

¹ El año 2012 se promulga la ley 20.630 la cual “Perfecciona La Legislación Tributaria Y Financia La Reforma Educacional”. El año 2014 se promulga la LEY 20.780 que viene a introducir la “Reforma Tributaria Que Modifica El Sistema De Tributación De La Renta E Introduce Diversos Ajustes En El Sistema Tributario”. El año 2016 se promulgaron 3 leyes modificando la ley 20.780. Hoy existe un nuevo proyecto de reforma tributaria.

² Recordemos la Ley N° 20.845 de “Inclusión Escolar que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado”, así como el proyecto sobre “Admisión Justa” enviado por el Ejecutivo al Congreso el 10 de enero de este año.

³ Ley 20.657. La ley recibió un amplio respaldo: 71 diputados votaron a favor, 30 en contra, 12 se abstuvieron- En el Senado 23 senadores votaron a favor, 7 en contra y 4 se abstuvieron.

El Federalista: especial relevancia a la **estabilidad**.

- El Federalista nota que, pese a sus muchas virtudes, hay un problema en el gobierno democrático representativo. El problema es que al haber elecciones frecuentes cambian las autoridades y con el cambio de las autoridades cambian también las "opiniones" de las autoridades. El cambio en las opiniones de las autoridades puede llevar a un cambio en las leyes y en las políticas que hacen esas mismas autoridades.
- En esto hay un costo, que lo expresa así El Federalista:

"un constante cambio de medidas, aunque sean buenas, atenta contra todo sentido de prudencia y toda posibilidad de éxito. Este aserto puede ser comprobado en la vida privada, pero resulta todavía más justo e importante cuando se trata de los asuntos nacionales."
- El Federalista detecta varios problemas asociados a la inestabilidad. En el ámbito de la política exterior un país cuya legislación y políticas no son estables no va a ser tomado en serio. Pero más importante todavía son los efectos internos de la inestabilidad. El Federalista dice que la inestabilidad "envenena las virtudes de la libertad misma". Aquí está en juego la vieja idea del Estado de derecho de que las personas deben ser gobernadas por leyes y no por individuos. El problema es que cuando la ley cambia constantemente, se hace imposible confiar en ella y, por lo tanto, guiarse por ella.

Citas de autores sobre estabilidad como parte del Estado de Derecho Democrático:

- Lon Fuller
- Dansby
- Lord Bingham
- Sunstein y Vermeule

"Argumento que (...) un producto del Estado de Derecho, la estabilidad, una combinación de seguridad y predictibilidad, es uno de los bienes más apreciados del mundo."

DANSBY, W. Joshua. Rule of Law in the United States. Stability is one of the World's Most Valued Commodities. *International and Comparative Law Review*, 2017, vol. 17, no. 1, pp. 147–165.

Fuller argumentaba que *un sistema jurídico podía fallar si se introducían cambios tan frecuentes en las reglas que los sujetos de dichas normas no podrían orientar su acción por ellas*". L. Fuller, *The morality of law* (Yale University Press 1969) p. 39.

Sunstein y Vermeule han sostenido que "con ese problema en mente [el de la estabilidad], el derecho administrativo ha tenido una larga preocupación con la consistencia, en el tiempo, de las decisiones de las agencias, tanto en su potestad para dictar reglas como para adjudicar. Una preocupación relacionada se refiere a la confianza de las partes reguladas, incluyendo (...) a actores económicos que deben planificar inversiones en el largo plazo y otros proyectos en un ambiente regulatorio." Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *"The Morality of Administrative Law"* (2018) 131 p. 1947.

"Por muchas buenas intenciones que se tengan a la hora de legislar, hay que resguardar la estabilidad constitucional del país". Iván Aróstica, *El Mercurio* 1 de Abril de 2018.

La exigencia de estabilidad se relaciona directamente con la exigencia del Estado de Derecho de que la ley sea predecible. Esto era un elemento clave en la caracterización del Estado de Derecho que realizó Lord Bingham, tal vez el jurista más reconocido del Reino Unido, juez de la Corte Suprema hasta 2008. Así, afirmó que "La ley debe ser accesible, y, en la mayor medida de lo posible, inteligible, clara, y predecible" **Lord Bingham, The Rule of Law** (Penguin 2011).