

**Presentación “La ley es una declaración de la voluntad soberana”.  
Diálogo del Senado, El Senado frente a la realidad actual  
Valparaíso, 17 de enero de 2019.**

Christian Viera Álvarez  
Profesor adjunto, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso.

Dice el art. 1 del Código Civil: La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Esta clásica definición de la ley, conocida por todos y uno de los primeros enunciados normativos que un estudiante de derecho memoriza, es de una riqueza profunda y que pocas veces nos detenemos a escharbar en ella. Quisiera quedarme en dos de sus principales notas: la primera, la ley es una declaración de la voluntad soberana; la segunda, manifestada en la forma descrita por la Constitución.

**1. La ley como nuestra fuente del derecho.**

El documento enviado con la invitación parte con una afirmación: “la democracia se encuentra en dificultades en todo el mundo”. Esta afirmación es correcta y no es original de nuestro sistema político. Diagnósticos existen, también, por montones, sin embargo, sólo quisiera detenerme en un punto, porque si la ley es nuestra fuente, en un contexto de democracia representativa, lo que también está en crisis es la representatividad misma.

En mi caso, no entiendo la democracia en términos meramente formales o plebiscitarios. No cabe duda la importancia del sufragio, pero sabemos que los procesos electorales no agotan el sistema. Pisarello encarna con lucidez esta problemática: “lo que se promueve en la mayoría de los casos es una concepción delegativa y plebiscitaria de la democracia reducida a una periódica competición electoral encargada de legitimar la aplicación decisionista de programas que se dirigen a eliminar los controles jurídicos” (Pisarello, 2001, 90). Profundizando la idea, Lovera señala “la democracia representativa resulta posible solo allí donde la autorización va acompañada de un diálogo fecundo entre representantes y representados. El voto solo logra dar cuenta del primero de esos momentos (la autorización), pero es insuficiente para dar cuenta de las complejidades que demanda el diálogo democrático... En efecto, el mecanismo de elecciones es muy tosco (en general votamos respondiendo a eslóganes) e impide que las preocupaciones más específicas sobre una determinada decisión política puedan expresarse” (Lovera, 2015, 114).

Por cierto, si hablamos de representación, es necesario que hagamos una referencia a la opinión pública. Las fuerzas sociales, las clases y los grupos de interés, en su relación con el poder, formulan, generan o provocan pretensiones, tensiones y presiones con

correspondencia a sus fines. Ahora bien, existen tantas opiniones como intereses o ideales que nos unen o dividen. Cuando esas opiniones **adquieren volumen y homogeneidad** en correspondencia con los fines de los grupos sociales, y se expresan políticamente, constituyen estados de opinión pública (Fayt, 1988, 317).

Ahora bien, ¿cómo se expresa la opinión pública? Por supuesto que a través de procesos electorales, pero no se agota en ello. De ahí la importancia que supone el pluralismo político en un contexto de libertad de expresión. Como sabemos, la lucha por el derecho de expresión que caracteriza a la democracia ha devenido en la lucha por el control de los medios de comunicación. En las actuales condiciones, el derecho a participar en la formación de opiniones, pensar y expresar las ideas libremente carece de vigencia, al estar subordinados a tener acceso a esos medios de comunicación. El derecho de hablar, escribir, imprimir libremente, se ha convertido en el derecho a elegir lo que se va a escuchar, lo que se va a oír. Como señalaba Jean Rivero sobre la libertad de expresión, “el derecho de la persona, derecho a una acción que tiene por contrapartida una abstención del poder, se transforma en el derecho a una prestación, que impone al poder una acción positiva para satisfacerla” (Rivero, 1957, 110). En definitiva, la persona en la actualidad se ve obligada a luchar por el derecho a ser bien informado (Fayt, 1988, 327).

Por lo mismo, el desafío y dificultad es lograr conectar la sociedad [movilizada] y voluntad de poder, porque la fuerza que impulsa hacia la naturalización de los procesos sociales es demasiado fuerte y triunfa por el cansancio y desgaste. Por ello, conviene recordar las reflexiones del viejo y clásico Maquiavelo: “Y si alguno dijera que eran procedimientos extraordinarios y casi feroces los de gritar el pueblo contra el Senado, y el Senado contra el pueblo, correr el pueblo tumultuosamente por las calles, cerrar las tiendas, partir toda la plebe de Roma, cosas que sólo espantan a quien las lee, diré que en cada ciudad debe haber manera de que el pueblo manifieste sus aspiraciones, y especialmente en aquellas donde para las cosas importantes se valen de él. Roma tenía la de que, cuando el pueblo deseaba observar una ley, o hacía alguna de las cosas dichas, o se negaba a dar hombres para la guerra [...] Los pueblos, dice Cicerón, aunque ignorantes, son capaces de comprender la verdad, y fácilmente ceden cuando la demuestra un hombre digno de fe” (Maquiavelo, 2008, 17).

Y eso me lleva al punto 2.

## **2. Manifestada en la forma prescrita en la Constitución.**

Dos comentarios se pueden hacer de inmediato a esta afirmación: el primero, que se trata de una referencia al proceso de formación de la ley, el procedimiento nomogenético, pero

también, dado que la ley es una declaración de la voluntad soberana, tal forma de hacer la ley no es cualquiera, sino que reclama un método, a saber, el deliberativo, que a grandes rasgos podríamos señalar que es la intercomunicación dialógica entre las diferentes fuerzas que conviven en un Congreso, en este caso, el Senado.

Sin embargo, aparece un problema: la crisis de la ley. Por de pronto, la virtualidad de la ley se está atenuando al ser cada vez mayor el número de casos en que se negocia fuera del Parlamento – la sede propia de la deliberación – cuando se trata de intereses o materias relevantes y complejas. Al mismo tiempo, su eficacia jurídica es cada vez menor en la medida en que la resistencia a las actuaciones del Estado muestra su incompatibilidad con el libre desarrollo capitalista, unido todo lo anterior al hecho de la cada vez mayor importancia de la potestad reglamentaria en las actuaciones del Estado, especialmente en aquellas que tienen por objeto la colaboración activa de los intereses privados<sup>1</sup>, porque el proceso de formación de la ley es más “ineficiente”. Recordemos, por ejemplo, dos ejemplos recientes que en el Congreso termina siendo un buzón de las decisiones del Ejecutivo: la eventual reglamentación del uso de armas en Brasil o la regulación de la inmigración en el gob. de Trump, siendo esto último cuestionado y paralizado, como política pública, por los Tribunales.

No obstante y reconociendo la crisis, siguen vigentes ciertos principios propios de la ley: su carácter democrático y su eficacia formal (primacía y “preferencialidad”). Su carácter democrático, ya que la ley es manifestación de la voluntad soberana y cuenta con las notas de generalidad, abstracción y coercibilidad, que en clave de voluntad general es fórmula de la libertad, pues es fruto de un Parlamento representativo. La eficacia formal de la ley comprende su primacía, es decir, su fuerza irresistible, ya que las fuentes normativas de inferior rango no pueden contravenirla<sup>2</sup>.

Pero metodológicamente no logramos salvar la objeción que “no se negocia en el Congreso”. Una primera respuesta a esta afirmación podría ser la transparencia y publicidad de las actuaciones legislativas. Y sí, es verdad y tal vez como pocos órganos del estado de Chile y gracias a BCN, no hay Institución más transparente que el Congreso de la República.

---

<sup>1</sup> Cf. CABO MARÍN, C. DE: “Democracia y Derecho en la crisis del Estado social *op. cit.*, p. 71. Sobre la “crisis” de la ley, entre muchos, Cf. RODRÍGUEZ GÓMEZ, E.: “Crisis de la ley”, principios constitucionales y seguridad jurídica”. En: *Universitas*, Nº 3, Universidad Carlos III, Madrid, 2005 – 2006, pp. 23-42; HIERRO, L.: “Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de ley”. En: *Doxa*, Nº 26, Universidad de Alicante, Alicante, 2003, pp. 471 – 474; MARTÍNEZ ROLDÁN, L.: “El Derecho y la crisis de la Ley”. En: *Derechos y libertades*, Nº 13, Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pp. 117 – 123.

<sup>2</sup> Cf. ZÚÑIGA URBINA, F.: “Apostillas: Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (De La Germanización al Practicismo)”. En: *Ius et Praxis*, [online], vol. 7, Nº 2, 1998, pp. 209-257. Advierto que a lo que se ha llamado ‘primacía’, este autor lo denomina “carácter irrefragable”.

Todas, salvo contadísimas excepciones, las actuaciones son públicas. Pero la publicidad y transparencia no resuelve la objeción, que persiste. Por un lado, porque la transparencia es tan alta, que no contamos con las herramientas técnicas para aligerar la información y que esta “baje” a la ciudadanía. En definitiva, en este acceso a la información, unos pocos periodistas de investigación o académicos son los que más uso hacen de los mecanismos de transparencia. Y esto se puede cuantificar: visibilidad de la información, número de visitas, desde dónde, etc, etc. Algo hemos intentado con un grupo de académicos de la región para conectar transparencia, información y democracia, pero aún no logramos implementar por el costo que supone generar esas herramientas de inteligencia artificial.

Pero quisiera insistir: es el Congreso, y en este caso el Senado, el espacio de la deliberación del pueblo. Y aquí veo dos problemas.

La categoría pueblo es un esencialismo complejo. Qué es el pueblo, qué significa el “nosotros”, qué tan nosotros somos los representados, ¿acaso no hay ciudadanos (as) más iguales que otros (as)? Por cierto que sí, y ahí viene todo el tema del poder del dinero en el financiamiento de la actividad política, problema en el cual hemos avanzado como país, seguimos en crisis por deficiencias en la regulación. Pero dejo planteado ese tema.

La misma práctica política del Congreso, y en el mundo, ha llevado a la desconfianza con la Institución. Se percibe que no se decide acá lo relevante para nuestra convivencia. De hecho, utilizando caricaturas, un desafortunado desliz de un antiguo senador ejemplificaba de manera elocuente parte del proceso de formación de la ley, aludiendo a la figura de la cocina y los cocineros.

Y ese espacio oscuro es incontrolado y no se va a resolver con normativas, con ley del lobby porque es una PRÁCTICA POLÍTICA que deviene en costumbre y las costumbres, bien sabemos, tardan en ser mudadas, porque participan de un proceso de naturalización de la realidad y la deconstrucción de las mismas es una disputa agria.

Y para ir finalizando, al Congreso y al Senado en particular le cabe una responsabilidad decidida en el control político del Gobierno, función algo preterida por una distorsión de la categoría consenso y la visión negativa acerca del conflicto. Como siempre señalo en clases, el conflicto es uno de los pilares del régimen democrático, porque tensiona y permite la disputa política. Sin conflicto, todo sería lo mismo y, daría lo mismo la deliberación. Por lo mismo, es necesario el conflicto, traducirlo y generar el debate en torno a él, pero sin invisibilizarlo.

Y el control político es uno de los mecanismos que son expresión del conflicto y aquí voy a seguir a Aragón. Junto con el control social, el control parlamentario es uno de las

más eficaces medios de control político. La defensa de su validez como instrumento de limitación de poder no pasa tanto por la derrota del Gobierno sino que descansa, más que en la sanción directa, en la indirecta, en la posibilidad de crear o fomentar visiones diferentes; más que en derrocar o desgastar al Gobierno, contribuir un paradigma diferente que, quizá en el futuro, pueda llevar a la alternancia del poder. Esta labor crítica, de fiscalización, constituye el significado del control parlamentario (187-189).

Y este control también opera en el proceso nomogenético: “¿puede decirse que aprobar una ley no es llevar a cabo una de las máximas expresiones de la dirección política? Se trata de algo que no puede negarse: la polivalencia funcional de los procedimientos parlamentarios, porque al contrario de lo que se dice con cierta ligereza, en la actividad de control reside la misión primordial de las cámaras, ya que la formación de la ley es, en el presente, más bien una prolongación de la voluntad de los gobiernos que una manifestación de voluntad independiente de los parlamentarios [...] el control resulta imprescindible para la existencia misma del Parlamento, ya que éste lo es en cuanto que es capaz e actuar como cámara crítica y no de resonancia de la política gubernamental” (pp. 190-191).

Y como sucede en el mundo, la falta de protagonismo del Parlamento provoca un vacío en la vida democrática de un país que va a ser llenado por otras instituciones: jueces o medios de comunicación. El desprestigio, por tanto, no significa una falta de valoración de la función sino que, al contrario, se traduce en una expectativa no satisfecha por la comunidad y, ante la falta, otros órganos o instituciones serán los encargados de llevar adelante la función que les es propia. Es cierto que una democracia no puede existir sin prensa libre; un estado de derecho no es tal sin control jurisdiccional. “El problema surge cuando el control social y jurisdiccional sustituyen, casi enteramente, el control del Congreso. En ese caso los ciudadanos tienen muy poco que ganar y la democracia mucho que perder” (204).

Muchas gracias.