

LAS DEBILIDADES DE LA CRÍTICA A LAS SÚPER-MAYORÍAS

[The Weaknesses of Criticism Against Supermajority]

SERGIO VERDUGO*

Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile

RESUMEN

Se examinan críticamente las objeciones que los profesores Guillermo Jiménez, Pablo Marshall y Fernando Muñoz presentaron a la regla excepcional de supermayoría legislativa que ha sido defendida por Sergio Verdugo el año 2012. Las objeciones descansan en una concepción parcial de la democracia y de la igualdad

ABSTRACT

This article is a critical analysis of the objections made by professors Guillermo Jiménez, Pablo Marshall and Fernando Muñoz against the exceptional rule of the legislative supermajority defended by Sergio Verdugo in 2012. Said objections are based on an incomplete concept of democracy and political equality, leading

RECIBIDO el 30 de abril y ACEPTADO el 2 de mayo de 2014

* Máster en derecho (LLM) por la Universidad de California, Berkeley; magister en derecho público por la Pontificia Universidad Católica de Chile; licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad del Desarrollo. Profesor de derecho constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo postal: Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Av. Plaza 680, Las Condes, Santiago. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl Agradezco los comentarios de una versión preliminar de este artículo de los profesores de la Universidad del Desarrollo, Julio Alvear y José Riquelme. Todas las traducciones al castellano de los textos citados que fueron escritos originalmente en inglés, fueron realizadas por el autor de este trabajo.

política, que los conducen a una posición laudatoria de la regla de mayoría; eso impide evaluar el uso de la súper-mayoría de forma instrumental. El autor defiende la idea de que las súper-mayorías legislativas son útiles atendidos ciertos supuestos y bajo ciertos casos.

them to a laudatory position regarding the rules of the majority, which makes it impossible to evaluate the instrumental use of the supermajority. The author stands for the idea that legislative supermajorities are useful in certain assumptions and cases.

PALABRAS CLAVE

Leyes orgánicas constitucionales chilenas – Súper-mayoría – Democracia.

KEYWORDS

Constitutional Chilean organic laws – Supermajority – Democracy.

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo del año 2012, defendí la utilización de una regla legislativa de quórum súper-mayoritaria en algunos casos asociados a las leyes orgánicas constitucionales (en adelante, “loc.s” o “loc”), distinguiendo dos niveles de discusión: uno general, donde se discuten argumentos asociados a la supermayoría en abstracto, y uno especial, por el cual invité a debatir casuísticamente las justificaciones de cada súper-mayoría en particular¹. Si bien el criterio de mayoría simple debe ser la regla general, creo que hay espacios excepcionales para defender la utilización de las súper-mayorías². El año 2013, los argumentos de mi trabajo fueron contestados por un artículo de los profesores Guillermo Jiménez, Pablo Marshall y Fernando Muñoz (en adelante “Jiménez y otros” o “los autores”), quienes rechazaron mi

¹ VERDUGO, Sergio, *Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012), pp. 395-434.

² En este sentido, mi trabajo del año 2012 presenta una evolución respecto de la posición que defendí en un artículo del año 2009, donde sólo argumenté dentro de la dimensión general del debate: VERDUGO, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, en *Actualidad Jurídica*, 20 (Santiago, 2009) 2. Como explicaré más adelante, en el trabajo del año 2012 mi defensa a las súper-mayorías es instrumental y alejada de la posición “de principio” que sostuve el 2009. Como ambos trabajos adoptan perspectivas diferentes, en este artículo sólo defenderé la propuesta del artículo del año 2012. Por esta misma razón, no me haré cargo aquí de otra réplica a algunas de mis ideas, contenidas en la defensa que hice el año 2009. Véase: BUSCH, Tania - QUEZADA, Flavio, *Regla de mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 78 (2013), pp. 139-156.

propuesta³. En términos generales, mis contradictores alegan que las loc.s son contrarias a la democracia y a la igualdad política, y que sólo pueden ser defendidas si se comparte “un sistema de pensamiento conservador, que no cree en la democracia como forma de gobierno y que se siente cómoda con el legado institucional de la dictadura”⁴. Rechazan la propuesta de dividir el debate en dos niveles diferentes (uno general y uno especial), acusando una estrategia dilatoria y empleando diversos argumentos para intentar demostrar que la regla óptima es la mayoría simple y que no puede obviarse el origen autoritario de las loc.s ni la sobrepoblación actual de arreglos institucionales contra-mayoritarios en el sistema constitucional chileno.

En este nuevo trabajo, y junto con agradecer la invitación de Jiménez y otros de visitar el género de la réplica, contestaré sus principales argumentos y defenderé mi posición. Explicaré que los autores entregan razones suficientemente persuasivas como para defender el quórum legislativo de mayoría simple como regla general (cuestión que comparto), pero que aspira a utilizar esos argumentos generales para eliminar las excepciones sin debatirlas realmente. Argumentaré que utilizar sólo la dimensión general del debate para producir un efecto absoluto (utilizar la regla de mayoría simple en todos los casos) trae consecuencias perversas difíciles de conciliar si se comparten algunos supuestos del constitucionalismo y si se cree que las Constituciones tienen por objeto limitar el poder de las mayorías. Por eso, atendida la naturaleza de los argumentos presentados por mis contradictores, en realidad el debate que ellos plantean tiene que ver más con la concepción que se tiene acerca de la democracia, la igualdad política y el constitucionalismo, que con las bondades o defectos de un arreglo institucional específico. Por lo mismo, en este trabajo no sólo re-construiré mi posición argumentativa sostenida el año 2012, sino que también sugeriré que los supuestos teóricos de Jiménez y otros son parciales. Si bien ello no demuestra necesariamente que dichos supuestos estén equivocados, al menos sugiere que sus argumentos están condicionados por una visión parcial del sistema político, la que les transmite sus defectos.

En la sección siguiente (II), explicaré la razón por la cual es legítimo eludir el problema del origen autoritario de las loc.s en el debate constitucional actual. Si este punto no se aclara, estaremos discutiendo en dimensiones diferentes del problema. Luego (III), demostraré que la concepción democrática de los autores descansa en una visión parcial de la democracia (la mayoritaria), lo que reduce la importancia de su crítica (aunque no la invalida completa-

³JIMÉNEZ, Guillermo - MARSHALL, Pablo - MUÑOZ, Fernando, *La debilidad de las súper-mayorías*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 41 (2013), pp. 359-393.

⁴JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 361.

mente). Como explicaré, muchos argumentos se presentan de forma descontextualizada y contradictoria, y sin considerar algunos aspectos importantes tanto en el diseño institucional como en la teoría constitucional. En seguida (IV), acusaré algunos problemas que se observan en la doctrina sobre igualdad política que Jiménez y otros utilizan como supuesto, la que inevitablemente le transmite defectos importantes a la propuesta final de los autores (que todo esté sujeto a mayorías simples). Ambos puntos anteriores (la visión parcial de la democracia y los defectos en la doctrina de igualdad política que utilizan) llevan a los autores a defender una posición ingenua respecto de las mayorías, como explicaré. Esta ingenuidad se hace más fuerte cuando no se considera la literatura sobre los defectos de la regla de mayoría. Si bien las posiciones ingenuas pueden ser válidas cuando se discute en abstracto un problema del sistema político, las mismas son inaceptables cuando ellas tienen la pretensión de entregar una receta institucional específica. Diré que si el trabajo de Jiménez y otros es interpretado como un aporte a la teoría política, debe ser bienvenido, discutido en su mérito y considerando su pretensión abstracta. Pero si dicho artículo es interpretado como una propuesta institucional concreta, al no hacerse cargo de los problemas que trae, debería ser rechazado. A continuación, explicaré que mi posición respecto de las súper-mayorías es instrumental a fines múltiples, y tiene una aspiración relacionada con el diseño institucional que hoy se discute por expertos y dirigentes políticos. El trabajo de mis contradictores, sin embargo, utiliza argumentos parciales de principio con los que aspiran a impedir la consideración de los fines múltiples que propuse discutir a nivel de justificaciones especiales. Esto, como explicaré, tiene un impacto en la discusión de cuestiones importantes relacionadas, como la organización de nuestro sistema presidencial y la relación dinámica entre distintos dispositivos contra-mayoritarios (donde los autores ven una sobrepoblación). Finalmente (V), concluiré sintetizando las razones por las cuales el trabajo de Jiménez y otros debe ser rechazado. No sólo confunden algunas dimensiones del debate, sino que fracasa en construir una propuesta institucional integral. Las consecuencias de los supuestos que mis contradictores defienden de manera absoluta, son a mi juicio inaceptables en el contexto de una discusión de propuestas institucionales.

II. LA CRÍTICA AL ORIGEN AUTORITARIO DE LAS LEYES ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES

Jiménez y otros critican el hecho de que en mi trabajo no tome en consideración la crítica política que se suele hacer al origen autoritario de las loc.s, creados bajo la Constitución de 1980⁵ (modificadas en su quórum en 1989

⁵JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), pp. 367-370.

y expandidas gracias a reformas constitucionales sucesivas en democracia⁶). Aunque el ejercicio de discutir las loc.s en abstracto les parece “teóricamente interesante”⁷ (en lo que estamos de acuerdo), señalan que “(...) la discusión en Chile es contextualizada e histórica, no abstracta y atemporal. Por eso, los argumentos de Verdugo no son pertinentes para la discusión chilena, salvo que se entiendan como argumentos sobre cómo deberíamos diseñar el régimen de adopción de legislación en una nueva Constitución. Pero ese no parece ser el propósito de Verdugo”⁸. En seguida, Jiménez y otros sostienen que esta visión posee un sesgo “conservador” al favorecer un status quo que les parece “inaceptable”⁹. Luego, agregan que la mayoría de las loc.s no fueron aprobadas por súper-mayorías, sino en un contexto autoritario donde el proceso legislativo no era democrático¹⁰.

Mis contradictores tienen razón en señalar que en Chile la discusión se ha dado normalmente de manera contextualizada, vinculada a los intereses tanto de los redactores de la *Constitución* de 1980, como también al de sus críticos. Donde se equivocan mis contradictores, es en señalar que mis argumentos son impertinentes. En el debate chileno hay espacio para ambos debates: *i*) uno político asociado a la crítica de origen (que es el que impulsa el cambio constitucional); y *ii*) otro asociado a las bondades y defectos de los arreglos institucionales vigentes y por modificarse. Ambos debates son valiosos e importantes, y siguen fines distintos. Sin embargo, mi línea de investigación se asocia más al segundo que al primero, y es en esa perspectiva que desarrollé mi trabajo del año 2012.

Esta perspectiva es útil tanto para evaluar las instituciones vigentes, como para hacer propuestas de cambio, razón por la cual la misma ha sido defendida incluso en el contexto de un artículo de un autor (Patricio Zapata) que comparte con Jiménez y otros la necesidad de un cambio constitucional: “Es de toda lógica preservar aquellas instituciones y fórmulas que han demostrado ser útiles. Esta consideración no puede excluir, me parece, aquellas instituciones incorporadas por la propia *Constitución* de 1980 y que concitan un juicio positivo (pienso, por ejemplo, en el recurso de protección, el ballottage

⁶ En mi trabajo anterior, hice una lista de siete loc.s creadas mediante reformas constitucionales hechas en democracia. Véase: VERDUGO, Sergio, cit. (n. 1) pp. 398-399. Este hecho no elimina la denuncia al origen autoritario del resto de las loc.s, pero al menos permite dejar fuera de esta crítica a varias materias, y sirve para mostrar que los legisladores, en democracia, han estimado que la súper-mayoría ha sido útil para los fines específicos que se consideraron en cada una de esas oportunidades.

⁷ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 368.

⁸ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 368.

⁹ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 368.

¹⁰ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 369.

o segunda vuelta, la autonomía del Banco Central, el reforzamiento de la independencia del Poder Judicial, etc.)”¹¹.

Como puede observarse, las razones que justifican defender algunas instituciones de la *Constitución* de 1980 no suponen necesariamente una defensa política de sus redactores ni del status quo que ellos crearon (ni vuelve a su autor un “conservador”)¹², salvo que se piense que el trabajo de Zapata defiende el status quo del constituyente de 1980¹³. Si bien la idea de que la regla de súper-mayoría deja en una posición ventajosa a quien defiende al status quo (afectando la igualdad política respecto de aquellos que defienden una agenda de cambios institucionales¹⁴), ello no debe obstar a una discusión más abstracta acerca de las justificaciones especiales para fundamentar una regla de súper-mayoría en casos excepcionales. En esta perspectiva, si se quiere evaluar el carácter democrático de los arreglos institucionales, hay que discutir sus ventajas y desventajas especiales; y en este sentido hay algunas súper-mayorías cuyos fines son a mi juicio compatibles con la democracia (la imparcialidad en la elaboración del sistema electoral y del proceso legislativo, por ejemplo), y otras cuyas justificaciones son más dudosas. Algunas de ellas tienen fines derechamente contra-mayoritarios (Tribunal Constitucional y Contraloría, por ejemplo), y su justificación descansa en razones ajenas a la democracia mayoritaria (como la independencia institucional en el control del poder). ¿Son valiosas estas otras razones? Si estos fines son o no democráticos, dependerá del concepto que se tenga de democracia. El problema de tratar esta materia desde la exclusiva vereda de la crítica política al origen autoritario, es que no permite analizar en su mérito los arreglos institucionales que se evalúan o proponen.

¹¹ ZAPATA, Patricio, *La Nueva Constitución y el bien común*, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador), *Nueva Constitución y momento constitucional* (Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2014), pp. 112-113.

¹² Por lo demás, muchas instituciones no fueron creadas originalmente por el constituyente de 1980, sino que tienen un origen chileno anterior (y también en ideas importadas desde sistemas constitucionales extranjeros). Aunque el caso de las loc.s no es éste (ellas fueron importadas desde Francia con importantes modificaciones –entre ellas, la elevación del quórum), es importante precisar este punto, ya que la crítica de Jiménez y otros se dirige a quien intente preservar el status quo de la *Constitución* de 1980 en términos generales.

¹³ En su trabajo, Patricio Zapata se refiere al denominado “problema constitucional” y adhiere a la idea de dictar una nueva constitución que reemplace a la vigente. Cabe hacer presente que el propio autor reconoce un cambio de posición respecto de otro trabajo de él donde aseguraba que la reforma de 2005 había corregido los problemas de legitimidad de la *Constitución*. Véase: ZAPATA, Patricio, cit. (n. 11), p. 83.

¹⁴ Este argumento está tomado de Sadurski, y es usado por JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 365.

III. CONCEPCIÓN PARCIAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL CONSTITUCIONALISMO

Jiménez y otros deciden argumentar sobre la base de la democracia y de la igualdad política, dejando de lado otras consideraciones como las que provienen desde la teoría de la justicia¹⁵. Sin perjuicio de que esa sola circunstancia ya es suficiente como para reducir los espacios donde su argumento puede ser útil, aceptaré por ahora la perspectiva puramente democrática e igualitaria del debate. Lo primero que hay que decir es que, incluso dentro de estas aristas del problema (la democracia y la igualdad), los argumentos de Jiménez y otros deben ser considerados como parcializados y, en algunos casos, equivocados.

Como ya expliqué, ellos argumentan que en una democracia la regla por defecto es la de la mayoría simple (en lo que tienen razón) y que los críticos de las súper-mayorías son defensores de esta regla de quórum legislativo¹⁶. Sin perjuicio de que esta idea no es suficiente para rechazar las súper-mayorías (su argumento todavía no destruye las excepciones a la regla general de mayoría simple), es importante detenerse en la manera como elaboran esta idea, ya que ella adolece de defectos que demuestran que la concepción de Jiménez y otros responde a una doctrina parcializada de la democracia. Si bien el análisis que realizaré no refutará completamente esa doctrina (no es este el lugar para hacerlo), me interesa demostrar que, en realidad, el debate que los autores plantean requiere de una discusión previa consistente en el tipo de democracia que se defiende. Ello le quitará importancia a su argumento. La concepción de la democracia de Jiménez y otros descansa en algunos autores que citan. Sus fuentes primeras consisten en dos autores extranjeros (Dahl y Waldron) y en uno chileno (Sierra), el que a su vez se sustenta en otro autor extranjero (Böckenforde)¹⁷.

En esta sección, demostraré en primer lugar (1) que los autores extranjeros citados defienden una visión especial y parcial de la democracia (que denominaré *mayoritaria*), que es hostil a los dispositivos contra-mayoritarios en general, aunque no queda clara la posición de los autores frente a ellos. Dividir la crítica contra las loc.s de la crítica general contra el resto de los dispositivos contra-mayoritarios es un esfuerzo necesario que Jiménez y otros no superan con éxito. En segundo lugar (2), haré presente que el formalismo presente en la idea de Lucas Sierra, que los autores citan, unido a la descontextualización

¹⁵ El mismo Rawls, por ejemplo, ha entrado en la discusión de las súper-mayorías. Véase: RAWLS, John, *A Theory of Justice* (Cambridge MA, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971), pp. 356-363.

¹⁶ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), pp. 362-363

¹⁷ *Ibid.*, pp. 362-363.

de la cita a Böckenforde, le impiden a mis contradictores entrar al debate sobre las justificaciones especiales, razón por la cual su rechazo a las mismas no debe ser aceptado. En tercer lugar (3) daré a conocer brevemente algunas concepciones de la literatura que son incompatibles con lo que Jiménez y otros plantean, lo que si bien no elimina su argumento, demuestra que el mismo no es compartido por todos quienes se dicen demócratas. Las concepciones alternativas son tantas y tan importantes, que no debieran estar ausentes en esta parte abstracta del debate.

1. *Democracia y dispositivos contra-mayoritarios.*

Debido a las fuentes que utilizan y a los argumentos que citan, Jiménez y otros parecen suscribir una concepción de la democracia que denominaré como mayoritaria. Esta no es la única concepción existente respecto de la democracia (cuestión que trataré en el punto 3 de esta sección), aunque probablemente es la más hostil a la existencia de límites al poder. Ello queda de manifiesto cuando Jiménez y otros sustentan su argumento en una defensa de la mayoría simple que consideran “clásica”, de Robert Dahl¹⁸ y en la idea de que la regla de mayoría es la que mejor favorece la igualdad política de los ciudadanos (me referiré al punto de la igualdad política en la sección II), de acuerdo a lo que expresara Jeremy Waldron¹⁹. Consideran que la regla de mayoría es valiosa en sí misma, y por consiguiente evitan entrar al debate instrumental (al que me referiré en la sección VI). Tal vez debido a que ni la defensa de (a) Dahl ni el argumento de (b) Waldron tienen su origen en estos autores, es que Jiménez y otros no analizan el problema de forma completa ni consideran las consecuencias de las visiones mayoritaristas de los autores que citan. Examinemos ambas fuentes por separado. Después de ello, explicaré (c) la razón por la cual el mayoritarismo no tiene por qué ser necesariamente hostil a las súper-mayorías.

a) La defensa que consideran clásica en Dahl proviene de una tradición rousseaueña anterior y, aunque en realidad Dahl desarrolla el punto sólo en uno de los libros que citan²⁰, Jiménez y otros eluden mostrar la tesis completa

¹⁸ *Ibid.*, p. 362.

¹⁹ *Ibid.*, p. 363.

²⁰ En su texto sobre igualdad política, Dahl relaciona la regla de mayoría con la igualdad, el mismo autor decide no profundizar el problema diciendo “no intentaré justificar la regla de mayoría excepto para decir que no existe otra regla que sea consistente con el supuesto de que los ciudadanos tienen derecho a ser tratados como políticamente iguales”. Véase: DAHL, Robert A., *On Political Equality* (Yale University Press, 2006), p. 15. En realidad, el libro de Dahl que debe ser discutido aquí es el primero que Jiménez y otros citan, en su capítulo 10: DAHL, Robert, *Democracy and its Critics* (Yale University Press, 1989), pp. 135- 152.

del autor, incluyendo el análisis que hace de los problemas asociados a la regla de mayoría (que desarrollaré brevemente en la sección V)²¹. No obstante, lo más grave de la referencia de Jiménez y otros a Dahl, es que si bien él parece estar en contra de la regla súper-mayoritaria en términos generales (de hecho, resume sus objeciones)²², Dahl la admite en ciertos casos excepcionales que describe. No sólo las súper-mayorías son útiles para resolver algunos problemas de la regla de mayoría simple²³, sino que, agrega: “Una solución podría ser combinar las ventajas de la regla de mayoría con las posibilidades de las súper-mayorías utilizando la regla de mayoría como primer y último recurso. Los miembros pueden decidir por adelantado, por regla de mayoría, que en ciertos casos la súper-mayoría será requerida. Estos casos deben incluir materias especiales de grandes consecuencias y explosividad, tocando por ejemplo la perduración de la lengua o las diferencias religiosas; y también deben incluir los casos de votos cíclicos, si y cuando estos sean detectados. Pero la decisión de qué materias requerirán una súper-mayoría, tendría que ser tomada por regla de mayoría”²⁴.

No es ésta la única oportunidad en que Dahl se pronuncia respecto de las súper-mayorías. En efecto, en otro texto (que Jiménez y otros también omiten), Dahl dice que la súper-mayoría puede justificarse en un principio explícito que debe ser en sí mismo justificable²⁵ (lo que es a mi juicio compatible con la idea de las justificaciones especiales para la súper-mayoría); y valora el hecho de que las mayorías no pueden violar algunos principios y procesos democráticos²⁶ (con lo que, a mi juicio, se abre espacio a la súper-mayoría en esos ámbitos), entre otras consideraciones.

Si bien el argumento de Jiménez y su cita sirven para explicar la regla de mayoría simple en términos generales, no son útiles para hacerse cargo de las excepciones que una de sus principales fuentes defiende. Y ello es así, como explicaré, porque incluso los mayoritaristas, han tradicionalmente reconocido la legitimidad de límites al poder. Es lamentable, no obstante, que los autores omitan lo anterior.

Es importante hacer presente que, no obstante lo dicho en los párrafos precedentes, la tesis de Dahl en relación a la defensa de la mayoría simple, no puede separarse de un mayoritarismo que es normalmente contrario a los límites al poder. De esta forma, así como Dahl rechaza parcialmente

²¹ DAHL, Robert, *Democracy*, cit. (n. 20), pp. 144-152.

²² *Ibid.*, pp. 153.

²³ *Ibid.*, pp. 153.

²⁴ *Ibid.*, pp. 154.

²⁵ DAHL, Robert, *How Democratic is the American Constitution?* (New York, Yale University Press, 2003), p. 165.

²⁶ *Ibid.*, pp. 165-166.

las súper-mayorías (lo que podría ser aplicable también a los quórum constitucionales)²⁷, también rechaza el control de constitucionalidad²⁸. En este punto Dahl es coherente: rechaza los límites a la regla de mayoría aunque esto lo deje en una posición probablemente minoritaria. No es este el lugar para evaluar las bondades o defectos de la tesis de Dahl. Sólo basta con mostrar que ella no es la que ha seguido nuestro país ni una buena parte de las democracias constitucionales en el mundo desde que existe el control constitucional. Ello no elimina el argumento de Dahl, por cierto, pero sirve para acreditar no sólo que la concepción de Jiménez y otros se sustenta en una referencia incompleta, sino que también responde a una concepción parcializada de la democracia y minoritaria en la práctica.

b) Lo anterior se refuerza si se revisa la manera en que los autores citan a Jeremy Waldron²⁹, complementado por un texto de Richard Bellamy (respecto del que no me pronunciaré acá³⁰). Jeremy Waldron es tal vez uno de los mayoritaristas contemporáneos más importantes e influyentes, y sus ideas son particularmente iluminadoras desde la perspectiva filosófica³¹.

Para Jiménez y otros, Waldron favorece la igualdad política que la mayoría simple fortalece debido a la neutralidad de su resultado. Aunque Waldron

²⁷ Véase : DAHL, Robert, *Democracy*, cit. (n. 20), pp. 153-154. Resulta curioso que, existiendo algunas páginas específicas que Dahl dedica a las súper-mayorías, Jiménez y otros hayan decidido omitirlas.

²⁸ Dahl solo acepta la justicia constitucional para mantener el Sistema federal. Como considera imposible que los jueces puedan obedecer la Constitución en casos importantes y controvertidos, rechaza el control constitucional respecto de ellos. DAHL, Robert, cit. (n. 25), pp. 54-55.

²⁹ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 363.

³⁰ Aunque se trata de un texto serio y bien escrito, es importante precisar que el libro de Bellamy citado por Jiménez y otros no es una fuente muy interesante de discutir acá. El texto que Jiménez y otros citan de Bellamy no profundiza mayormente respecto de las súper-mayorías ni tiene por objetivo aportar ideas originales (tal vez ello se debe a que la serie de libros denominados *A Very Short Introduction* –a la que pertenece el libro de Bellamy– está más bien dirigida al lector que se está introduciendo en estas materias). Véase, en todo caso, la opinión crítica de las súper-mayorías en BELLAMY, Richard, *Citizenship. A Very Short Introduction* (Oxford University Press, 2008), p. 102. En esa página, Bellamy solo admite la legitimidad de las súper-mayorías en los casos improbables (o imposibles) de reformas constitucionales donde los ciudadanos hayan participado de manera igualitaria y justa en el momento en que fue dictada la constitución.

³¹ Los textos más importantes donde Waldron desarrolla estas ideas son los siguientes: WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation* (New York, Cambridge University Press, 1999); WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press, 1999); y WALDRON, Jeremy, *The Core of the Case against Judicial Review*, en *The Yale Law Journal*, 115 (2006) 6, pp. 1346-1406.

no es el primero en sostener esta idea (ella suele atribuírsele a un trabajo de 1952³²), y a que la misma ha sido muy discutida en la literatura³³, es interesante el hecho de que mis contradictores hayan elegido discutirla a partir de lo que sostiene este autor. En efecto, Waldron está en general en contra de los límites al poder, como ocurre con la revisión judicial de las leyes (control constitucional), la que el autor rechaza bajo ciertas condiciones³⁴. De hecho, la cita al texto de Waldron que realiza Jiménez y otros, está en realidad dada en este último contexto (control constitucional). El trabajo de ellos es, en esta parte, especulativo, salvo que exista alguna identidad común entre la crítica a las súper-mayorías y la crítica a la justicia constitucional. Si se piensa que es así, entonces los autores pertenecen a una tradición mayoritarista que no reconoce, en general, límites al poder, atendidas algunas condiciones institucionales que Waldron supone satisfechas para que su argumento funcione³⁵. En el resto de los casos (cuando estas condiciones no se cumplen), hay más espacio para rebatir la defensa de Waldron a la regla de mayoría. El problema es que es difícil que dichas condiciones se cumplan plenamente (de allí la ingenuidad de su argumento). Si por el contrario, las críticas a la súper-mayoría y a la justicia constitucional deben operar por separado, entonces la referencia de Jiménez y otros a Waldron es impertinente, ya que este último la utiliza en otro contexto (el del control constitucional). Si se interpreta la tesis de mis contradictores con una expresión que utilizan más adelante, donde admiten la posibilidad de que exista la justicia constitucional³⁶, la pertinencia de su tesis queda cuestionada, salvo que ellos expliquen su contradicción (cuestión hacen de manera muy poco persuasiva³⁷).

³² MAY, Kenneth, *A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Rule*, en *Econometrica*, 20 (1952) 4, pp. 680-684.

³³ Por ejemplo, véase el trabajo de RISSE, Mathias, *Arguing for Majority Rule*, en *The Journal of Political Philosophy*, 12 (2004) 1, pp. 41-64.

³⁴ Estas condiciones se ven en WALDRON, cit. *The Core* (n. 31).

³⁵ *Ibid.*, pp. 1.359-1.369.

³⁶ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), pp. 372-373: “Quizás sea posible aceptar que la democracia debe complementar regímenes de decisión mayoritarios con otras instituciones contra-mayoritarias. Las reglas de súper-mayorías para la reforma constitucional o el Tribunal Constitucional son dos ilustres ejemplos de tales mecanismos”.

³⁷ Ellos explican que la diferencia entre el control del Tribunal Constitucional y el veto de la minoría parlamentaria, radica en que el primero obedece a un “órgano externo al Congreso”. JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 379. En otras palabras, la diferencia se reduce, para Jiménez y otros, a un problema de identidad. Este argumento podría ser perfectamente invertido: justamente porque se trata de un órgano exterior al Congreso es que su crítica puede ser mayor (el famoso argumento de la tercera cámara), y justamente porque la minoría parlamentaria tiene legitimidad electoral y representativa de un sector significativo de la población (aunque no mayoritario, por cierto), es que su veto adquiere un estatus especial. No niego que pueda existir algún argumento que

Cabe hacer presente que la defensa de Waldron del gobierno de las mayorías ha sido muy discutida en la literatura³⁸, y ella no ha sido implementada por la mayoría de las democracias constitucionales actuales. En la teoría, Risse ha formulado tres interesantes objeciones al argumento de las mayorías formulado por Waldron donde concluye que su defensa es incompleta y luego ofrece una estrategia que los mayoritaristas deberían seguir³⁹. Risse es importante no para decir que Jiménez y otros están equivocados, sino para demostrar que, al menos, existe una literatura más consistente que la de Waldron en esta área.

c) Hasta el momento, he argumentado que las concepciones que se usan en Jiménez y otros son incompletas o descontextualizadas. Sin embargo, si se comparte el tipo de mayoritarismo que los autores suscriben, ellas pueden seguir siendo elecciones relativamente válidas. Pese a ello, el tipo de mayoritarismo que los autores suscriben parece no responder a los postulados del mayoritarista más influyente y conocido de todos: J. J. Rousseau. Este autor es partidario de las súper-mayorías, tal como ha dado cuenta Paul Weirich⁴⁰. Weirich utiliza argumentos textuales para demostrar que Rousseau era partidario de la regla súper-mayoritaria en ciertos casos, porque era un mejor medidor de la voluntad general, aunque también nota que Rousseau ofrece pocas explicaciones para fundamentar sus dichos⁴¹. De una manera coincidente con lo que sostuve en mi trabajo anterior (y con lo que sostiene en parte Dahl, como ya di cuenta), para Rousseau la regla de mayoría simple es la regla general y la súper-mayoría la excepción⁴². Una posición similar ha planteado la persona que tal vez más ha desarrollado la teoría sobre las súper-mayorías: Melissa Schwartzberg⁴³. Junto con atribuir a Rousseau la

diferencie la legitimidad de ambos tipos de veto (del Tribunal como órgano supuestamente imparcial, y de la minoría parlamentaria como órgano interesado políticamente), pero la explicación ofrecida por Jiménez y otros no tiene la fuerza de distinguir los tipos de control a favor del Tribunal y en contra de la minoría.

³⁸ Yo mismo tengo un trabajo sobre esta materia, donde intento discutir, a partir de la tesis de Waldron, los alcances del debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional para Chile. Véase: VERDUGO, Sergio, *La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes*, en *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2013) 1, pp. 181-223.

³⁹ RISSE, Mathias, cit. (n. 33).

⁴⁰ WEIRICH, Paul, *Rousseau on Proportional Majority Rule*, en *Philosophy and Phenomenological Research*, 47 (1986) 1, pp. 111-126.

⁴¹ WEIRICH, Paul, cit. (n. 40) pp. 112-113.

⁴² *Ibíd.*, p. 116.

⁴³ SCHWARTZBERG, Melissa, *Voting the General Will: Rousseau on Decision Rules*, en *Political Theory*, 36 (2008) 3, pp. 403-423.

influencia de otros autores, ella reconoce que el uso de las súper-mayorías podría ser necesario en materias importantes⁴⁴.

2. *El formalismo excesivo en la crítica contra las leyes orgánicas constitucionales.*

Jiménez y otros argumentan que los votos de los ciudadanos deben tener el mismo valor, prohibiéndose aquellos votos cuya ponderación sea superior⁴⁵. Sin perjuicio de que esta idea puede ser discutida sobre la base de las distorsiones que genera la representación y la regla de mayoría en sí, en esta parte del artículo demostraré que la fuente de los autores está descontextualizada y que, de hecho, la misma es favorable a la regla súper-mayoritaria en ciertos casos.

Como fuente, citan un estudio de Lucas Sierra y Lucas Mac-Clure (aunque en realidad el autor de esa parte del estudio es Sierra y no Mac-Clure), el que a su vez se sirve de las ideas de Böckenforde⁴⁶ (autor que Jiménez y otros citan en otra parte sin proporcionar la referencia⁴⁷). Bajo el título “fundamentación”, Sierra utiliza como única fuente a este autor extranjero para argumentar que los votos no deben ponderarse, sino contarse, ya que de lo contrario se estaría frente a una “anomalía democrática”⁴⁸, y en seguida cita muy brevemente algo de literatura chilena. El problema de mis contradictores al sustentar parte de su argumento en Sierra (y por lo tanto en Böckenforde), es la omisión de los matices que este autor extranjero introduce.

Es cierto que Böckenforde reconoce la regla de la mayoría simple como la regla general (en lo que, repito, no existe punto controvertido entre mi trabajo y el de Jiménez y otros)⁴⁹, pero no es cierto que lo haga de manera absoluta. En efecto, en su texto se observa que Böckenforde reconoce que ellas pueden servir para “proteger a las minorías y para asegurar con más intensidad la persistencia de las correspondientes materias”⁵⁰, lo que es natural en determinados ámbitos como “[...] los derechos de libertad. Y desde un punto de vista democrático las mayorías cualificadas se justifican en todo

⁴⁴ *Ibid.*, p. 404.

⁴⁵ JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 363.

⁴⁶ SIERRA, Lucas en SIERRA, Lucas - MAC-CLURE, Lucas, *Frente a las mayorías: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2011), pp. 14-16. Sierra se refiere al trabajo de BÖCKENFORDE, Ernst, *Democracia como principio constitucional*, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid, Trotta, 2000) pp. 47-131.

⁴⁷ No he podido encontrar la referencia a la cita que Jiménez y otros realiza de Böckenforde, ya que ni en la nota al pie de página número 18 de su artículo ni en su listado bibliográfico, se incluye la fuente.

⁴⁸ SIERRA, Lucas, cit. (n. 46) p. 16.

⁴⁹ BÖCKENFORDE, cit. (n. 46) pp. 92-93.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 93.

caso allí donde pueda estar en peligro el contenido nuclear del ordenamiento democrático mismo [...]”⁵¹. Más adelante, el autor dedica una sección a tratar los límites de la decisión mayoritaria, distinguiendo sus tipos, y agrega algunos razonamientos que son interesantes, como por ejemplo:

“El derecho de la mayoría a tomar decisiones vinculantes de modo general y a disponer de la legalidad se basa precisamente en que ella se encuentra con la minoría en una situación de (continua) competencia por el liderazgo político, y esta tiene las mismas oportunidades para convertirse en mayoría. Si se ponen en cuestión las condiciones para que la minoría pueda seguir siendo una mayoría potencial, no solo se produce un quebrantamiento del “fair play” democrático, sino que se saca de quicio el principio democrático. Los derechos de libertad democrática, la igualdad de los derechos políticos de cooperación, forman parte de ese núcleo no disponible para la decisión democrática, mayoritaria y entre ellos se cuenta de modo especial la igualdad de oportunidades que ha de plasmarse en la configuración del derecho electoral y del derecho de los partidos políticos”⁵².

Ninguna de estas consideraciones son relevantes para Jiménez y otros, aunque algunas de ellas fueron citadas explícitamente por Lucas Sierra⁵³. Sierra valora estas razones dadas por Böckenforde, pero intenta separarlas del debate sobre las loc.s, al señalar que ellas son propias de la potestad constituyente, y no del legislador⁵⁴. En el razonamiento de Sierra, estas justificaciones relativas a la súper-mayoría no son aplicables a las loc.s, mientras Jiménez y otros parecen excluir las súper-mayorías de manera absoluta y sin distinguir el instrumento donde ellas están consideradas. La posición de Sierra debe ser rechazada por ser excesivamente formalista. El argumento de Böckenforde no distingue el tipo de fuente del Derecho a la cual la regla súper-mayoritaria se aplica. Si bien en la mayoría de los países probablemente esas materias están reservadas a la Constitución, ello no tiene por qué ser siempre así, como ocurre con el caso austriaco que cité en mi trabajo anterior⁵⁵. En el caso chileno,

⁵¹ *Ibíd.*, p. 94.

⁵² *Ibíd.*, p. 95.

⁵³ SIERRA, Lucas, cit. (n. 46) pp. 15-16.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 16.

⁵⁵ En el caso de Austria, es el propio legislador (y no el constituyente), quien decide qué materias estarán protegidas por una súper-mayoría y cuáles no, generándose una suerte de constitución material contenida en leyes. Jiménez y otros señalan que mis referencias al derecho comparado son abusivas. JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 376. Aunque no discuten el caso de Austria, sino sólo el de Hungría y la autoridad académica de la Comisión de Venecia, citan una carta al director de *El Mercurio* como fuente en el caso del rechazo a mi ejemplo de Austria. JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 373. No queda clara la razón por la cual las referencias al derecho comparado serían abusivas. Ellas responden a contextos distintos que suelen ser excepcionales, y no he discutido

hay diversas materias reguladas en loc.s que caben dentro de la justificación de Böckenforde, como ocurre con la regulación de los partidos políticos, del sistema electoral y del proceso legislativo, por ejemplo⁵⁶. El razonamiento de Sierra, entonces, podrá ser válido sólo si es considerado para el diseño de una nueva Constitución, pero debiera ser rechazado si se presenta como una evaluación del sistema institucional vigente. Jiménez y otros también caen en este excesivo formalismo, cuando reconocen la posibilidad de que existan quórumos súper-mayoritarios para la reforma constitucional⁵⁷. Al igual que Sierra, Jiménez y otros no explica la diferencia cualitativa entre la reforma al documento formal llamado Constitución, y la modificación de una norma materialmente constitucional contenida formalmente en una

ese punto. Lo que intento demostrar al referirme a ellas, es que en cada contexto se han encontrado justificaciones especiales diversas para sostenerlas (como el federalismo y el multiculturalismo, entre otros, por ejemplo), las que responden a la realidad particular de cada sistema político. Ello no es un argumento concluyente para afirmar que en Chile deben existir súper-mayorías, pero sí es una razón importante para afirmar que bajo ciertas condiciones algunas democracias que respetamos han acudido a dicho instrumento para salvaguardar algunos fines que les han parecido especialmente valiosos. Fernando Atria también discute este punto en la misma línea que Jiménez y otros, y cuestiona la utilidad de la cita al derecho comparado, ya que cada una de ellas responde a la historia política particular de dichos países y no a la protección de un modelo político como en el caso de las loc.s. Véase: ATRIA, Fernando, *La constitución tramposa y la responsabilidad del jurista*, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador), *Nueva Constitución y momento constitucional* (Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2014), pp. 21-23. El problema del argumento de Atria (y en cierta medida de Jiménez y otros) es que se apoya en las justificaciones especiales de cada país para rechazar las loc.s, cuando justamente lo que he intentado hacer es analizar dichas justificaciones en su mérito. Por un lado argumentan en abstracto en contra de las súper-mayorías (contrarias supuestamente a la democracia y la igualdad) y por otro lado rechazan la comparación sobre la base casuística del caso comparado concreto. Si los argumentos abstractos son ciertos, entonces ellos debieran servir para eliminar la regla se súper-mayoría en términos generales, cuestión que no están dispuestos a hacer. Sobre la justificación de la regla súper-mayoritaria en sociedades divididas, Véase el interesante análisis de LERNER, Hanna, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies* (Cambridge University Press, 2011), p. 41.

⁵⁶ Por lo demás, y respecto del sistema electoral, el propio Fernando Atria (uno de los activistas más radicales respecto de la necesidad de cambiar la *Constitución*) reconoce que éste forma parte de la Constitución material aunque no esté formalmente reconocida en su texto. En Atria, la idea de la Constitución material es defendida para efectos de identificar las denominadas “trampas” que deberían ser, según él, eliminadas. Inspirado en la idea schmittiana (aunque elude citar a Schmitt) que distingue entre Constitución y leyes constitucionales, Atria dedica un capítulo completo a tratar este punto y en aplicarlo a sus “trampas”, en ATRIA, Fernando, *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM Ediciones, 2013), pp. 31-56.

⁵⁷ JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3), pp. 372-373.

ley. Lo curioso, es que más adelante los autores me piden a mí que distinga la línea entre la justificación súper-mayoritaria en la Constitución y aquella presente en la súper-mayoría legislativa⁵⁸. El punto es que existe una identificación material en el contenido de ambas, razón por la cual trazar esa línea es un esfuerzo inútil. Insistir en el punto es una muestra adicional del formalismo que inspira a Jiménez y otros. En síntesis, si bien comparto la idea de que la mayoría simple debe ser la regla general, no se ha contradicho la justificación especial que fundamenta las excepciones, debido justamente a que las ideas contra-mayoritarias que fundamentan la rigidez de la Constitución, se transmiten a las súper-mayorías legislativas cuando en las materias específicas se advierte una justificación especial que permita excepcionar la regla general de la mayoría simple.

Por lo mismo, la defensa de las súper-mayorías a nivel legislativo siempre será instrumental y condicionada a la regulación constitucional, cuestión que profundizaré en la sección VI de este trabajo. Por ahora, me remito a un trabajo anterior donde traté el problema de las loc.s como Constitución material⁵⁹. No todas las loc.s son constitución material, evidentemente, pero cuando existen razones para pensar que efectivamente lo son, entonces las razones que justifican la súper-mayoría a nivel constitucional, se transmiten al nivel legislativo. El problema de mis contradictores, sin embargo, es que utilizan como absolutos argumentos que sólo sirven como regla general⁶⁰.

3. *La visión parcial de Jiménez y otros sobre la democracia.*

En los párrafos anteriores demostré que Jiménez y otros usan un argumento mayoritarista con fuentes descontextualizadas, y que su doctrina sólo es admisible atendido un tipo específico de concepción acerca de la democracia, lo que revela algunas contradicciones en su argumento. En este apartado, sugiero además que existen otras visiones de la democracia que, siendo muy respetadas, son incompatibles con la concepción de los autores. Debe aclararse que ellas no necesariamente serían incompatibles si los autores permitieran el uso de excepciones a la regla general de mayoría simple que defienden. La incompatibilidad descansa, en términos generales, en la

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 380.

⁵⁹ VERDUGO, cit. (n. 2), pp. 609-611.

⁶⁰ Por esta misma razón, resulta curioso que uno de los autores del artículo, considere que las súper-mayorías a nivel legislativo son válidas cuando ellas tratan ciertas materias que le parecen especialmente relevantes. Véase: MUÑOZ, Fernando, *Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia*, en *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano* (2006), pp. 115-129. Ya me referí a este punto en un trabajo anterior: VERDUGO, cit. (n. 2), pp. 617-618.

consecuencia demasiado absoluta de sus afirmaciones: que la mayoría simple es un principio en sí mismo que no admite matices.

La idea de democracia constitucional ha generado una serie de límites al poder que tienen por objetivo impedir que mayorías transitorias gobiernen de una forma incompatible tanto con el sistema democrático como con los derechos individuales. Sin perjuicio de que existe una enumeración muy larga de trabajos que defienden algún tipo de dispositivo contra-mayoritario en este sentido (desde John Locke y El Federalista en adelante), seguiré en este punto un trabajo de Jon Elster que me parece ilustrativo⁶¹. En su artículo, Elster distingue diversos dispositivos contra-mayoritarios para contrarrestar el peligro de que el régimen mayoritario vulnere los derechos. Algunas de las razones que entrega se asemejan a las justificaciones especiales, como ocurre por ejemplo con la tentación de las mayorías de “aumentar sus posibilidades de reelección”, o de cambiar las fechas de las elecciones de acuerdo a coyunturas más favorables o del diseño de los distritos electorales⁶², los que fundamentan la existencia de un dispositivo contra-mayoritario en materias electorales. Elster nota que este tipo de peligros no está relacionado con una amenaza de la mayoría de la población respecto de las minorías, sino que de la mayoría parlamentaria⁶³. Los parlamentarios pertenecen a partidos o movimientos políticos con intereses de poder que no deberían ser ignorados en un diseño institucional, ya que la mayoría de ellos tienen incentivos para mantenerse como tal⁶⁴. Estas ideas fueron observadas en la creación de dos de las democracias constitucionales más admiradas en el mundo (EE. UU. y Francia)⁶⁵, razón por la cual sus creadores diseñaron un conjunto de dispositivos contra-mayoritarios como el bicameralismo, el veto del Presidente, el control constitucional, la existencia de diferentes legislaturas en la aprobación de reformas, y el uso de súper-mayorías que normalmente se utilizaron para darle rigidez a normas importantes contenidas en las Constituciones⁶⁶.

⁶¹ ELSTER, Jon, *Régimen de mayorías y derechos individuales*, en *De los derechos humanos, las conferencias de Oxford Amnesty* (1993), pp. 165-199.

⁶² ELSTER, Jon, cit. (n. 61), p. 170. Otro tipo de razones se asocian con pasiones o intereses momentáneos (como una mayoría que no respeta la propiedad de una minoría) o con la influencia de una pasión permanente (como la influencia de una visión religiosa o clasista de la sociedad). Véase: ELSTER, Jon, cit. (n. 61), p. 171.

⁶³ ELSTER, Jon, cit. (n. 61), p. 171.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 172.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 174.

⁶⁶ Existen más instrumentos contra-mayoritarios que, en ocasiones, producen efectos similares a la súper-mayoría, como ocurre con algunas constituciones que le entregan la revisión obligatoria de algunos proyectos de ley a órganos diferentes al legislativo, o el conocido y polémico “filibuster”, que Jiménez y otros citan de manera crítica. JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), pp. 378-379. En general, este último ha sido cuestionado en

Como ya lo dije, cuando discutí el argumento de Lucas Sierra, decir que las loc.s requieren un quórum inferior debido a que el quórum superior debe reservarse a la Constitución, es ser excesivamente formalista, sobre todo si se consideran las materias específicas que en Chile nuestro constituyente le reserva al legislador orgánico. Los ejemplos de Elster caben en algunos casos de loc.s chilenas porque las materias que elige utilizar como ejemplo están en nuestro sistema protegidas por una súper-mayoría legislativa más que constitucional. Es lo que ocurre con el caso del sistema electoral y con el caso de la autonomía del Banco Central, donde nuestra Constitución de 1980 dijo bastante poco y varias normas importantes relacionadas con la autonomía (como la forma de elección de los consejeros y sus formas de remoción), están entregadas a la loc. Elster usa, entre otros, el ejemplo de la autonomía de los Bancos Centrales justamente con esta explicación⁶⁷. Si se pretende eliminar las loc.s sin hacerse cargo de los problemas especiales que ellas generarán, producirá consecuencias institucionales imprevistas, sobre todo (como explicaré más adelante) si no se consideran los equilibrios institucionales presentes en nuestro sistema político. En otras palabras, si se quiere garantizar la autonomía del Banco Central y eliminar su loc., es posible introducir otro dispositivo contra-mayoritario en la Constitución⁶⁸.

la literatura, aunque existen defensas del mismo justamente debido a razones diversas, como la ofrecida por Epstein, para quien es conveniente que el Congreso dicte menos leyes, por lo que el “filibuster” debería ser fortalecido en los casos en que se aprueban nuevas legislaciones, y debilitado cuando se revisan cuerpos normativos vigentes. Véase: EPSTEIN, Richard, *Direct Democracy: Government of the People, by the People, and for the People?* en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (2011), p. 825.

⁶⁷ ELSTER, Jon, cit. (n. 61), p. 182.

⁶⁸ Pese a ello, Jiménez y otros rebaten mi argumento sobre la justificación especial del Banco Central, recurriendo a la crítica sobre el origen autoritario de la Constitución de 1980 y la suposición acerca de que la Constitución sería “buena”. JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 388. En seguida, Jiménez y otros señalan que la racionalidad económica no puede garantizarse mediante una súper-mayoría, ya que las políticas del Banco responden a la orientación de sus consejeros, los que han sido designados bajo la lógica del sistema binominal que impera en el Congreso. JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), p. 389. Es cierto que las políticas del Banco dependen de las orientaciones de sus consejeros. El diseño del Consejo del Banco está realizado de manera de asegurar contrapesos internos y designaciones técnicamente bien evaluadas. Por ello, en general, el Consejo es equilibrado y de perfil técnico (que no es lo mismo que carente de orientación política). Frente a todo esto, la Constitución garantiza una autonomía teórica y entrega a una loc. la regulación complementaria, la que contiene normas importantes para asegurar lo anterior (normas de integración, de remoción, de relaciones con el Ejecutivo, etc.). La existencia de un control de las minorías en una eventual revisión de la loc. del Banco Central, promueve la autonomía del órgano al impedir la captura del mismo por parte de una mayoría que tiene fuertes incentivos para influir sus políticas. Sobre un buen

Por eso, las justificaciones de súper-mayoría serán instrumentales a otros fines, siendo instrumentos reemplazables por otros que tengan igual o mejor eficacia. De allí que la defensa de principios absolutos que plantean Jiménez y otros, impida resolver estos problemas de manera equilibrada. De allí también, que sea falsa la acusación que los autores realizan cuando denuncian que yo pretenda “que aceptemos que las loc.s deben tener un lugar en la Constitución a todo evento”⁶⁹. La defensa de los dispositivos contra-mayoritarios es instrumental a otros fines, por lo que concluir lo anterior implica no entender mi posición.

Por todo lo anterior, existen buenas razones vinculadas con la democracia constitucional para defender las súper-mayorías en casos excepcionales⁷⁰. Se puede, no obstante, rechazar la idea de democracia constitucional, y ser un mayoritarista radical que no reconoce mecanismo contra-mayoritario alguno. Sin embargo, ese camino parece poco aconsejable para un sistema político como el chileno. Por ello, si bien la regla general debe ser el quórum simple, hay espacio para discutir sobre las súper-mayorías así como también hay espacio para discutir su reemplazo por otros mecanismos contra-mayoritarios. Por esto mismo, rechazo la interpretación que Jiménez y otros realizan de mi trabajo de 2012, en el sentido de que yo habría dicho que como a nivel de justificaciones generales el debate estaría “empatado”, habría que pasar necesariamente al nivel de las justificaciones especiales⁷¹. En realidad, lo señalé (y reitero acá), es que el debate está incompleto cuando única y exclusivamente se analizan las razones generales (donde la mayoría simple generalmente gana –no hay “empate”, como interpretan los autores), ya que deja a las consideraciones particulares que justifican las excepciones en un plano irrelevante. Y como ellas son capaces de justificar (en algunos casos más que en otros) un dispositivo contra-mayoritario para materias concretas y de forma excepcional, ellas deben ser tomadas en consideración. La pobreza del

resumen de las razones que justifican la autonomía del Banco Central, Véase el trabajo de FONTAINE, Juan Andrés, *Banco Central: Autonomía para Cautelar la Estabilidad*, en *Cuadernos de Economía*, 26 (1989) 77, pp. 65-74.

⁶⁹ Véase: JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3), p. 372.

⁷⁰ A ellas podría sumarse una justificación que comienza a repetirse en la literatura de Derecho Constitucional Comparado, por la cual el mayoritarismo está perdiendo fuerza en el diseño de Constituciones que se redactan en el contexto de sociedades divididas. Utilizando los ejemplos de Israel e India, Lerner argumenta que la regla de mayoría es de poca utilidad frente al requerimiento de resolver disputas sobre normas fundamentales. Ello se debe a la necesidad de adoptar normas ampliamente aceptadas, ya que existe la percepción de que la democracia no puede sobrevivir únicamente bajo el gobierno de la regla de mayoría simple. Véase: LERNER, Hanna, cit. (n. 55) p. 41

⁷¹ Esta idea se repite en algunos pasajes del artículo de Jiménez y otros, incluyendo su resumen. Véase: JIMÉNEZ y otros, cit. (n. 3), pp. 359, 372-373.

debate nacional radica, justamente, en que no hemos sido capaces de llegar a este segundo nivel de discusión, cuestión en que Jiménez y otros insisten. En suma, lo importante es no perder de vista las razones especiales que han llevado (y llevarán) a los creadores del sistema constitucional a estimar que ciertas cuestiones requieren de un tratamiento especial.

Por esta misma razón (la necesidad de un tratamiento especial para ciertas materias), es que existen muchos autores que pertenecen a una tradición democrática diferente a la radical mayoritaria. Ya citábamos los ejemplos de Rousseau y de Böckenforde. Ahora citaré el ejemplo de Ronald Dworkin y de Bruce Ackerman. El primero, defiende la idea de una democracia sustentada en principios defendibles judicialmente evidentemente contra-mayoritarios⁷², y el segundo promueve la existencia de leyes-hitos (“landmark statutes”) que, cumpliendo ciertas condiciones, debieran incorporarse al canon constitucional por el camino informal⁷³. En ambos

⁷² Las obras de Dworkin son numerosas. A modo de ejemplo, véase: DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?* (Princeton University Press, 2006).

⁷³ ACKERMAN, Bruce, *We the People, III: The Civil Rights Revolution*, (Harvard University Press, Belknap Press, 2014) pp. 32-34. Se trata de decisiones legislativas nacionales con contenido constitucional que modifican informalmente la Constitución (sin seguir el procedimiento constituyente previsto explícitamente por la propia Carta), siendo leyes cuasi-constitucionales que se integran a un canon constitucional donde también participan precedentes judiciales de importancia. Cabe hacer presente que esta idea ya había sido desarrollada por Ackerman en otros trabajos anteriores. Véase, asociado también a los “landmark statutes”: ACKERMAN, Bruce, *The Living Constitution*, en *Harvard Law Review*, 120 (2007) 7, pp. 1737-1812. La explicación acerca de esto fue dada en el primer volumen de su trabajo. Véase: ACKERMAN, Bruce, *We the People, I: Foundations* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1993) pp. 266-294. La utilización de la súper-mayoría parece evidente atendidas diversas expresiones que utiliza en estas páginas, como “broad support, extraordinary support” en tres sentidos: profundidad (“depth”), amplitud (“breadth”) y con carácter definitivo (“decisiveness”). El movimiento debe ganar el apoyo de la legislatura y, luego de los jueces, existiendo una evidente súper-mayoría en sus fases terminales. Si este proceso no se logra, no podrá decirse que se está hablando en nombre del pueblo. La exigencia súper-mayoritaria de posible reforma futura aparece en ambas concepciones de la visión dual de la Constitución que tiene Ackerman (por la cual la Constitución puede modificarse alternativamente tanto por el proceso formal como por este proceso informal donde el pueblo habla). El proceso informal donde el pueblo cambia la Constitución debe ser suficientemente profundo y contar con un apoyo amplio (“broad”). En nuestro lenguaje, este tipo de leyes serían materialmente constitucionales aunque formalmente no estén en ellas. De esta manera, estas reglas adoptadas por un proceso alternativo de “higher lawmaking”, se incorporan a la Constitución, lo que ha sido criticado por otros autores. Por ejemplo, Véase la crítica de BARNETT, Randy E., *We the People: Each and Every One*, en *Yale Law Journal* (en prensa, 2014). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2424853>. De alguna forma, todos estos procesos soberanos informales

ejemplos (Dworkin y Ackerman), estamos en presencia de concepciones constitucionales incompatibles con el concepto radical de mayoritarismo que parecen defender Jiménez y otros, lo que también se observa con otros autores más tradicionales y familiares para nuestra tradición jurídica, como ocurre con Hans Kelsen y C.J. Friedrich. Para Kelsen, la existencia de una mayoría supone el derecho de la minoría a existir⁷⁴, para luego justificar derechamente las súper-mayorías en ciertos casos⁷⁵. Si bien Kelsen prefiere el uso de mayorías cualificadas en el caso de los gobiernos parlamentarios⁷⁶ que se rigen preferiblemente bajo una fórmula electoral proporcional⁷⁷ (caso muy distinto al chileno), las consideraciones relacionadas de Kelsen sobre las súper-mayorías son una muestra importante acerca de por qué este debate no puede olvidar los arreglos institucionales relacionados cuando se efectúan proposiciones institucionales. Por su parte, C.J. Friedrich también defiende la idea excepcional de que puedan establecerse súper-mayorías con el objetivo de proteger a las minorías políticas⁷⁸. Friedrich distingue los tipos de minoría para efectos de su defensa: mientras las minorías sociales (religiosas, por ejemplo) se protegen mediante el reconocimiento de derechos fundamentales, la minoría política está expuesta a la amenaza de “que se le impida llegar a convertirse en mayoría”⁷⁹. En este último caso, será necesario reconocer algunos derechos políticos y contar con mayorías suficientemente legítimas, lo que puede llevar a la necesidad de exigir una súper-mayoría. En efecto, en “las decisiones graves y fundamentales no se puede uno contentar con una escasa mayoría (...) ya que sólo por mayorías así cualificadas se tiene la seguridad de obtener una verdadera legitimidad”⁸⁰, cuestión que el autor asocia a las reformas constitucionales. Frente a ello, es probable que Friedrich pueda compartir mi preocupación por el formalismo, ya que, después de todo, las decisiones graves y fundamentales no siempre están en la Constitución.

tienen como supuesto la utilización de una súper-mayoría popular para modificar la constitución.

⁷⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (Granada, Editorial Comares, 2002), p. 63.

⁷⁵ KELSEN, Hans, cit. (n. 74) p. 64.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 66.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 67-68.

⁷⁸ FRIEDRICH, C.J., *La democracia como forma política y como forma de vida* (Madrid, Editorial Tecnos, 1961), pp. 93-104.

⁷⁹ FRIEDRICH, C.J., cit. (n. 78) p. 96.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 99.

IV. LA IGUALDAD POLÍTICA Y LA INGENUIDAD DEL MAYORITARISMO RADICAL

En esta sección, demostraré (1) que la concepción que Jiménez y otros utilizan sobre la igualdad política, no contradice necesariamente el uso excepcional de súper-mayorías; (2) que existen distorsiones a la idea de la mayoría parlamentaria que una concepción sustentada en la mayoría ciudadana no resuelve; (3) y que por lo anterior la literatura suele sugerir correcciones excepcionales a la regla de mayoría para ciertas materias. Mis contradictores parecen demasiado optimistas respecto de las posibilidades de las mayorías parlamentarias, lo que vuelve ingenuo su argumento y hace inaceptable su propuesta desde una perspectiva institucional (aunque interesante en un nivel de abstracción mayor). En este punto, explicaré la razón por la cual es importante tener un debate instrumental. Finalmente (4), daré a conocer una razón instrumental adicional que me parece importante tener en consideración en esta discusión: el rol que las loc.s han cumplido en nuestro sistema presidencialista atenuando el poder del Presidente de la República. En seguida, me haré cargo del argumento (también instrumental) de Jiménez y otros relativo a que en Chile existe un exceso de dispositivos contra-mayoritarios.

1. Igualdad política y regla de mayoría.

Mis contradictores argumentan que las súper-mayorías contravienen la igualdad política, ya que el voto de los ciudadanos debe pesar lo mismo, prohibiéndose votos cuya ponderación sea superior⁸¹. Ya respondí a los problemas que genera la influencia de Waldron y de Sierra (y por lo tanto de Böckenforde) en este punto. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad, hay algunas reflexiones válidas cuando Jiménez y otros recurren a Wojciech Sadurski, señalando que la súper-mayoría trata desigual a quienes pretenden impulsar cambios⁸². Este argumento se sustenta en la supuesta neutralidad que es capaz de garantizar la regla de mayoría simple, punto que ha sido destacado desde Kenneth J. Arrow y Kenneth O. May en el análisis matemático del proceso de toma de decisiones de un cuerpo colectivo donde hay dos alternativas (no más)⁸³.

Desde la filosofía política, existen distintas maneras de entender la legitimidad de la regla de mayoría y la igualdad política⁸⁴, y los autores siguen

⁸¹ JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3) p. 363.

⁸² *Ibíd.*, p. 365.

⁸³ MAY, Kenneth, cit. (n. 32).

⁸⁴ El propio Sadurski reconoce que también esto puede ser examinado bajo la teoría de la justicia de Rawls. En efecto, como el propio Rawls dice, y Sadurski considera, las

en este punto, como ya lo adelanté, a Sadurski, quien desarrolla a su vez (en extenso) el vínculo mayorías-igualdad⁸⁵. Es importante precisar que el nivel de abstracción de este autor es bastante elevado, y no tiene por objetivo entregar recetas institucionales aplicables a todos los casos concretos y, por esta misma razón, reconoce cuando comienza su argumento que las reglas súper-mayoritarias son una excepción, y que justamente “porque son una excepción, que tomamos la decisión mayoritaria como la norma en la legitimidad que se confiere a la regla de decisión”⁸⁶. De hecho, más adelante Sadurski reconoce que su punto no es que la regla de mayoría deba aplicarse a todas las decisiones colectivas, “sino solamente que ella es tomada intuitivamente como una norma sobre las fuentes de la legitimidad”⁸⁷. En seguida, dice que su análisis está limitado por la teoría de la igualdad, y que su punto es demostrar que, atendida la existencia supuesta de tan sólo dos opciones, la regla de mayoría simple es la más igualitaria⁸⁸. Existen, como dice Sadurski, otras fuentes de legitimidad diferentes a la igualdad para los procesos decisorios colectivos, las que no analiza en su libro (no es su objetivo) y cuya legitimidad tampoco descarta⁸⁹. Tan abstracto es el argumento de Sadurski, que ya finalizando su capítulo dedicado a la regla de mayoría simple, y refiriéndose en concreto a la igualdad de oportunidades, agrega que “es difícil hacer recomendaciones específicas en este nivel de abstracción”⁹⁰. Finaliza reconociendo que la igualdad política es un ideal importante pero limitado, que puede coexistir con resultados políticos desiguales, y que no ha considerado en su argumento quién constituye el sujeto colectivo (el “demos”) que debe tomarse en cuenta cuando se analizan los beneficios de la regla de mayoría⁹¹.

No obstante que existen múltiples teorías de la igualdad diferentes a las de Sadurski (y en algunos casos, algunas incluso más plausibles⁹²), es fácil

decisiones mayoritarias no garantizan un resultado justo. Véase: SADURSKI, Wojciech, *Equality and Legitimacy* (New York, Oxford University Press, 2008), p. 42.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 41-91.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 41.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁸⁹ En efecto, dice que *pueden existir otras bases para la legitimidad legal que no se relacionan con la igualdad*, y que nada en su argumento *sugiere que la igualdad es la única fuente de legitimidad de la ley*. Sólo dice que es una fuente de legitimidad *importante*. SADURSKI, Wojciech, cit. (n. 84) p. 91.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 87.

⁹¹ *Ibid.*, p. 90.

⁹² BEITZ, Charles R., *Political Equality* (New Jersey, Princeton University Press, 1989). Lo interesante de Beitz, es que intenta responder preguntas con consecuencias institucionales relativas a la forma en que las instituciones debieran ser diseñadas. Su trabajo no se dirige a las súper-mayorías en particular, pero trata tópicos interesantes y

entender la capacidad de la teoría de Sadurski en justificar la legitimidad de la reglas del proceso decisorio sobre la base de la igualdad. Si bien el análisis de Sadurski puede ser, en consecuencia, fácilmente compartido, ello no lleva necesariamente a adoptar su teoría al nivel concreto de realizar una propuesta institucional particular y excepcional (como ocurre con las loc.s). Donde Jiménez y otros se equivocan, es en pretender resolver el problema institucional que denuncian sobre la base de una teoría que tiene límites reconocidos por su propio autor. Ello queda de manifiesto cuando Sadurski indica que la igualdad debe ser la fuente de legitimidad más importante de la ley (pero no la única), y que otras fuentes alternativas pueden ser utilizadas de forma excepcional⁹³. Asimismo, los límites de la tesis de Sadurski son reconocidos por el propio autor cuando indica que no ha identificado al “demos”, lo que nos lleva a uno de sus primeros problemas: el de la representación, el que profundizaré en el siguiente apartado.

2. *Distorsiones de la mayoría parlamentaria.*

Jiménez y otros parecen estar argumentando desde el supuesto teórico de la existencia de la mayoría de la ciudadanía, y no desde el supuesto real consistente en la mayoría parlamentaria (límite reconocido, recordemos, por el propio Sadurski respecto de su trabajo filosófico). Sin embargo, cuando tratamos sobre el problema de los quórum legislativos, en realidad nos estamos refiriendo a la mayoría parlamentaria, lo que evidentemente les produce un problema: a diferencia de las mayorías ciudadanas, las mayorías parlamentarias tienen intereses políticos fuertes, están sujetas a incentivos asociados con el poder político, y su representatividad nunca será perfecta atendido que no existen sistemas electorales que garanticen una perfecta proporcionalidad. En otras palabras, las distorsiones que la representación política trae, hacen implausible trasladar de manera absoluta todas las ventajas de la regla de mayoría simple desde la ciudadanía hacia el mundo parlamentario. El problema de la representación política (y del mandato entre representantes y representados, tiene una amplia discusión en la literatura⁹⁴. ¿Significa lo anterior que las palabras de Sadurski son inútiles cuando se diseña un proceso legislativo basado en la representación? En absoluto. La igualdad política es un valor importante que debe ser considerado, y que conduce a asegurar la regla de mayoría simple como la regla general (cuestión

relacionados, como la representación, la regulación de los partidos políticos y del financiamiento de las campañas electorales.

⁹³ SADURSKI, Wojciech, cit. (n. 84), p. 91.

⁹⁴ Uno de los trabajos seminales en este sentido es el de PITKIN, Hanna, *The Concept of Representation* (University of California Press, 1967). Véase en especial es capítulo 7º, que trata el problema del mandato y la independencia de los representantes.

que no está en discusión)⁹⁵. El punto es que, atendidas ciertas distorsiones específicas, y ciertas amenazas que la mayoría parlamentaria puede impulsar considerando sus intereses políticos, se justifica evaluar el diseño de dispositivos contra-mayoritarios (como la súper-mayoría) que minimicen este problema. Por eso es que los ejemplos que se suelen encontrar en la literatura, relativos a algunas materias que justifican una súper-mayoría, se suelen vincular con el problema de los incentivos de la mayoría parlamentaria (y no con los de la mayoría ciudadana)⁹⁶.

Así como el intento de Jiménez y otros de justificar la legitimidad de la regla de mayoría simple sin considerar los problemas de la representación parlamentaria, hacen aconsejable ser escépticos acerca de las posibilidades de su propuesta institucional, también debe considerarse que mis contradictores omiten una parte importante de la literatura: aquella que discute los problemas de las mayorías simples y que demuestra la existencia de distorsiones que deben ser corregidas, y para lo cual autores como Robert Dahl (citado más arriba) permiten la existencia de reglas súper-mayoritarias⁹⁷. Estas distorsiones de la regla de mayoría han sido ampliamente tratadas por numerosos autores. Un trabajo bastante representativo, es el de William H. Riker⁹⁸. Sin perjuicio de que no es este el lugar para desarrollar en extenso las ideas planteadas por Riker, expondré brevemente la razón por la cual algunos valores que Jiménez y otros suponen estar presentes en la mayoría simple (como la neutralidad y justicia de la decisión mayoritaria), en realidad adolecen de problemas. Siguiendo a Riker, la mayoría simple tiene tres propiedades: la (a) “monotonocidad”, la (b) “indiferenciación” y la (c) “neutralidad”⁹⁹ y todas ellas pueden ser objeto de problemas.

a) La monotonocidad (que una opción se vea favorecida cuando tenga más votos) sólo funciona de forma relativamente adecuada cuando hay dos opciones¹⁰⁰.

⁹⁵ En palabras de Beitz, resulta ingenuo esperar que una teoría filosófica resuelva por sí sola controvertidas preguntas de diseño institucional. El rol de estas teorías es identificar los valores centrales en discusión y proporcionar que informe la aplicación de dichos valores. BEITZ, cit. (n. 92), p. xi.

⁹⁶ En este artículo, cité algunos ejemplos vinculados con este argumento, por el cual las amenazas de la mayoría parlamentaria, pueden poner en riesgo valores democráticos importantes, como la alternancia en el poder. Como ya citamos más arriba, este tipo de ideas están presentes en el trabajo de Dahl, de Böckenforde, de Elster y de Friedrich.

⁹⁷ DAHL, Robert, *Democracy*, cit. (n. 20), pp. 154.

⁹⁸ RICKER, William H., *Liberalism Against Populism. A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice* (Waveland Press, 1982).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 47-51. Bajo otras reglas de decisión (como la unanimidad o la súper-mayoría), la monotonocidad tiene otro tipo de consecuencias.

b) La indiferenciación (los votos no pueden distinguirse de otros, teniendo todos el mismo valor, lo que conduce al anonimato, lo que permite la igualdad) se encuentra distorsionada por dos motivos: la diferenciación de roles que juegan los diferentes jugadores en el sistema¹⁰¹ y la posibilidad de la compra de votos en casos en que la votación no sea anónima. El anonimato es posible en el caso de la mayoría ciudadana, pero no en el caso de la mayoría parlamentaria, y como la igualdad en el voto asume como supuesto el anonimato del mismo, las condiciones de dicha igualdad se distorsionan en el proceso legislativo. Ello, debido a que no es posible el anonimato en el contexto de la representación política en el parlamento¹⁰². Por lo mismo, los parlamentarios tienen incentivos para no ser sinceros en sus posiciones, intercambiando votos para favorecer políticas y negociando sobre la base de diferentes consideraciones que no necesariamente dicen relación con la aprobación de un proyecto de ley. Ello tiene fuertes implicancias para cualquier teoría sobre la igualdad política que pretenda legitimar el voto individual de los legisladores¹⁰³.

c) La neutralidad (que el método no favorezca a ninguna alternativa) de la regla de mayoría simple, parece evidente si se cumplen dos condiciones: *i*) que la votación se produzca en el contexto de una elección binaria (cuestión rara atendida la diversidad de políticas alternativas que normalmente se discuten); y *ii*) que no exista la posibilidad de empates¹⁰⁴. Cumplidas estas dos condiciones, la regla de mayoría simple le entrega menos ventajas a los defensores

¹⁰¹ RICKER, *ibíd.*, p. 52, ejemplifica esto con el derecho a veto de algunos Estados en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ello podría ser aplicable al proceso legislativo chileno mediante arreglos institucionales como el veto del Presidente de la República y el control preventivo del Tribunal Constitucional. Estos roles hacen implausible la existencia de indiferenciación, por lo que el supuesto de igualdad y anonimato es, a lo menos, limitado.

¹⁰² Cabe hacer presente que, al tratar esta materia, Ricker considera el anonimato de la decisión, razón por la cual su razonamiento es más aplicable a las mayorías ciudadanas. RICKER, William, *cit.* (n. 98) p. 53.

¹⁰³ Un parlamentario podría condicionar su voto a la aprobación de mayor presupuesto para una política en su región, o para el nombramiento de alguna autoridad dentro de algún órgano externo al Congreso, o para múltiples razones que es difícil de conocer de manera exacta. Ello hace que la *indiferenciación* (y por lo tanto el anonimato y la igualdad) tenga problemas, sobre todo si se cree que la igualdad política es un elemento valioso que la mayoría ciudadana transmite a la mayoría parlamentaria. Asumir esa transmisión, implica basarse en supuestos bastante discutibles, por ejemplo, suponiendo que la mayoría parlamentaria tiene los mismos intereses que la mayoría ciudadana.

¹⁰⁴ Al existir la posibilidad de empate, la regla de mayoría nunca será neutral porque siempre favorecerá el status quo. RICKER, William, *cit.* (n. 98) p. 57.

del status quo que otras reglas de decisión. La súper-mayoría, en cambio, generalmente está diseñada para favorecer una posición predeterminada¹⁰⁵.

Analicemos el cumplimiento de estas dos condiciones. En primer lugar (*i*), la existencia de más de dos alternativas es muy común, y ella afecta la condición de neutralidad de la regla de mayoría, salvo que satisfaga el criterio de Condorcet (una posición vence a todas las demás y no se producen votaciones cíclicas). Si no hay un ganador en este sentido (“Condorcet winner”), la regla de mayoría es confusa e inadecuada para satisfacer la justicia del mecanismo decisorio¹⁰⁶. Hay que considerar que la improbabilidad de la existencia de una elección binaria puede ser corregida por ciertas instituciones. En otras palabras, pueden existir más de dos alternativas, y establecerse un mecanismo para reducirlas a dos, de manera de intentar satisfacer el carácter binario (y por lo tanto neutral) de la votación. Riker sostiene que este tipo de arreglos institucionales son injustos, ya que es imposible mantener en ellos el principio de neutralidad. Estas instituciones siempre le darán preferencia a algunas alternativas sobre otras¹⁰⁷. En cuanto a la ausencia de empates (*ii*), hay que hacer presente que ellos no son frecuentes, por lo que generalmente podría decirse que la mayoría simple es, efectivamente, neutral en este sentido. Ello asume, desde luego, que quienes asistieron a la sesión son representativos de las proporciones parlamentarias electas (cuestión que no siempre tiene lugar, ya que el número de parlamentarios que vota casi siempre es inferior al número de parlamentarios habilitados para votar).

Como dice Riker, la existencia de súper-mayorías rompe con esta neutralidad favoreciendo el status quo, lo que en su opinión se justifica para proteger a las minorías que defienden dicho status quo¹⁰⁸. El problema, entonces, no será acerca de la neutralidad, sino respecto de las materias en las que queremos que esa neutralidad (no) exista. Así, las comunidades políticas pueden decidir que haya ciertas materias donde la votación no sea neutral, atendidas ciertas justificaciones que ya he comentado. Para Riker, cuando no hay minorías que proteger, es mejor utilizar reglas que satisfagan la neutralidad¹⁰⁹.

El análisis de los problemas de la regla de mayoría no es exclusivo de un tipo de literatura concreta, sino que también ha sido acogido por otras disciplinas. Por un lado, desde la filosofía política, el propio Beitz reconoce por ejemplo que al asegurar la igualdad “en el sentido de una persona, un voto, no se elimina la posibilidad de gerrymandering”¹¹⁰. Por otro lado, desde la

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 56.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pp. 67-68.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 59-60.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 57.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 57.

¹¹⁰ BEITZ, cit. (n. 92) p. 8.

sociología, por ejemplo, Hermet ha desarrollado un argumento importante contra la regla de mayoría¹¹¹. Aunque la crítica de Hermet tiene pretensiones mucho mayores (cuestiona el diseño de democracia fundada en el régimen representativo), su razonamiento ilustra el punto de que hay diversas disciplinas donde se han planteado críticas similares, ninguna de las cuales ha sido relevante de considerar para Jiménez y otros.

3. *La ingenuidad del argumento de Jiménez y otros y la necesidad de un debate instrumental.*

Debido a que el argumento de mis contradictores puede funcionar relativamente bien para las mayorías ciudadanas y no para las mayorías parlamentarias, no es conveniente que su propuesta institucional sea utilizada como una receta concreta. Como he resumido en este trabajo, las falencias del argumento en torno al carácter igualitario de la regla de mayoría, han sido examinadas críticamente por parte importante de la literatura con razones plausibles. Por ello, es que cuando Jiménez y otros asumen que las propiedades igualitarias de la regla de mayoría (neutralidad, justicia, indiferenciación, entre otras) están presentes, y no consideran los problemas de representación ni de las elecciones múltiples (y casi nunca naturalmente

¹¹¹ HERMET, Guy, *El invierno de la democracia. Auge y decadencia del gobierno del pueblo* (Trad. castellana de N. Burrell, Barcelona, Los Libros del Lince, 2008). Inspirado en el trabajo de Bernard Manin, Hermet cuestiona la falsa verdad derivada de la regla mayoritaria (p. 179). La regla de mayoría “permitiría obtener una voluntad general imponible a todos, aunque tal pretensión es una falacia. No sólo la minoría subsiste siempre, pues en general representa hasta el 49 por ciento de los votos en las democracias modernas, sino que, además, nada asegura que no tenga la razón de su parte. De modo que esta minoría a menudo sustancial puede transformarse de un día para otro en una mayoría en desacuerdo con sus posiciones anteriores, aunque su viraje no quedará ratificado hasta años más tarde, en las siguientes elecciones. La falta de información de los ciudadanos explica esta aparente volubilidad y contribuye a emparentar la producción de una mayoría efímera con el fruto de una casualidad o con el resultado del trabajo de las fábricas de opinión” [p. 180]. La voluntad general de la mayoría simple “es demagógica, pues su objetivo es persuadir a los electores de su capacidad para zanjar cuestiones de las que lo ignoran todo y sobre los que los animadores políticos les impiden reflexionar con seriedad [...]. En este sentido, para Manin y también para Jürgen Habermas, la única decisión mayoritaria coherente y compatible con el reconocimiento de la dignidad de los ciudadanos debería ser el resultado de una larga discusión abierta que, una vez liberada del monopolio del gobierno, los diputados, los partidos o los líderes de opinión profesionales, se desarrollaría en la sociedad ordinaria con la participación de todos aquellos que lo desearan” (p. 180). Entregarle poder a los representantes sin frenos y contrapesos hace correr el riesgo de caer en una suerte de “democracia delegativa al estilo latinoamericano, en la que el pueblo se limita a entregar a su héroe o su heroína un mandato en blanco, como ocurrió con Fernando Enrique Cardoso y luego con Lula en Brasil” (p. 202).

binarias), idealizan a la regla de mayoría como un procedimiento decisorio infalible desde una perspectiva democrática e igualitaria. Ello es, a todas luces, una falacia. Incluso Sadurski, como vimos, reconoce los límites de su teoría; y Dahl sugiere la adopción de otras reglas decisorias para corregir las distorsiones que se presentan.

Cuando se debate en el terreno de los arreglos institucionales concretos que queremos que gobiernen nuestro proceso legislativo, las consideraciones relacionadas con lo dicho en las secciones anteriores no pueden estar ausentes. En mi propuesta, he sugerido que hay buenas razones para que la mayoría simple sea la regla general, y como esas razones no funcionan completamente bien en todos los casos, es pertinente discutir acerca de algún dispositivo contra-mayoritario que corrija dichos defectos. Estas razones se suelen vincular con algunas de las justificaciones especiales que he desarrollado en mi trabajo de 2012, desde que ellas, en general, dicen relación con la protección de ciertas regulaciones destinadas a impedir que las mayorías políticas frenen la promoción de valores importantes para nuestra democracia, como la posibilidad de la alternancia en el poder, la imparcialidad del diseño electoral y del proceso legislativo, la autonomía de los órganos de control y el impedimento de la eventual captura de instituciones que cumplen un rol sensible que a nuestra comunidad le interesa especialmente (como en el caso de la autonomía del Banco Central). La súper-mayoría es una opción válida frente a este tipo de justificaciones, aunque no es la única, razón por la cual su defensa siempre será instrumental y sujeta a posibles eventuales revisiones ante la existencia de mejores alternativas.

De esta forma, hay espacio para debatir acerca de si el instrumento que defiende (la súper-mayoría) es tan eficaz como otras alternativas institucionales disponibles. Así, por ejemplo, uno de los trabajos críticos más profundos acerca de las súper-mayorías (el de Melissa Schwartzberg), sugiere que ellas deberían rechazarse sobre la base de que las distorsiones que ellas pretenden corregir, pueden ser solucionadas mediante otros mecanismos de manera más eficaz¹¹². Este es, justamente, el tipo de debate que hace falta en nuestro

¹¹² SCHWARTZBERG, Melissa, *Counting the Many* (Nueva York, Cambridge University Press, 2014). Lo interesante del trabajo de esta autora, es que después de identificar los orígenes históricos de las súper-mayorías (que en un comienzo estaban diseñadas para reemplazar la regla de la unanimidad y no de la mayoría simple), anota los problemas que traen las reglas súper-mayoritarias en diferentes niveles, argumentando que las razones defectuosas que traen las mayorías simples y que hoy han sido invocadas para justificar la súper-mayoría, pueden ser corregidas de manera más eficaz por otros mecanismos. El argumento de Schwartzberg es, como puede apreciarse, esencialmente instrumental, y termina proponiendo un sistema que denomina *mayoritarismo complejo*. En su libro, ella trata varios de los problemas que yo resumo brevemente en mi trabajo.

país. Hasta el momento, lamentablemente sólo hemos discutido acerca del origen autoritario de las loc.s, lo que ha impedido una revisión de los méritos de las súper-mayorías.

El trabajo de Jiménez y otros no entiende esto, por lo que decide discutir en un terreno no instrumental. Ello parece evidente en las partes en que se refieren a la crítica del origen autoritario de las loc.s, cuando discuten su carácter democrático y cuando razonan sobre la base de la igualdad. Sin embargo, cuando discuten las justificaciones especiales de algunas súper-mayorías particulares que sugerí en mi trabajo de 2012, parecen suscribir el carácter instrumental del debate. Como explicaré a continuación, mis contradictores transforman una discusión de principios en una discusión instrumental, lo que me parece correcto, aunque contradictorio con las afirmaciones demasiado absolutas que habían realizado con anterioridad.

Un ejemplo en que los autores utilizan una argumentación instrumental se relaciona con los problemas de la súper-mayoría en materia electoral, donde sostienen que existen otros mecanismos para resguardar la imparcialidad del diseño electoral¹¹³. Ya cité un pasaje del texto de Elster que se refiere a la necesidad de un dispositivo contra-mayoritario en este sentido. Si se observa el argumento de Jiménez y otros, ellos aceptan la justificación, y proponen resguardarla por otro instrumento (un tribunal o un órgano técnico). Este es justamente el sentido de un debate instrumental: discutir cuáles son los mejores mecanismos para proteger aquellos fines que estimamos valiosos para el sistema. Tienen razón parcial mis contradictores cuando cuestionan la eficacia de la súper-mayoría en la defensa de la imparcialidad del diseño electoral, ya que hay casos donde hay un interés compartido y transversal entre los políticos con representación parlamentaria que los podría hacer actuar en conjunto (como ocurrió el año 2005 con la adopción de la regla de reemplazo de parlamentarios que hoy le corresponde realizar a los partidos políticos, por ejemplo). Sin embargo, este cuestionamiento tiene alcances limitados respecto de las minorías que hoy gozan de representación parlamentaria, las que gracias a las súper-mayorías pueden vetar, por ejemplo, que la mayoría rediseñe los distritos para obtener más escaños. Por ello, la regla súper-mayoritaria también tiene ventajas que no pueden ser ignoradas. El problema debiera ser resuelto evaluando la eficacia de los arreglos institucionales propuestos para la defensa de la imparcialidad del diseño electoral. Por ello, ninguno de dichos mecanismos es un fin en sí mismo. Lamentablemente, sin embargo, esta lucidez del artículo de Jiménez y otros contrasta con el resto de su trabajo, el que en general entrega razones genéricas para llegar a consecuencias absolutas.

¹¹³JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3) pp. 386-387.

Otra parte interesante del análisis de los autores dice relación con la justificación especial de la súper-mayoría para la regulación de los órganos de control político. Ellos rechazan la justificación de la autonomía de dichos órganos sobre la base de que se trata de contextos donde los políticos instrumentalizan al Derecho en momentos de crisis¹¹⁴. Sin perjuicio de que su argumento es débil, el mismo demuestra el carácter instrumental del terreno donde aceptaron debatir.¹¹⁵

4. El presidencialismo y el problema de la sobrepoblación de dispositivos contra-mayoritarios.

Ya he explicado las razones por las cuales el debate sobre las súper-mayorías en Chile, es un debate instrumental. Las súper-mayorías son excepcionales y quien quiera defenderlas debe justificar los motivos especiales

¹¹⁴Ibíd., p. 383.

¹¹⁵En primer lugar, ello no ocurre sólo en momentos de crisis y, en segundo lugar, justamente cuando los políticos instrumentalizan las instituciones para su interés propio, es que la autonomía de los órganos de control se vuelve especialmente importante. Ellos dicen que no es plausible que los órganos políticos intentarán destruir a los órganos de control, pero sí es plausible que utilicen la herramienta del cambio legislativo para amenazar las atribuciones de dichos órganos, razón por la cual el resguardo de las súper-mayorías tiene sentido (aunque, repito, podría ser a través de otros mecanismos). La pregunta que Jiménez y otros hacen respecto de si no serán suficientes otros mecanismos de “accountability”, es, con todo, una pregunta legítima. JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3), p. 384. No obstante, uno de los ejemplos que desarrollan para explicar que no se requiere de una súper-mayoría para garantizar la autonomía de los órganos de control, ha sido mal entendido. Cuando citan el caso de las facultades de los fiscales para ejercer la persecución penal, y dicen que ello no contribuye en nada a proteger los derechos de quienes son imputados, demuestran no haber comprendido el argumento. Los fiscales tienen el mandato constitucional de ser objetivos en la persecución criminal y de ejercer sus funciones con autonomía, y ello es garantizado mediante diferentes herramientas, dentro de las cuales está la regla de súper-mayoría. Quien más puede amenazar estas atribuciones son los políticos, cuando necesitan intervenir las políticas del Ministerio Público para mejorar su aprobación en materia penal. En este sentido, el populismo penal puede transmitirse desde la política del Ministerio del Interior (entre otros órganos interesados) hacia el Ministerio Público. Sin la regla de súper-mayoría, será más fácil amenazar algunas cuestiones orgánicas del Ministerio Público, en las cuales los fiscales tienen interés. Con la regla de súper-mayoría, una minoría podría controlar más fácilmente que el populismo penal no contagie las políticas de la fiscalía. Si bien este instrumento súper-mayoritario no será totalmente eficaz, es evidente que el fin que persigue tiene sentido en una democracia respetuosa del debido proceso y la igualdad ante la justicia. Podrá discutirse, no obstante, cuál es el mejor mecanismo para proteger la autonomía del Ministerio Público (en lo que Jiménez y otros podrán tener algo de razón al cuestionar las motivaciones de la minoría), ya que este debate, como he dicho, es de naturaleza instrumental.

para hacerlo¹¹⁶. Adicionalmente, debe considerarse que las súper-mayorías son arreglos institucionales aislados, sino que ellas se relacionan de manera dinámica y sistémica con otras reglas de organización política, como el sistema electoral, el control constitucional, el régimen presidencial, el veto del presidente de la República y la densidad de la *Constitución*, entre otros. En esta sección, desarrollaré dos ideas que me parecen importantes de destacar en este sentido: en primer lugar (*a*), la relación de la regla de súper-mayoría con el sistema presidencial chileno. ¿Qué impacto se produciría si se eliminaran las súper-mayorías en nuestro sistema presidencial? En segundo lugar (*b*), me haré cargo de la acusación que formula Jiménez y otros en relación a que habría una sobrepoblación de dispositivos contra-mayoritarios.

a) El problema del presidencialismo y las súper-mayorías. En el caso chileno, existe una razón asociada al régimen presidencial, que ha justificado la regla de súper-mayoría para ciertas materias. En efecto, la literatura politológica se suele preguntar acerca de la paradoja que ha llevado a que presidentes muy poderosos, se hayan comportado de forma moderada y cooperativa con el Congreso¹¹⁷. Para nadie es un misterio que nuestro presidente de la República es especialmente poderoso en materia legislativa: puede decretar urgencias, tiene iniciativa exclusiva en materias muy importantes (las que se protegen por el régimen de ideas matrices), tiene derecho a veto (el que sólo requiere del apoyo de un tercio del Congreso para impedir la insistencia parlamentaria sobre los puntos de discusión), y

¹¹⁶ Por esta razón, rechazo la acusación que Jiménez y otros me hacen al decir que estoy trasladando la carga de la prueba. JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3), pp. 370-373. Atendido que a nivel general la regla de mayoría simple debe ser el mecanismo de decisión por defecto (en lo que estamos de acuerdo), quien quiera defender la adopción de un tipo distinto de decisión (incluyendo también pero no únicamente a las loc.s), debe hacerlo sobre la base de razones adicionales que justifiquen la excepción. Jiménez y otros no entienden esta idea, por lo que me acusan de pretender defender el status quo vigente y decir que quienes proponen reformas, deben argumentar a su favor. Sin perjuicio de que, en general, me parece saludable que quienes ofrecen modificaciones las justifiquen debidamente, las palabras de Jiménez y otros demuestran que no entendieron la necesidad de la existencia de las justificaciones especiales que ofrecí en mi trabajo de 2012. En todo caso, me parece correcto que este sea un debate de confrontación de razones, ya que estimo que ninguna de las posiciones existentes nace con una ventaja teórica desde una perspectiva académica. Por lo mismo, tanto Jiménez y otros como yo, debemos fundamentar nuestras posiciones. Lo que Jiménez y otros no pueden pretender (como parecen hacerlo), es eludir el debate mediante el argumento consistente en que yo poseo la carga de la prueba.

¹¹⁷ Esta paradoja consistente en la existencia de Presidentes poderosos y moderados, se atribuye a STAVELIS, Peter, *Exaggerated Presidentialism and Moderate Presidents: Executive Legislative Relations in Chile*, en MOGENSTERN - NACIF (editores) *Legislative Politics in Latin America* (Cambridge University Press, 2002), pp. 79-111.

goza de importantes herramientas para negociar con los parlamentarios y los partidos políticos (presupuesto, etc.), entre otras facultades importantes¹¹⁸. Todos estos poderes hacen casi imposible que un proyecto de ley prospere si el Jefe de Estado no lo apoya, y le dan al mismo una amplia capacidad de influencia para que se aprueben aquellos proyectos de ley que decide apoyar.

En este sentido, el régimen de súper-mayorías legislativas ha sido parte de un sistema de contrapeso (en el que también hay otros arreglos institucionales) al Presidente de la República, el que se ha visto forzado a negociar algunos puntos importantes con la oposición¹¹⁹. En palabras de Cristóbal Aninat: “Una variable clave en el poder del Congreso frente al Presidente de la República es la existencia de quórums especiales [...] la existencia de quórums especiales exige al gobierno alcanzar acuerdos más amplios para la aprobación de proyectos de ley en materias afectas a dichos quórum. Al empoderar al Congreso frente al Ejecutivo, esta circunstancia constituye una instancia adicional de cooperación entre ambos poderes del Estado”¹²⁰.

Al final, Aninat concluye que, atendido el modelo de democracia imperante, el presidente en Chile no puede gobernar con prescindencia del Congreso y, si bien controla la agenda legislativa, el Congreso se ve reforzado (entre otras razones) por la existencia de quórums especiales¹²¹. Ello se debe no sólo a la existencia de súper-mayorías a nivel legislativo, sino también a otras razones, como ocurre con la rigidez de nuestra *Constitución* y con un sistema electoral que tiende a formar empates parlamentarios entre las dos coaliciones más importantes del país. Sin estas contenciones, un presidente

¹¹⁸ Varias de estas facultades provienen de la reforma constitucional de 1970. Como comenta TAPIA, Jorge, *Democracia versus Racionalización Política*, en GIL - CHÁVEZ (coordinadores) *Evolución de la Organización Político-Constitucional en América Latina* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979), p. 108: “El presidente de la República fue convertido en el gran legislador. Sin su voluntad no podría discutir ni un solo proyecto de ley relativo a ninguna materia importante en el orden económico, social y político [...] la contraparte ineludible de este logro fue el debilitamiento casi absoluto del Congreso Nacional y con él, el de los partidos políticos”.

¹¹⁹ Se ha dicho, incluso que desde 1989 el proceso no ha sido el de fortalecer al presidente, sino al Congreso, debido al modelo de democracia de consenso que establece la *Constitución* de 1980. HUNEEUS, Carlos, *La Democracia presidencial en Chile*, en *Making Presidentialism Work* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009), p. 259. En parte, ello se debe a que la *Constitución* fortalece a las minorías parlamentarias a través de diversos arreglos institucionales. Entre ellos, Huneeus menciona los quórums de reforma constitucional y las leyes que requieren de mayorías especiales. HUNEEUS, Carlos, cit., (n. 119), p. 258.

¹²⁰ ANINAT, Cristóbal, *Balance de poderes legislativos en Chile. ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo?*, en *Política, Universidad de Chile*, 47 (2006), p. 140.

¹²¹ ANINAT, Cristóbal, cit. (n. 120), p. 145.

de la República que goce de mayoría simple podría operar sin contrapeso, atendidas las fuertes facultades que posee. Si bien el problema del sistema electoral probablemente será resuelto (parece hoy existir una voluntad política real por modificarlo) y atendido que este no produce empates reales¹²², hoy el sistema binominal es menos importante como contención frente al poder del jefe de Estado.

Como puede observarse, el diseño constitucional actual depende de las súper-mayorías para contrastar la fuerte influencia del jefe de Estado en materia legislativa. Sin ellas, éste probablemente podría realizar reformas políticas que amenacen la influencia de las minorías en beneficio de su coalición. Un presidente tan poderoso como el nuestro, es una rareza en el derecho comparado, y podría ser considerado como poco democrático si el mismo actúa sin contrapeso. De hecho, como Peter Siavelis sostiene, la mayoría de la literatura presagió problemas de gobernabilidad democrática en Chile justamente debido a lo exagerado del poder del jefe de Estado¹²³. Esta predicción fracasó debido en parte a que no se consideraron las instituciones que servían de contención al presidente y que generaron comportamientos políticos asociados a la cooperación y los acuerdos. En este esquema, las loc.s han jugado un rol importante. Así, por ejemplo, al proponer modificar el sistema binominal, el Ejecutivo debe negociar con una parte importante de la oposición, asegurando de esta forma que el sistema electoral que reemplace al sistema binominal, tendrá ciertas garantías de neutralidad e imparcialidad.

Este es un argumento instrumental para defender las súper-mayorías en las reglas de la política, ya que el mismo puede ser eliminado si se alteran las condiciones bajo las cuales el mismo actúa. En otras palabras, si las loc.s tienen sentido bajo el contexto de un presidencialismo muy fuerte, este argumento perderá fuerza si se alteran las facultades del presidente de la República. Así, si se reducen los poderes legislativos del jefe de Estado, la existencia de un requerimiento súper-mayoritario a nivel legislativo no será necesaria para contener la influencia del presidente. Por ello, es importante que si se revisan estos arreglos institucionales, se considere la modificación de ellos en tanto forman un sistema. La reforma de uno tiene implicancias en la manera en que funcionan los otros. En consecuencia, deben ser rechazados argumentos como los de Fernando Atria, que llaman a eliminar los dispositivos contra-mayoritarios en primer lugar, para después abrir la discusión respecto de otros

¹²² Al menos en la elección parlamentaria de 2013, la Nueva Mayoría obtuvo mayorías parlamentarias suficientemente significativas que dejaron a la oposición política de la Alianza en una situación de poca influencia legislativa.

¹²³ SIAVELIS, Peter, *Accommodating Informal Institutions and Chilean Democracy*, en HELMKE - SIAVELIS (editores), *Informal Institutions & Democracy. Lessons from Latin America* (The John Hopkins University Press, 2006), p. 35.

aspectos del sistema constitucional. En efecto, Atria, luego de proponer la eliminación de lo que denomina las trampas de la Constitución (dentro de las cuales están las loc.s), dice: “¿Es que las otras cosas de las que se suele acusar a la Constitución de 1980 son irrelevantes? Recordemos algunas [...]: presidencialismo exagerado [...], etc. Al decir que la eliminación de [...] las trampas constitucionales, implicaría la dictación de una nueva Constitución, ¿no estamos diciendo que todo esto es de segundo orden? Quizá podríamos responder: estamos diciendo que es de segundo orden, pero no en sentido político, sino en sentido puramente institucional [...]”¹²⁴.

El problema de la propuesta institucional de Atria, es que no considera los efectos de la eliminación de lo que denomina trampas. Al decir que el presidencialismo está en un segundo orden institucional, Atria está suponiendo que el mismo se mantendrá igual después de la eliminación de dichas trampas. Eso es un error, ya que el sistema presidencial sufrirá consecuencias importantes si ellas son eliminadas. Esta consideración, respecto de la cual las loc.s han servido como contrapeso a un presidente de la República radicalmente poderoso en materia legislativa, no debería ser ignorada.

b) La sobrepoblación de dispositivos contra-mayoritarios. El presidencialismo exagerado, como ya expliqué, forma parte de un análisis sistemático de la regla de súper-mayoría, cuestión que no debería eludirse, así como tampoco debiera eludirse la forma dinámica en que se relacionan los dispositivos contra-mayoritarios dentro del sistema político. Jiménez y otros argumentan que nuestro sistema tiene una “sobrepoblación de mecanismos contra-mayoritarios”¹²⁵, lo que debe ser analizado con cuidado. ¿Qué significa que exista una sobrepoblación? ¿En qué casos habrá sobrepoblación?

Recordemos que la diversidad de mecanismos contra-mayoritarios es alta, y que muchos países reconocen al mismo tiempo varios de ellos (bica-meralismo, veto del Presidente, súper-mayoría, rigidez constitucional, cuotas electorales para minorías, etc.). Por lo anterior, no es fácil determinar en qué casos estamos frente a una sobrepoblación, aunque se trata de una pregunta válida y razonable. No obstante, el estándar ofrecido por mis contradictores para contestar esa pregunta, está lejos de ofrecer una respuesta satisfactoria. Ellos dicen que habría una sobre-población de estos dispositivos cuando se pierde la identidad entre la voluntad del pueblo y las “medidas tomadas por las instituciones del Estado”¹²⁶. Todos los dispositivos contra-mayoritarios tienen la capacidad, por sí solos, para distorsionar esa identidad, por lo que el estándar que ellos utilizan debiera eliminar la posibilidad de tener veto presi-

¹²⁴ ATRIA, Fernando, cit. (n. 56), p. 55.

¹²⁵ JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3), pp. 376-379.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 378.

dencial, cuotas electorales y control constitucional, entre muchos otros. Por esta razón, la explicación que ellos hacen sobre el “efecto acumulado” de los arreglos institucionales contra-mayoritarios, no es, en realidad “acumulada”, sino dirigida a todos ellos de manera individual. El argumento por el cual las loc.s deben ser suprimidas debido a que ya existen otros instrumentos, podría ser válido si se explicara que dichos instrumentos cumplen de forma eficaz con los fines particulares que las loc.s sirven. Lamentablemente, no es este el tipo de respuesta que Jiménez y otros ofrecen. La diferenciación que los autores realizan entre las súper-mayorías y otros instrumentos en el sentido de que ellas son internas al Congreso y los otros son externos¹²⁷, abre más preguntas que respuestas. Como ya lo expuse anteriormente, no explican el criterio para hacer esa distinción. Un criterio posible es la legitimidad política (bajo el cual las minorías parlamentarias tienen más ventajas que los órganos no electos como el Tribunal Constitucional), otro tiene que ver con la representación política de las minorías, otro con la eficacia del control¹²⁸, entre otros. Tienen razón mis contradictores cuando asumen que existen diferencias entre los dispositivos contra-mayoritarios, pero no es la diferencia elegida por ellos la que debiera necesariamente ordenar la agenda de reformas políticas. ¿Cuál es, en definitiva, el criterio para determinar que hay un efecto acumulado excesivo de los dispositivos contra-mayoritarios? Pese a que esta pregunta no está contestada por los autores de manera satisfactoria, ella puede no obstante tener cierto valor. En otras palabras, es posible compartir la idea de que estamos frente a un sistema excesivamente poblado de arreglos contra-mayoritarios aunque Jiménez y otros no ofrezcan un argumento consistente.

Un diagnóstico como ese debe ser realizado de forma dinámica (y no estática). Lo anterior significa debe considerarse: *i*) las reformas pasadas para evaluar la situación actual (la Constitución actual ha cambiado en este punto¹²⁹); y *ii*) la agenda de reformas futuras cuando se hacen propuestas de cambio para entender la manera en que los arreglos institucionales se relacionarán entre sí. Es en este punto donde es pertinente discutir acerca de la combinación de las súper-mayorías con el sistema electoral (que pro-

¹²⁷ *Ibid.*, p. 379.

¹²⁸ En otro trabajo he cuestionado la eficacia del control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional. VERDUGO, Sergio, *Control preventivo y obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador*, en *Estudios Constitucionales*, 8 (2010) 1, pp. 201-248.

¹²⁹ En este punto ha habido reformas políticas importantes, como con la eliminación de senadores designados, la reducción del quórum de las loc.s y la privación de la facultad del Consejo de Seguridad Nacional en el nombramiento de ministros del Tribunal Constitucional.

blemente cambiará) y el control preventivo obligatorio, respecto del cual yo he sido crítico¹³⁰. Me referiré brevemente al primero de éstos. El sistema electoral tiene una capacidad importante, por sí sólo, para distorsionar la identidad entre el pueblo y el resultado político que le preocupa a Jiménez y otros. Es evidente que la transformación de las preferencias ciudadanas en escaños parlamentarios siempre impactará la manera en que las fuerzas políticas se organizan en el Congreso. Por ello, es que existe una multiplicidad de sistemas electorales con distintos fines (algunos sobre-representan a las regiones, otros a las minorías, otros a las mayorías, etc.). Lo que dije respecto de los sistemas proporcionales en mi trabajo de 2012, es que un eventual multipartidismo provocado por un mecanismo proporcional, podría hacer más difícil alcanzar las súper-mayorías dentro del Congreso que bajo el sistema actualmente vigente, lo que podría darle una rigidez mayor a las loc.s. Hay que agregar, no obstante, que este efecto podría verse limitado si el sistema proporcional que se propone adopta reglas de moderación. No he dicho, como parecen pretender los autores¹³¹, que este motivo sea suficiente para defender el status quo actual (hay otras razones para modificar el sistema binominal), sino sólo que es una consideración importante y sistemática que no puede omitirse del análisis. Así, tampoco puede omitirse del análisis el efecto que tendría la eliminación de las súper-mayorías respecto de otros arreglos institucionales importantes, y respecto de las razones especiales que se han tenido a la vista para hacer más rígida la aprobación de modificaciones en ciertas áreas.

Lo positivo de la manera en que Jiménez y otros enfrentan este problema, es que demuestra que ellos están disponibles para tener un debate instrumental respecto de dichos dispositivos contra-mayoritarios (lo que debe celebrarse). Sin perjuicio de ello, debe agregarse que ese debate no puede eludir hacerse cargo de la preocupación por el excesivo cesarismo presidencial que se generaría si se eliminan las loc.s sin revisar al mismo tiempo los poderes legislativos del Presidente de la República (que traté en la sección precedente).

V. CONCLUSIÓN

La crítica que Jiménez y otros ofrecen respecto de mi trabajo de 2012 adolece de varios problemas. En primer lugar, ella confunde el rechazo al origen autoritario de las loc.s, con las razones que justifican o invalidan la

¹³⁰Yo mismo me he manifestado en contra del control preventivo obligatorio. Véase: VERDUGO, Sergio, cit. (n. 128).

¹³¹JIMÉNEZ Y OTROS, cit. (n. 3), pp. 377-378.

adopción de la regla de súper-mayoría, lo que impide tener un debate con consecuencias institucionales de evaluación y propuesta.

En segundo lugar, las críticas de mis contradictores se fundamentan en consideraciones relacionadas con la democracia. Sin perjuicio de que a veces las fuentes están descontextualizadas y en otras ocasiones no consideran el argumento completo de los autores que citan, Jiménez y otros parecen suscribir una concepción minoritaria y radical de la democracia que presenta ciertos problemas. Aunque esta constatación no refuta por completo el argumento de ellos, lo reduce a una perspectiva parcial del problema que es incompatible con otras soluciones que una parte importante de la literatura constitucional ha considerado apropiadas para el sistema político.

Uno de los problemas más importantes descansa en que estos autores no distinguen con éxito las críticas a las súper-mayorías, de las críticas más generales a los dispositivos contra-mayoritarios. Justamente debido a que muchas justificaciones se confunden, es que no es posible trazar una línea clara entre ellas. Por eso, las razones de la rigidez constitucional pueden transmitirse a la súper-mayoría legislativa si las materias que tanto la Constitución como las loc.s regulan, se superponen materialmente (lo que sucede, por ejemplo, con el sistema electoral). En consecuencia, la crítica que pide distinguir las es de un formalismo excesivo que debe ser rechazado.

En tercer lugar, la crítica de los autores descansa en una concepción particular de la igualdad política. Esa concepción es necesariamente parcial (deja de lado otras concepciones que le compiten) pero es relativamente válida. Sin embargo, las implicancias de la misma sólo alcanzan a un nivel abstracto del debate, y no tienen la fuerza de justificar la instauración de súper-mayorías excepcionales. Por ello, es que esta concepción es esencialmente limitada (lo que reconoce uno de los autores que Jiménez y otros citan, como es Sadurski) y sólo es útil para defender la mayoría simple como regla general, y no para rechazar las excepciones basadas en justificaciones diferentes. Si se rechazara esta idea, Jiménez y otros debieran hacerse cargo de los problemas que trae esta tesis cuando es concretizada en propuestas institucionales: ¿cómo se diferencia la mayoría ciudadana de la mayoría parlamentaria para que las distorsiones de esta última no afecten su argumento? ¿Bajo qué criterios los problemas del proceso decisorio de mayoría simple son corregidos atendidas las imperfecciones que la literatura discute?

Los autores no contestan estas preguntas. Por esta razón, su propuesta puede resultar atractiva en un nivel abstracto de la discusión, pero es insuficiente como propuesta de reformas políticas concretas (a diferencia de lo que han hecho otros críticos de las súper-mayorías, como Schwartzberg). Cuando se discute acerca de las loc.s, deben evaluarse las razones por las cuales las materias protegidas por el veto de las minorías parlamentarias han

persuadido de establecer una súper-mayoría. Esas razones se suelen relacionar con argumentos clásicos del constitucionalismo atendidos los incentivos políticos que tienen las mayorías. Por ello, no considerar los problemas de la regla de mayoría y sólo fundar su legitimidad, lleva a Jiménez y otros a elaborar una defensa ingenua que algunos de los autores (como Dahl) de que se sirven han considerado (pero que Jiménez y otros han omitido, de allí su ingenuidad).

Las razones especiales de las súper-mayorías son instrumentales al contexto en que ellas operan y a los fines institucionales (como la autonomía del Banco Central) detrás de la rigidez que se crea en particular. Por ello, existen recetas institucionales que pueden competir con la regla de súper-mayoría. La discusión tiene que ver, entonces, con la necesidad de proteger esos fines institucionales (¿queremos proteger la autonomía del Banco Central) y también con la eficacia de las medidas (¿es la loc un mecanismo suficiente para proteger la autonomía del Banco Central). Asimismo, también tiene que ver con el contexto en que la súper-mayoría ha operado entre nosotros. En nuestro sistema, ellas han jugado un rol importante en el equilibrio de poderes existente en el modelo presidencial. Si se considera la reforma a las loc.s, necesariamente deberían tomarse en cuenta las implicancias que la misma provocará en dicho modelo, cuestión que los críticos han omitido.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We the People, III: The Civil Rights Revolution* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2014).
- ACKERMAN, Bruce, *The Living Constitution*, en *Harvard Law Review*, 120 (2007) 7.
- ACKERMAN, Bruce, *We the People, I: Foundations* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1993).
- ANINAT, Cristóbal, *Balance de poderes legislativos en Chile. ¿Presidencialismo exagerado o base de un sistema político cooperativo?* en *Política. Universidad de Chile*, 47 (2006).
- ATRIA, Fernando, *La constitución tramposa* (Santiago, LOM Ediciones, 2013).
- ATRIA, Fernando, *La constitución tramposa y la responsabilidad del jurista*, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador), *Nueva constitución y momento constitucional* (Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2014), pp. 15-49.
- BARNETT, Randy E., *We the People: Each and Every One*, en *Yale Law Journal* (en prensa, 2014) [disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2424853>].
- BEITZ, Charles R., *Political Equality* (New Jersey, Princeton University Press, 1989).
- BELLAMY, Richard, *Citizenship. A Very Short Introduction* (Oxford University Press, 2008).
- BÖCKENFORDE, Ernst W., *Democracia como principio constitucional*, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid, Trotta, 2000).
- BUSCH, Tania - QUEZADA, Flavio, *Regla de mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 78 (2013).

- DAHL, Robert A., *On Political Equality* (Yale University Press, 2006).
- DAHL, Robert, *How Democratic is the American Constitution?* (New York, Yale University Press, 2003).
- DAHL, Robert, *Democracy and its Critics* (Yale University Press, 1989).
- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here?* (Princeton University Press, 2006).
- ELSTER, Jon, *Régimen de mayorías y derechos individuales*, en *De los derechos humanos. Las conferencias de Oxford Amnesty* (1993).
- EPSTEIN, Richard, *Direct Democracy: Government of the People, by the People, and for the People?* en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (2011).
- FRIEDRICH, C.J., *La democracia como forma política y como forma de vida* (Madrid, Editorial Tecnos, 1961).
- FONTAINE, Juan Andrés, *Banco Central: Autonomía para cautelar la estabilidad*, en *Cuadernos de Economía*, 26 (1989) 77.
- HERMET, Guy, *El invierno de la democracia. Auge y decadencia del gobierno del pueblo* (Trad. castellana de N. Burrel, Barcelona, Los Libros del Lince, 2008).
- HUNEEUS, Carlos, *La democracia presidencial en Chile*, en *Making Presidentialism Work* (International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009).
- JIMÉNEZ, Guillermo - MARSHALL, Pablo - MUÑOZ, Fernando, *La debilidad de las súper-mayorías*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 41 (2013).
- KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia* (Granada, Editorial Comares, 2002).
- LERNER, Hanna, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies* (Cambridge University Press, 2011).
- MAY, Kenneth O., *A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Rule*, en *Econometrica*, 20 (1952) 4.
- MUÑOZ, Fernando, *Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia*, en *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano* (2006).
- PITKIN, Hanna H., *The Concept of Representation* (University of California Press, 1967).
- RAWLS, John, *A Theory of Justice* (Cambridge MA, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971).
- RICKER, William H., *Liberalism Against Populism. A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice* (Waveland Press, 1982).
- RISSE, Mathias, *Arguing for Majority Rule*, en *The Journal of Political Philosophy*, 12 (2004) 1.
- SADURSKI, Wojciech, *Equality and Legitimacy* (New York, Oxford University Press, 2008).
- SCHWARTZBERG, Melissa, *Counting the Many* (Nueva York, Cambridge University Press, 2014).
- SCHWARTZBERG, Melissa, *Voting the General Will: Rousseau on Decision Rules*, en *Political Theory*, 36 (2008) 3.
- SIAVELIS, Peter, *Accommodating Informal Institutions and Chilean Democracy*, en HELMKE - SIAVELIS (editores), *Informal Institutions & Democracy. Lessons from Latin America* (The John Hopkins University Press, 2006).
- SIAVELIS, Peter, *Exaggerated Presidentialism and Moderate Presidents: Executive Legislative Relations in Chile*, en MOGENSTERN - NACIF (editores) *Legislative Politics in Latin America* (Cambridge University Press, 2002).
- SIERRA, Lucas - MAC-CLURE, Lucas, *Frente a las mayorías: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2011).

- TAPIA, Jorge, *Democracia versus racionalización política*, en GIL - CHÁVEZ (coordinadores) *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979).
- VERDUGO, Sergio, *La Discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes*, en *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013) 1, pp. 181 - 223.
- VERDUGO, Sergio, *Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2012).
- VERDUGO, Sergio, *Control Preventivo y Obligatorio: Auge y Caída de la Toma de Razón al Legislador*, en *Estudios Constitucionales*, 8 (2010) 1.
- VERDUGO, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, en *Actualidad Jurídica*, 20 (2009), 2.
- WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation* (New York, Cambridge University Press, 1999).
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press, 1999).
- WALDRON, Jeremy, *The Core of the Case against Judicial Review*, en *The Yale Law Journal*, 115 (2006) 6.
- WEIRICH, Paul, *Rousseau on Proportional Majority Rule*, en *Philosophy and Phenomenological Research*, 47 (1986) 1.
- ZAPATA, Patricio, *La nueva constitución y el bien común*, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador), *Nueva constitución y momento constitucional* (Santiago, LegalPublishing - Thomson Reuters, 2014).

