

# Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales<sup>1</sup>

**Sergio Verdugo Ramírez**

Profesor investigador, Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

*"Dadle todo el poder a la mayoría, ella oprimirá a la minoría.  
Dadle todo el poder a la minoría, ella oprimirá a la mayoría.  
Ambas fracciones, por lo tanto, deben tener poder, de modo tal  
que cada una de ellas pueda defenderse contra la otra".*

Alexander Hamilton<sup>2</sup>

## I. Introducción

Las relación entre la democracia y la regla supermayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales (las "LOC") está siendo cuestionada por diversos actores políticos.<sup>3</sup> De hecho, dos proyectos de reforma a la Constitución Política de la República (la "CPR") se han presentado en el Congreso estos últimos años.<sup>4</sup>

La doctrina ha tratado poco esta materia. La mayoría de los trabajos existentes se refieren al control constitucional de las LOC, o a la precisión de su concepto

<sup>1</sup> Agradezco los valiosos comentarios de los profesores de Derecho Constitucional José Francisco García, José Manuel Díaz de Valdés y Miriam Henríquez.

<sup>2</sup> Citado por GARGARELLA (1999) p. 15

<sup>3</sup> En su propuesta de reforma constitucional, el senador y candidato presidencial de la Concertación de Partidos por la Democracia, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, ofrece –entre muchas otras materias– modificar el sistema de quóruns constitucionales para aprobar, modificar o derogar una norma de LOC y de ley de quórum calificado (la "LQC"). Esta propuesta fue redactada por el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Pablo Ruiz-Tagle, quien forma parte activa en la campaña del senador Frei. Véase, dentro del sitio web oficial de la campaña presidencial del senador: <http://www.efrei.cl/site/2008/12/la-constitucion-del-bicentenario-resumen-ejecutivo/>

<sup>4</sup> Véase la moción de 24 de octubre del 2005, de los senadores Adolfo Zaldívar y Rafael Moreno, proyecto que fue en definitiva archivado con fecha 29 de julio de 2008. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl). Véase también un proyecto del Ejecutivo y de los senadores Muñoz Barra, Naranjo, Núñez y Ominami, que tenía el objeto de bajar el quórum de las LOC a la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, haciéndolo similar a las mayorías exigidas para las LQC. Véase PFEFFER (2005) p. 629.

y naturaleza jurídica, pero pocos entran en la discusión democrática acerca de ellas.<sup>5</sup> De hecho, uno de los pocos académicos que proponen expresamente derogar las LOC reconoce que “son casi inexistentes los cuestionamientos actuales a su conveniencia o justicia política”.<sup>6</sup>

Observando que la discusión política en torno a ellas es una realidad, me parece necesario que la doctrina haga un esfuerzo académico para enriquecer dicho debate. Reconociendo a los (pocos) autores que ya han escrito, este trabajo tiene por objeto hacer una defensa acerca de la conveniencia de mantener las LOC, aunque reconociendo ciertos matices.

Previo a eso, repasemos brevemente las características con que el constituyente de 1980 reviste a las LOC de acuerdo a las definiciones doctrinarias mayoritarias:

1. Son normas de jerarquía legal. Por consiguiente, lo que las diferencia del resto de las normas legales es un criterio de competencia (debido a que regulan materias diferentes),<sup>7</sup> y no de subordinación normativa.<sup>8</sup>

2. Regulan materias específicas que son determinadas por el constituyente. Estas materias son de carácter taxativo, por lo que no puede utilizarse la analogía para incorporar nuevas LOC, ni doctrinas demasiado extensivas. Esto también tiene incidencia en el hecho de que, en la práctica, se hable propiamente de “preceptos” orgánicos constitucionales, y no de “leyes” orgánicas constitucionales.

3. En general, dicen relación con materias relevantes para el sistema político y orgánico, aunque ello no siempre es así.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Algunos de los trabajos que sí tratan esta materia de manera más o menos acuciosa: MUÑOZ (2006), LEÓN (2007), ZAPATA (2008).

<sup>6</sup> MUÑOZ (2006) p. 119.

<sup>7</sup> Esta tesis es compartida, entre muchos otros, por Humberto Nogueira, en VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA (1999) p. 180; ZAPATA (2008) pp. 405-406.

<sup>8</sup> Es importante hacer presente que existió una etapa inicial en la doctrina donde se pensó que la naturaleza de estas era la de ser una norma de jerarquía intermedia entre la CPR y la ley común. En efecto, ya en la CENC es posible encontrar ciertas opiniones en dicho sentido, en autores como Luz Bulnes (CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2080), Jaime Guzmán (CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220). Algunos autores que han sostenido algo similar son SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 94 y 478; RÍOS (1983) p. 41; BULNES (1984) pp. 230-231. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (el “TC”), también se puede advertir una etapa inicial donde se sostuvo esta tesis. Véase, entre otras, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 22 de diciembre de 1981, rol N° 7, considerando N° 8.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, el Art. 19, N° 11, inciso final, que ordena la creación de la LOC en materia de enseñanza; o el Art. 84, que ordena la creación del Ministerio Público. ¿Son materias relevantes para el sistema político orgánico? Debe reconocerse que, al menos, esto es discutible.

4. Sólo el constituyente puede ordenar la creación de una LOC, y cuando existe dicha orden, esta resulta ser un mandato dirigido al legislador, quien tiene el deber positivo de legislar.

5. Están sujetas a un control preventivo y obligatorio de constitucionalidad, el que se concentra en el TC (art. 93, N° 3 de la CPR).<sup>10</sup>

6. No puede autorizarse al Presidente de la República a dictar decretos con fuerza de ley en materias propias de LOC (art. 64, inciso 2° de la CPR).

7. Para aprobarlas, modificarlas o derogarlas se requiere de un quórum de cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio (art. 66, inciso 2° de la CPR).<sup>11</sup>

A mí juicio, y revisando las críticas que se han formulado tendientes a eliminar las LOC de nuestro sistema constitucional, lo más polémico de las mismas es la regla de supermayoría que requieren para su aprobación, modificación o derogación, razón por la cual este trabajo se centrará específicamente en dicho aspecto, sin desconocer que el debate también alcanza (o puede alcanzar) a otros. La defensa de la utilización de un quórum supermayoritario podría utilizarse para argumentar a favor de otras reglas de mayoría que no corresponden a las LOC. Este trabajo se enfoca sólo en las LOC, atendido la naturaleza de las materias que ellas regulan. Mi interés nace porque son las más frecuentes y debatidas en el escenario político actual chileno, sin desconocer que existen otras normas que podrían eventualmente utilizar los mismos razonamientos que se plantearán en este trabajo.<sup>12</sup> De esta manera, esta investigación se centra en

<sup>10</sup> La reforma constitucional de la Ley 20.050 incluyó también el control de constitucionalidad sobre aquellos tratados internacionales que traten materias propias de LOC.

<sup>11</sup> Cabe hacer presente que, debido a la disposición XII transitoria de la CPR, incorporada por la Ley de reforma constitucional N° 20.050, se requiere de un quórum de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio para las modificaciones a la LOC sobre Votaciones Populares y Escrutinios, en las materias que en la norma transitoria se indican. Este es el mismo quórum que el texto original de la Carta de 1980 otorgaba a las LOC, el que fue rebajado mediante la reforma constitucional de la Ley N° 18.825, de agosto de 1989.

<sup>12</sup> Ello ocurre, por ejemplo, con las siguiente: 1) Las normas legales que concedan indultos generales y amnistías, las que requerirán quórum calificado para su aprobación y, en el caso de que se trate de delitos considerados como terroristas, deberán tener una supermayoría de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio (art. 63, N° 16, inc. 2° de la CPR). 2) Las LQC, que, pese a tener una mayoría absoluta simple, igual introducen un costo de asistencia que no es menor en la deliberación legislativa. Esta idea se fortalece cuando la primera mayoría parlamentaria no alcanza la mitad más uno en cada cámara, como ocurre hoy, o cuando hay ciertos parlamentarios "díscolos" que alteran las mayorías para ciertos proyectos puntuales (art. 66 de la CPR). 3) Las mayorías de aprobación o ratificación de ciertas autoridades por parte del Senado, como ocurre con los nombramientos de los y ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema (art. 32, N° 12, art. 53, N° 9, y art. 78, inc. 3°, de la CPR), del Contralor General de la República (art. 32, N° 9 y art. 98, inc. 2°), entre otros. No obstante, debe reconocerse que los quóruns de aprobación de autoridades muchas veces producen

la defensa del uso de reglas de aprobación legislativa superiores a la mayoría simple, para ciertas normas de rango legal. Es importante precisar que se trata de "ciertas" normas, ya que, a mi juicio, es conveniente que la regla general en materia de quórum sea (y de hecho, es) la mayoría simple, admitiendo que la regla supermayoritaria de las LOC es excepcional, y se encuentra reservada para aquellas materias definidas por el constituyente como tal.

Sin perjuicio de lo anterior, creo que una posición coherente que defienda las LOC debe ser abierta en aceptar la posibilidad de que existan materias que no sean necesariamente convenientes de entregar al legislador orgánico. Ello se debe a que la validez de los fundamentos para crear una LOC depende de dichas materias específicas. Por ello, necesariamente el análisis de aplicación de los fundamentos debe ser casuístico, esto es, ponderando si en cada caso particular se justifica la regulación orgánica constitucional o no.<sup>13</sup>

No forman parte de este trabajo algunos interesantes problemas en torno a las LOC, los que en general no dicen relación (a lo menos no una relación directa) con el cuestionamiento democrático de las mismas. En este sentido, no se tratan en esta investigación los problemas derivados del control constitucional de las mismas;<sup>14</sup> ni el relativo al supuesto pecado de origen que se ha invocado

---

efectos distintos en el comportamiento de las coaliciones políticas al interior del Congreso, que las hacen separarse de la naturaleza y fines de las LOC (que se verán a lo largo de este trabajo). Así, por ejemplo, en el nombramiento de ministros de la Corte Suprema el efecto del quórum produce que las coaliciones acuerden mediante pactos no vinculantes (los que no siempre han sido respetados) el nombramiento de un ministro cercano a una doctrina específica, subordinado al nombramiento posterior de un ministro cercano a la doctrina contraria. Esta no es una lógica de control, sino que de equilibrios políticos al interior del máximo tribunal. Por su parte, el quórum de aprobación del Contralor produce un fuerte control de las minorías por sobre la decisión de la coalición gobernante.

<sup>13</sup> Este ejercicio exige la detención del autor en cada una de las materias puntuales, luego de haber definido los criterios y fundamentos generales. Así, debe aceptarse que pueda haber materias que, no siendo hoy propias de LOC, deberían entregarse a ellas, así como debe también aceptarse que ciertas materias que hoy son propias de LOC, tal vez podrían no serlo sin causar un perjuicio a los fundamentos de las mismas. Este trabajo sólo trata acerca de los fundamentos generales que justifican la conveniencia de tener LOC para ciertos casos, sin necesariamente entrar a analizar los mismos en particular, lo que probablemente será materia de una investigación posterior. Este punto es compartido por Fernando Muñoz, quien sostiene que "es necesario estudiar con acuciosidad y detención, sistemáticamente, qué materias estaremos dispuestos a regular exigiendo un quórum de aprobación más alto y qué materias no". Véase MUÑOZ (2006) p. 123. Con ello, reconoce que hay casos en que la regla de supermayoría se justifica. De hecho, su argumentación contraria a las LOC atiende justamente a las materias que ellas regulan. En su concepto, sólo puede permitirse una mayoría calificada si con ello se protegen derechos fundamentales de las minorías, lo que ocurre con la mayoría de las LQC (lo que las justifica y legitima), pero no con las LOC. De esta manera, al aceptar la posible conveniencia de las LOC, MUÑOZ no las ataca directamente, sino que simplemente cuestiona la discreción del constituyente en disponer casuísticamente qué materia debe ser propia de LOC y qué materia no.

<sup>14</sup> Debo hacer presente que, a mi juicio, la conveniencia del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad es una materia discutible que no obsta a la existencia de la regla de supermayoría en las LOC. En efecto, las dudas acerca de la conveniencia de que las LOC estén sometidas a un control preventivo obligatorio se encuentran desde el seno de la misma Comisión de Estudio para la Nueva

para deslegitimar las mismas, en cuanto ellas fueron creadas por el Gobierno Militar;<sup>15</sup> ni el importante cuestionamiento en torno a la autoridad encargada de calificar qué materia es propia de LOC y qué materia no.<sup>16</sup>

Como este trabajo trata acerca de las supermayorías exigidas para aprobar las LOC, y no sobre las LOC propiamente tales, útil es revisar ciertos antecedentes históricos y comparados que han brindado antecedentes derivados del constitucionalismo para la utilización de supermayorías. Por ello, este trabajo comenzará por hacer una breve revisión de los mismos. En seguida, revisaré cuáles son los argumentos tradicionales que se han invocado para justificar dicha regla en las LOC, en Chile. En particular, y sin perjuicio de citar otros autores, me detendré en los utilizados por la CENC. Algunos de dichos argumentos presentan problemas. Luego, revisaré cuáles son las razones que se han invocado por la escasa literatura académica que critica la conveniencia o legitimidad de las LOC, intentando examinar los mismos con la debida refutación. Luego, intentaré construir otros argumentos que justifiquen su existencia y vigencia democrática hoy.

---

Constitución (la "CENC"), donde Enrique Ortúzar Escobar planteó que "no ve la razón por la cual una ley constitucional, si se ajusta al procedimiento y a los quórum establecidos, deberá ir necesariamente al Tribunal Constitucional, aunque nadie haya planteado cuestión alguna de constitucionalidad". CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2080. Asimismo, "si las leyes orgánicas requerirán un quórum especial, debe suponerse que el Parlamento se ajustará a la Constitución. Considera que en caso contrario, la misma razón habría para pensar que la ley común va a violar la Constitución (...)". CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2221. Sobre los problemas del control preventivo de constitucionalidad de las LOC hay bastante literatura. Véase, entre otros, a ZAPATA (2008) pp. 397 y ss; y a BUCHHEISTER y SOTO (2005) pp. 253-275.

<sup>15</sup> Quiero hacer presente que, para efectos de este trabajo, no me haré cargo del argumento que señala que las LOC son ilegítimas por haber sido dictados por la Junta de Gobierno, ya que se trata de un argumento de autoridad que no ataca necesariamente las razones para establecer reglas de supermayorías en materia legislativa.

No obstante todo lo señalado, debe decirse que esta objeción del "pecado de origen" comienza en la propia CENC, donde algunos miembros de ella (Guzmán, Ortúzar, Lorca y Carmona) manifestaron sus temores a que, debido al alto quórum de aprobación de las mismas, ellas podrían correr el riesgo de que nunca fueran dictadas, dejando un vacío insalvable en la CPR. Por ello, se asumió que todas ellas serían dictadas por la Junta de Gobierno (Véase CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2221). En todo caso, ello no sucedió en todas las LOC que la CPR ordenaba. Debe hacerse presente que estos temores fueron expresados en un contexto donde las LOC tendrían una supermayoría del mismo nivel que algunos capítulos de la CPR (3/5 de parlamentarios en ejercicio), lo que hoy día no existe, ya que este quórum fue rebajado, haciendo más factible (y real, como de hecho ha ocurrido) los cambios legislativos en democracia.

<sup>16</sup> Si bien es cierto que la CPR es la que califica qué materias son propias de LOC, debe reconocerse el problema práctico derivado de la autoridad encargada de interpretar los preceptos constitucionales respectivos. A mí entender, debe ser el TC –y no el propio legislador– quien interprete la CPR. Sin embargo, esto trae varios problemas, sobre todo cuando –en los hechos– el legislador no envía el proyecto al control preventivo, ya que el TC no tiene facultades para ordenar que se le remita el mismo a su despacho. Por ello, en la práctica legislativa, es el Congreso el que califica si una norma es o no LOC, y el TC el que confirma o rechaza dicho criterio. Véase el enorme problema derivado de la eventual inconstitucionalidad de forma de una ley vigente que debió ir al control preventivo y no lo fue, como ocurre con varias disposiciones del Código Procesal Penal.

## II. Algunos antecedentes históricos y comparados de las LOC

Como ya se precisó, las LOC se caracterizan por ser normas de rango legal sujetas a ciertas garantías otorgadas por la CPR. El objeto de este trabajo es defender la vigencia de la regla de supermayoría. En este sentido, la idea de establecer normas inferiores a la CPR que gocen de quórum especiales de aprobación ha sido concebida desde antiguo. Si bien es cierto que ellas no son un antecedente inmediato de las LOC en Chile (salvo por la Constitución francesa), dichos antecedentes sirven para fundamentar la existencia de la rigidez de normas de rango legal, en la medida en que la lógica que los justifica se puede trasladar a las LOC (y, por cierto, a otras normas con características similares).

La idea de las leyes con quórum superiores a la mayoría simple es muy antigua en la historia del constitucionalismo, tanto para el carácter rígido de las Constituciones, como para la rigidez legislativa.

Así, ya en el siglo XVII John Locke decía que "(...) quienquiera que salga del estado de naturaleza para integrarse en una comunidad debe entenderse que lo hace entregando a la mayoría de esa comunidad, o a un número más grande que el de la simple mayoría, si así lo acuerdan, todo el poder necesario para que la sociedad alcance esos fines que se buscaban y que los convocaron a unirse".<sup>17</sup> Posteriormente, en 1762 Jean Jacques Rousseau planteó en su obra "El Contrato Social", que el ejercicio de la voluntad general se debe adecuar a diferentes quórum, entregando ciertos criterios para ello: "(...) cuanto más importantes y graves sean las deliberaciones, más unánime debe ser la opinión predominante; (...) cuanto mayor prontitud exija la resolución del asunto de que se trata, más debe reducirse la diferencia prescrita en la proporción de opiniones. En las deliberaciones que es necesario terminar sobre el terreno, el excedente de un solo voto es suficiente. El primero de estos principios parece más conveniente a las leyes, y el segundo, a los asuntos. De todos modos, por medio de combinaciones se establecen las mejores relaciones de que pueda disponer la mayoría para pronunciarse y decidir".<sup>18</sup>

Siguiendo con los criterios planteados por estos dos grandes contractualistas, el contrato social (la CPR material, en nuestro lenguaje) debe ser adoptado de manera unánime. Por ello, no cabe ninguna duda que el resto de las materias

<sup>17</sup> LOCKE (2002) pp. 113-114.

<sup>18</sup> ROUSSEAU (1983) p. 165. Debo advertir al lector que, no obstante lo señalado, hay pasajes en la obra de Rousseau que contradicen lo dicho, como lo demuestro más adelante. Si bien por un lado Rousseau ideó esta fórmula de quórum, no es menos cierto que también ideó un sistema donde las mayorías podrían ejercer el Gobierno de manera tiránica.

que citan resultan de competencia de normas de naturaleza inferior a la constitucional, admitiendo con ello la rigidez legislativa.

Si bien los criterios entregados por los dos autores citados para fundamentar la asignación de una regla de supermayoría a una norma de rango legal determinada son bastante imprecisos (y hasta vagos), no puede desconocerse que sirven para sostener que la idea de la garantía del quórum especial ha estado presente desde los orígenes del constitucionalismo democrático. Así, debe suponerse que no ha sido concebida por dichos autores como un elemento contrario a la democracia, pese a que dicha regla de supermayoría no se llevará a cabo (de acuerdo a los antecedentes a que he podido acceder) sino hasta la Constitución francesa de 1958.

Esta Constitución es, sin duda, la más influyente en esta materia (de hecho, las bautiza como tales), y es la que más se parece a la chilena. En síntesis, dicha CPR dispone un plazo suspensivo para poder aprobar la LOC en las Cámaras, de un quórum calificado por una mayoría absoluta en la Asamblea Nacional, y son objeto de control preventivo obligatorio ante el Consejo Constitucional.<sup>19</sup> Luego de ella, las LOC fueron utilizadas por la Constitución española de 1978. Esta CPR no fue el modelo que siguió la Carta de 1980. En efecto, las diferencias entre ella y la CPR chilena son sustanciales, por cuanto en la española el mandato al legislador orgánico es, en ciertos casos, genérico (y no específico, como la chilena), entregado no sólo para instituciones elementales del sistema político, sino también para derechos fundamentales,<sup>20</sup> y la mayoría exigida es la simplemente absoluta. Estos ejemplos son los más utilizados por la doctrina al citar derecho comparado en la materia, aunque debe hacerse hincapié en que ninguno de ellos es muy útil para efectos de este trabajo, ya que ni la Carta francesa ni la española contienen la exigencia supermayoritaria que dispone la CPR chilena. Sin embargo, el argumento de la rigidez podría encontrar un parecido si se asume que el costo de legislar, aun no estando en el quórum, se encuentra en el procedimiento agravado. Algunas Constituciones que sí presentan quórums agravados dignos de mencionar son la belga<sup>21</sup> y la portuguesa.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Véase el art. 46 de la Constitución francesa de 1958, el que fue modificado recientemente por reforma constitucional de 23 de julio de 2008. <http://www.senat.fr/lng/es/constitution.html>

<sup>20</sup> En efecto, y sin perjuicio de que casuísticamente la Carta española entrega al legislador orgánico una serie de materias institucionales, la materia más importante está precisada en el Art. 81, N° 1, que dispone que "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución". La CPR chilena, por su parte, sólo entrega al legislador orgánico materias –valga la redundancia– orgánicas. Véase <http://www.constitucion.es/>

<sup>21</sup> Véase la Constitución de Bélgica de 1994, en su art. 4. [http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html)

<sup>22</sup> Véase la Constitución de Portugal de 1976, en sus arts. 112, N° 3; 136, N° 3; 168, N°s 5 y 6. [http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/)



Asimismo, algunas Constituciones latinoamericanas que resultan interesantes son la ecuatoriana, la venezolana, la peruana, la colombiana y la argentina.<sup>23</sup>

Fuera del contexto latinoamericano, un caso importante lo representa el del Senado de los Estados Unidos de América (los "EE.UU."), fuera del procedimiento rígido de reforma constitucional. EE.UU. no tiene normas de quórum supermayoritario que sean asimilables a la LOC. Sin embargo, existe una interesante institución denominada *filibuster*,<sup>24</sup> que produce el efecto práctico de que 41% de los senadores podrán bloquear la posibilidad de someter a votación un proyecto, aun cuando este tenga apoyo mayoritario de un 59% (ó 3/5) de los mismos. Ello es un claro ejemplo de bloqueo de las minorías hacia las decisiones mayoritarias. Cabe hacer presente que el *filibuster* no distingue por materias, siendo aplicable a todas ellas. En este sentido, la consecuencia de esta institución puede resultar similar a la experiencia chilena de las LOC.

### III. Fundamentos tradicionales de la rigidez legislativa

Las LOC fueron introducidas en Chile por primera vez en la CPR de 1980, a raíz de una intervención que hizo el profesor Raúl Bertelsen Repetto en la CENC, durante la discusión acerca del régimen del Congreso Nacional. En general, se han dado cinco razones para justificar la rigidez de la LOC: 1. El carácter breve de la CPR; 2. La necesidad de complementar directamente la CPR; 3. El quórum agravado es más representativo de la voluntad general; 4. Estabilidad institucional y legitimidad 5. La calidad de la decisión legislativa.

1. El carácter breve de la CPR hace necesario que su desarrollo más directo esté entregado a normas complementarias. Con este argumento, se asume

<sup>23</sup> Constitución de Ecuador del 2008 [http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf); la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (véase en especial el art. 203) <http://www.constitucion.ve/constitucion.pdf>; la Constitución de Perú de 1993 (ver en especial el art. 106) <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>; la Constitución de Colombia de 1991 (ver en especial los arts. 151 y 150, N° 17) <http://www.cna.gov.co/cont/documentos/legislacion/constitucion.pdf>; y la Constitución de Argentina modificada en 1994 (ver en especial los art. 77, art. 75, N° 2) <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/leyes.php>.

<sup>24</sup> En español, significa filibustero, pirata. Este consiste en que un senador puede bloquear el proceso legislativo tomándose la palabra por tiempo indefinido. Como los senadores tienen derecho a expresar sus opiniones, este no era limitado en el tiempo de la intervención. Así, el senador puede estar días y días dilatando la aprobación de la ley respectiva. Como una manera de impedir esta situación, se modificó el reglamento del senado de los EE.UU., y se dispuso que una mayoría podrá frenar la intervención del senador para forzar la etapa de la aprobación de la ley. Sin embargo, esa mayoría es especialmente calificada, lo que hace que las minorías, votando en contra del cierre del debate, puedan bloquear en la práctica la decisión mayoritaria. Véase el inciso 2° del N° 2, de la regla XXII, titulada "*precedente of motions*", en [http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule\\_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522](http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522).



que el carácter rígido y supremo de la CPR justifica que dichas normas complementarias estén revestidas de ciertas garantías.<sup>25</sup> Así, se hace extensiva la rigidez de la CPR a las LOC, aunque reconociendo el carácter inferior de éstas. Este argumento hace suyas las razones que justifican la rigidez de la CPR como norma suprema, debido a la proximidad existente entre ella con las LOC.<sup>26-27</sup> Las causas o fundamentos de las Constituciones rígidas –y, por consiguiente, de las LOC– son, para el clásico autor, James Bryce, las siguientes: asegurar los derechos de las personas limitando la acción de los gobernantes; promulgar positivamente la forma de Gobierno y evitar posteriores controversias; convertir a la Constitución en un instrumento que asegure la organización de la comunidad política, y la hagan popularmente comprensible.<sup>28-29</sup> También debe agregarse que la rigidez de la CPR es una consecuencia lógica de la supremacía constitucional, ya que (y siguiendo la lógica del juez Marshal en *Marbury v. Madison*, que cito más adelante) si se acepta que la CPR puede ser modificada mediante una ley simple, entonces se estaría aceptando que su jerarquía es la misma que la de una ley. Sin la rigidez, por lo tanto, se hace ilusoria la supremacía. Este argumento no puede ser utilizado para la defensa de la rigidez de las LOC, ya que ellas tienen, como se explicó un rango similar al de la ley e inferior al de

<sup>25</sup> “La Carta Fundamental no puede regular con detalle el proceso legislativo (...). Debe estructurarse una Constitución que, en su gran mayoría, contenga normas generales, porque, de lo contrario, un texto detallista sólo conducirá a conformar un sistema político muy rígido y que será preciso modificar continuamente, con su consiguiente desprestigio. Piensa que en varios puntos se requerirá establecer la existencia de leyes orgánicas o complementarias de la Constitución, idea ya acogida en la Carta francesa de 1958”. Opinión de Raúl Bertelsen, en CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2079.

<sup>26</sup> La clasificación de las Constituciones entre rígidas y flexibles fue planteada por James Bryce en su obra “Constituciones Rígidas y Constituciones Flexibles”. En el Derecho comparado han triunfado las Constituciones rígidas, salvo tal vez la inglesa que, siendo no escrita, es lógicamente flexible. Pese a ello, en términos de Friedrich, es igualmente una “Constitución firme”. Véase PEREIRA MENAUT (1998) p. 81.

<sup>27</sup> Para un conocido autor nacional, la idea es no rigidizar demasiado la CPR, entregando un cierto grado de flexibilidad a sus normas complementarias. SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 157. Esto puede resultar contradictorio justamente con la idea de establecer reglas de supermayorías inferiores, ya que justamente como la CPR es breve y rígida, su complementación y desarrollo extensivo es conveniente entregarlo a normas más flexibles. Sin embargo, a mi juicio, no existe una contradicción, ya que igualmente son normas más rígidas que la ley común, pero más flexibles que la Constitución. Se trata de una rigidez, por tanto, intermedia. La idea es no “amarrar” y hacer que el sistema político sea susceptible de adaptarse a los cambios sociales que exigen reformas institucionales, pero sin dejarlo a merced de mayorías relativas, inestables y cambiantes. Estos cambios serán producto de un amplio (aunque no tan amplio) acuerdo, el que es posible de lograr, como lo ha demostrado la experiencia legislativa desde 1990 hasta la fecha.

<sup>28</sup> PEREIRA MENAUT (1998) p. 86.

<sup>29</sup> Cabe hacer presente, además, que las teorías contractualistas (y, en especial, las denominadas *Constituciones pactadas*) fortalecen la idea de un acuerdo unánime que da vida al Estado. Dicho acuerdo se entiende tácitamente aceptado por la comunidad política, y justifica la rigidez de su modificación debido justamente a la unanimidad teórica de su establecimiento. PEREIRA MENAUT (1998) p. 87. También debe recordarse que las Constituciones rígidas han tenido un necesario desarrollo en los Estados Federales, por cuanto el pacto fundamental entre los Estados miembros justifica que su modificación requiera del consentimiento de dichos Estados. PEREIRA MENAUT (1998) p. 85.

la CPR, por lo que no se puede invocar la supremacía constitucional. Así, para utilizar este argumento, debería sostenerse la abandonada y antigua teoría (ya citada en este trabajo) que decía que las LOC son jerárquicamente superiores a la ley común, aunque se reconozca su inferioridad a la Carta Fundamental. Además, puede citarse la idea de que la Constitución contiene “verdades políticas inmutables que el hombre descubre por la razón”,<sup>30</sup> lo que justifica incluso el hecho de que algunas de sus normas no sean susceptibles de modificación o derogación.

Si este argumento se utiliza para las LOC, sin moderarse y volviéndose absoluto, el desorden de los rangos normativos volvería absurda la delimitación del sistema de competencias, no siendo posible reconocer diferencias entre el legislador orgánico constitucional y el constituyente derivado. De esta manera, todas estas razones se ven necesariamente algo atenuadas, ya que las LOC no reemplazan la CPR, sirviéndole sólo de complemento y desarrollo. Recordemos que el quórum de las LOC ya fue disminuido y no es igual al de una reforma constitucional, razón por la cual sería fácil señalar que la rigidez constitucional es transmisible a las LOC sólo en parte. ¿En cuál? Sólo en aquella que sea una consecuencia necesaria del desarrollo constitucional. Esto nos acerca a la idea de las LOC que forman parte de la Constitución material, asunto al cual me referiré.<sup>31</sup>

2. Las LOC son “el desarrollo o la deducción natural del precepto constitucional (...) la ley orgánica es el complemento indispensable de la norma constitucional”.<sup>32-33</sup> Este argumento, si bien es utilizado para defender la existencia del control preventivo obligatorio de constitucionalidad, también puede ser utilizado para defender el sistema de quórum, ya que, en palabras de Enrique Ortúzar, “(...) si las leyes orgánicas requerirán un quórum especial, debe supo-

<sup>30</sup> PEREIRA MENAUT (1998) p. 87.

<sup>31</sup> Sin perjuicio de lo ya señalado, me parece un aporte al debate lo planteado por el profesor Aldunate, quien sostiene que “(...) existiendo ya el quórum de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio para la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales, las respectivas exigencias de 3/5 y 2/3 previstas en el capítulo relativo a la reforma constitucional solamente constituyen una diferencia política respecto de la entidad cuantitativa de la minoría protegida, pero no cualitativa”. ALDUNATE (2005) p. 77. Por su parte, el profesor Zapata nos dice que “el mismo objeto (de las LOC) se pudo haber logrado dándole a la propia Constitución Política una extensión mayor, haciendo que ella misma reglamentara con mayor detalle todos los aspectos jurídico-políticos más relevantes”. ZAPATA (2008) p. 401. Para este autor, el objeto de las LOC es sustraer del legislador la posibilidad de decidir libremente respecto de ciertas materias, limitando la capacidad reguladora de la ley.

<sup>32</sup> Intervención de Raúl Bertelsen, en CENC, sesión 344, celebrada el martes 4 de abril de 1978, p. 2080.

<sup>33</sup> Estas palabras de Raúl Bertelsen recuerdan lo señalado por James Bryce: “Una Constitución rígida bien redactada se limitará a los asuntos esenciales y dejará muchos detalles para que la legislación ordinaria y los usos los rellenen después”. Citado por PEREIRA MENAUT (1998) p. 38.

nerse que el Parlamento se ajustará a la Constitución (...).<sup>34</sup> De esta manera, se asume que la existencia de un quórum alto garantizaría de mejor manera la conformidad de la LOC con la Constitución, lo que fortalece la supremacía constitucional y se justifica atendiendo la importancia de las materias que estas regulan. Así, se evitaría que materias tan importantes estén entregadas a normas que pudieren deformar la norma suprema. Ello justifica la existencia del control obligatorio de constitucionalidad y el alto quórum.<sup>35</sup>

3. La regla de supermayoría representa una mejor expresión de la “voluntad general”, ya que se produce sobre la base de acuerdos entre las diferentes coaliciones políticas con representación parlamentaria.<sup>36</sup> Este argumento de los acuerdos ya había sido utilizado por Hans Kelsen para defender el rol de las mayorías dentro del sistema democrático: “todo el procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones”.<sup>37</sup> Así, es posible ver una razón de coherencia entre la existencia del Parlamento y el rol reforzado de las minorías.

Esta necesidad de acuerdos o transacciones fue señalada en la CENC pensando en el alto quórum que existía originalmente para aprobar o modificar una LOC. No obstante, y como ya se explicó, la reforma constitucional de 1989 rebajó este quórum a cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.<sup>38</sup> De esta manera, a mi juicio, más que forzar el llegar a amplios acuerdos, las LOC obligan a la coalición mayoritaria a buscar algunos votos de la oposición parlamentaria. No requieren de un amplio acuerdo, pese a que ellos igual se han producido para ciertos proyectos específicos, como ocurrió con los recientes cambios a la LOC de Enseñanza por la Ley General de Educación.

4. También podría pensarse que, al ser materias tan relevantes para el sistema político, es útil que las mismas gocen de estabilidad institucional en el tiempo,

<sup>34</sup> CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220. Es importante precisar que, y como ya se ha señalado, el sr. Ortúzar se oponía a que las LOC fueran al control preventivo. El argumento invocado igual resulta útil, ya que con él se pretende destacar que este control no es necesario, ya que la conformidad a la Constitución estaría garantizada por el alto quórum especial.

<sup>35</sup> El argumento de Bertelsen en este sentido es para responder la observación de Ortúzar y hacerle ver la importancia del control preventivo obligatorio, ya que, a su juicio, no basta con la sola existencia de la regla de supermayoría. Para ello, dice que “es conveniente pensar en las múltiples posibilidades que el inadecuado desarrollo de las leyes complementarias ofrece para deformar una Constitución (...)”. CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220.

<sup>36</sup> Véase la intervención de Bertelsen en CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2220.

<sup>37</sup> KELSEN (2002) p. 66.

<sup>38</sup> En palabras del profesor Zapata, quien es contrario a las LOC, “la necesidad de reunir mayorías calificadas ha inducido y/o forzado el desarrollo de una práctica parlamentaria caracterizada por la transacción y el consenso”. ZAPATA (2008) p. 402.

de manera que sus cambios no sean traumáticos y gocen de suficiente legitimidad frente a la población. Esta razón significa restarle valor a la decisión de mayoría simple.<sup>39-40</sup> Hans Kelsen aporta dos audaces argumentos de legitimidad en este sentido: En primer lugar, "Estos dos grupos (mayoría y minoría) pueden diferir más o menos en su fuerza numérica, pero no difieren en igual medida en su importancia política y potencia social. Es, ante todo, esta fuerza de integración social la que caracteriza sociológicamente el principio de la mayoría".<sup>41</sup> Recogiendo justamente la importancia de las minorías, la regla de supermayoría viene a impedir que mayorías relativas e inestables en el tiempo puedan, por sí solas, imponer una norma tan trascendente.<sup>42</sup> En segundo lugar, el mismo Kelsen colabora con el argumento de legitimidad indicando que "La conciencia de que la ley que uno tiene que acatar ha sido formada por sus elegidos, y que se ha llegado a ella con su asentimiento, o siquiera con su participación, más o menos influyente, crea cierta predisposición a la obediencia, la que tampoco falta en la dictadura, si bien ésta inspirada, en este caso, por otros móviles psicológicos".<sup>43</sup> De esta manera, si las minorías participan del proceso legislativo y acuerdan con las mayorías la ley que juntas aprobarán, aquellos ciudadanos que votaron por las minorías se sentirán más vinculados por el precepto legal que ellas dicten.

El costo de legislar en materias de LOC es superior al normal, por lo que puede suponerse que será menos frecuente la actividad legislativa o que, a lo menos, esta será ejercida con mayor moderación. La legitimidad de la decisión legislativa contará con un apoyo político superior al normal. De esta manera, complejos y delicados cambios legales pueden ser presentados frente a la población y hacer que ella acepte el cambio normativo. Un buen ejemplo de esto me parece el cambio a la LOC de enseñanza mediante la Ley General de Educación, la que, producto de un amplio acuerdo con la oposición, produjo que el Gobierno,

<sup>39</sup> Esto es explicado por Friedrich: "Si en un caso especial se pronuncian 501 en vez de 499 a favor de una decisión, esta decisión aislada no está por ello legitimada como tal. Se trata, por el contrario, de un proceso en el que esta decisión aislada es sólo una parte del engranaje total, en el que la mayoría es un componente integrante de los mil. El proceso resulta de la vida misma de la comunidad, y se trata fundamentalmente de una desviación del concepto de Rousseau de la *volonté générale*". FRIEDRICH (1960) p. 98. Más adelante, este autor afirma que si una mayoría escasa logra aprobar una decisión política, entonces ésta "sólo a causa de su desarrollo posterior puede ser plenamente legitimada. Esta base de legitimidad da lugar a una endeble capa de legitimidad. Si en el curso de su ulterior desarrollo se muestra un efecto nocivo de esta decisión puede tomarse otra decisión contraria; sólo es, por tanto, legítima con reservas". FRIEDRICH (1960) p. 99.

<sup>40</sup> Esta idea fue defendida por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 26 de noviembre de 1981, rol N° 4, considerando N° 4. Véase también la sentencia de 27 de abril de 1997, rol N° 255, considerando N° 5.

<sup>41</sup> KELSEN (2002) pp. 65-66

<sup>42</sup> En palabras de un autor, "La exigencia de quórum tan alto se explicaba por la relevancia de las materias reguladas por estas normas y al propósito, por lo mismo, de que su permanencia contribuya a la estabilidad institucional". CRUZ-COKE (2005) p. 159.

<sup>43</sup> KELSEN (2002) p. 74.

finalmente, pudiera llevar a cabo una delicada y compleja política pública para el país. De esta manera, se resisten las críticas no menores ni aisladas que han existido por parte de poderosos grupos de presión. La pregunta es: ¿qué hubiese pasado si el Gobierno, haciendo uso de una eventual mayoría oficialista (que, en los hechos, la ha tenido), hubiera impuesto su visión propia sin tener el apoyo de la oposición? Evidentemente que la escasa mayoría no legitima mayormente la decisión.<sup>44</sup>

5. Por otra parte, podría pensarse en que la regla de supermayoría hace mejorar la calidad de las decisiones legislativas. Definir cuándo una ley tiene calidad es una cuestión de mérito, salvo que esa calidad diga relación con la coherencia de dicha norma con la Constitución, en cuyo caso volvemos al argumento sostenido en el punto N° 2. Si se sostiene que la "calidad" es algo relativo al mérito, entonces debe necesariamente aceptarse que se está eligiendo una opción por sobre otras, las que quedan excluidas. Este argumento tiene tres problemas: en primer lugar, la dificultad y relatividad de determinar lo que es mejor; en segundo lugar, el hecho de que muchas veces las mayorías (aun calificadas) pueden estar igualmente equivocadas (ejemplos sobran, pero todos dependen de las visiones personales); y en tercer lugar, este argumento no me parece coherente con el principio democrático. Esto último se debe a que vivir en democracia supone la posibilidad de elegir opciones legislativas que puedan resultar negativas o reprochables, así como supone la posibilidad de elegir un mal Presidente de la República, un mal diputado, y un mal alcalde.

### III.1. Una importante precisión previa: Las LOC como parte de la Constitución material

En la doctrina de las Constituciones escritas (y no consuetudinarias) se suele diferenciar una CPR formal de una material. La CPR formal es aquel conjunto de expresiones jurídicas contenidas en el documento que se autodenomina Constitución, mientras que la CPR material es aquella cuyo contenido, independientemente de si se encuentra o no en el texto expreso, corresponde a un conjunto de preceptos provenientes del constitucionalismo y de la idea de lo que una Constitución debe regular.<sup>45-46</sup> Como puede apreciarse, materialmente

<sup>44</sup> En apoyo de lo que sostengo, y en la visión ya anunciada de Friedrich: "En las decisiones graves y fundamentales no se puede uno contentar con una escasa mayoría, sino que hay que exigir entonces una mayoría de dos tercios, tres cuartos e incluso por unanimidad, ya que sólo por mayorías así calificadas se tiene la seguridad de obtener una verdadera legitimidad". FRIEDRICH (1960) p. 99.

<sup>45</sup> "Una Constitución en sentido material es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho y afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos. En el sentido formal, es el documento legal que recoge todo lo dicho, pero al que no se le puede atribuir valor más que si se observa en la realidad, puesto que tener una espléndida Constitución (en tal sentido formal) está al alcance de cualquiera (...)" PEREIRA MENAUT (1998) pp. 22-23.

<sup>46</sup> Para Hans Kelsen, "Por Constitución en sentido material se entiende aquellas normas que se refieren

la Constitución responde a un contenido valórico,<sup>47</sup> pero formalmente (y en la práctica) la Constitución consiste en aquello que el constituyente originario (y derivado, en su caso) decide regular de acuerdo a los criterios que estime convenientes. Así, es normal que se dejen ciertos contenidos constitucionales sin regular (o cuya regulación queda entregada por la CPR formal a normas complementarias de rango inferior),<sup>48</sup> o que se regulen aspectos que no son propiamente constitucionales.<sup>49</sup> Formalmente, dichos contenidos pueden ser parte de la CPR aunque materialmente no lo sean, lo que tiene una incidencia enorme en el rango normativo que se le otorga al mismo y en las garantías que de ello se desprenden.

Si aceptamos que la CPR debe regular ciertos aspectos básicos, aun cuando formalmente no lo haga, entonces también aceptamos que existen ciertas normas

---

a los órganos superiores (Constitución en sentido estricto) y a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (Constitución en sentido amplio)". Citado por SILVA BASCUÑÁN (1997) p. 92.

<sup>47</sup> Útil resulta citar la tesis de Loewenstein, para quien la CPR comprende: mecanismos para evitar concentración de poder y separación de funciones; mecanismos de cooperación entre los diversos poderes y para evitar bloqueos entre ellos, la forma de reformar la CPR, reconocer y proteger los derechos y libertades fundamentales. Citado por PEREIRA MENAUT (1998) p. 38. Cabe señalar que la protección de los derechos fundamentales no es necesariamente una materia que deba ser regulada en la CPR. En efecto, en el Federalista se ve con mayor importancia la regulación de los arreglos institucionales que permitan limitar el ejercicio del poder (para proteger los derechos, finalmente), siendo el reconocimiento de los derechos algo innecesario e incluso peligroso. En este sentido, véase a GARCÍA (2007).

<sup>48</sup> Podría perfectamente pensarse que algunas normas del Código Civil forman parte de la CPR material, como la que define la ley, o las que reglamentan la promulgación y la publicación, entre otras. Fuera del Código Civil, fácil es advertir que la presunción de inocencia, reconocida en el Código Procesal Penal (art. 4°) y en la Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica (art. 8, N° 2) ya forma parte de la Constitución material, aun cuando formalmente no esté reconocida (la CPR sólo garantiza la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal en el art. 19, N° 3). Asimismo, podría discutirse si ciertos aspectos del sistema electoral deberían estar (de hecho, muchas han estado) reguladas en la CPR. Recuérdese que cuando se eliminó el sistema mayoritario binominal para la elección de parlamentarios, mediante la Ley 20.050, de 2005, se introdujo la disposición XIII transitoria, mediante la cual "las modificaciones (...) que digan relación con el número de senadores, las circunscripciones existentes y el sistema electoral vigente, requerirán del voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio". En la práctica, se mantuvo la misma rigidez constitucional a una norma de rango legal, por cuanto la CPR formal, en ese capítulo del Congreso Nacional, se modifica con el mismo quórum y dificultad. De esta manera, a mi parecer, el sistema binominal sigue siendo parte de la CPR material, pese a que se le haya bajado el rango normativo formal. Otro ejemplo de CPR material, derivado de su importancia para el presidencialismo chileno, es la regulación de las urgencias legislativas en la LOC del Congreso Nacional, que desarrolla un breve precepto constitucional (art. 74).

<sup>49</sup> Por ejemplo, a mi juicio, no forma parte de la CPR material la regulación del Consejo de Seguridad Nacional, sobre todo después de la reforma de la Ley 20.050, de 2005, que transformó a éste en un órgano casi consultivo. De hecho, un importante autor es partidario de eliminarlo derechamente: "no se divisa la razón constitucional para mantener la vigencia del Capítulo XI (texto refundido, Capítulo XII)". CRUZ-COKE (2005) p. 41 (material suplementario de actualización). También podrían citarse como ejemplos de normas de la CPR formal que no son parte de la CPR material: el capítulo del Ministerio Público, el art. 22 (titulado genéricamente por la doctrina, "de los deberes constitucionales") y 23, la regulación tan extensiva de la propiedad minera (art. 19, N° 24), entre otras. Tal vez el constituyente es juicioso y las razones para elevar a rango de CPR formal estas materias sean buenas. Mi punto solamente dice relación con el esclarecimiento de las materias básicas que no pueden faltar.

o principios provenientes de fuentes del Derecho diversas (que en el texto no aparecen como CPR formal), pero que forman parte de esa CPR material. Así, la diferencia práctica-jurídica entre una y otra radica no en las materias que se regulan, sino en que la primera está protegida (a lo menos desde la perspectiva positiva) por el principio de supremacía constitucional, mientras que la segunda no. No obstante, si se admite que existen normas de jerarquía formalmente inferior, pero que forman parte de la CPR material, aun no siendo suprema, me parece que los mismos argumentos que justifican la rigidez constitucional formal –ya expresados en este trabajo– serían válidos para defender la rigidez de aquellas normas que regulan materias propias de CPR material.

Así, la defensa de la rigidez de las LOC se hace fácil en aquellos casos en que estas regulan materias propias de la CPR material.<sup>50</sup> Si en nuestro sistema constitucional la rigidez de la CPR se expresa en la existencia de altos quórum (y en la posibilidad de que exista un plebiscito eventual),<sup>51</sup> ¿por qué no puede aceptarse entonces una rigidez supermayoritaria en normas que regulan materias de similar naturaleza?<sup>52</sup>

Este argumento sólo es sostenible en aquellas LOC que puedan ser insertadas dentro del concepto de CPR material, por lo que no puede ser utilizado para las otras. La regla de supermayoría debe buscar otras razones que sostengan aquellas LOC que quepan dentro de esta categoría. Así, la idea de este apartado es sacar del debate la conveniencia de que existan partes de la CPR material dentro de reglas de supermayorías legislativas, ya que la conveniencia de las LOC, en este caso, resulta evidente.

#### **IV. Argumentos contrarios a la regla de supermayoría legislativa y su refutación**

Todas las críticas revisadas, de algún modo u otro, se basan en el supuesto carácter antidemocrático de las LOC. Por esta misma razón, se hace necesario

<sup>50</sup> Lo mismo podría sostenerse, lógicamente, a la inversa. Ese es el centro de la argumentación de José León, quien cuestiona la rigidez de ciertos capítulos de la CPR, considerando que ellos no necesariamente forman parte de lo que llama “núcleo esencial de la Constitución”. LEÓN (2007) p. 55. Coincidentemente, los argumentos que da este autor para sostener el carácter antidemocrático de la rigidez constitucional en dichos capítulos, son los mismos que han formulado para decir que ciertas materias no deberían tener una rigidez superlegislativa, en relación a las LOC.

<sup>51</sup> Cabe recordar que la etapa del Congreso Pleno se encuentra derogada, desde la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, de 2005.

<sup>52</sup> En caso de que exista una visión contraria a la que sostengo, se estaría defendiendo una visión flexible de las Constituciones. Ello lleva el debate a otro terreno, del cual no me haré cargo por un problema de espacio. No obstante, debo advertir que, en lo personal, soy partidario de la rigidez constitucional, y me parece que esta ha triunfado mayoritariamente en los sistemas constitucionales desarrollados del mundo.



hacerse cargo del argumento general de la democracia, para luego entrar a tratar las razones específicas. Los contraargumentos a las LOC pueden resumirse así: 1. Las LOC son (supuestamente) contrarias a la democracia; 2. La supermayoría exigida a las LOC altera el principio “un hombre, un voto”; 3. Crítica relativa a las materias, formulada por Fernando Muñoz; 4. El sistema de supermayorías de las LOC supuestamente no funciona correctamente en el contexto del sistema electoral binominal; 5. Las LOC bloquean el proceso legislativo e impiden el desarrollo del país.

### 1. Las LOC son –supuestamente– contrarias a la democracia.

La veracidad de este argumento dependerá del concepto de democracia que uno tenga.<sup>53</sup> Por una parte, si se cree que la democracia consiste en la mera expresión de las mayorías en el gobierno de un Estado, entonces evidentemente todo aquello que altere dicha expresión será contrario a la misma.<sup>54</sup> Sin embargo, me parece que este concepto resulta insuficiente e incompatible con el desarrollo constitucional moderno, fundamentalmente por dos razones:

1.1. En efecto, una democracia consiste no sólo en que las mayorías puedan expresarse, sino también en el respeto por las minorías. Ya en el siglo XVIII Madison estudió los mecanismos más convenientes para impedir la tiranía mayoritaria. Aún cuando este autor no llegó a elaborar reglas de quórum especiales (sus remedios se asociaban a la representación y a la conformación de una República –y no de una “democracia pura”–), su diagnóstico de la política

<sup>53</sup> En las palabras de la propuesta del senador Frei, ya citada, se señala que “En la democracia representativa se supone que debe gobernar la mayoría respetando la participación y los derechos de las minorías. En el Chile de hoy la mayoría gobierna empatada con la minoría”. Por otra parte, también se ha dicho que “Exigir un quórum más elevado que esta mayoría se traduciría, en rigor, en una distorsión de la voluntad popular, ya que de hecho se ha dado el caso de que la mayoría de la ciudadanía aspire a modificar un determinado cuerpo legal, pero no se puede concretar dicho anhelo al no contarse con el quórum dispuesto en el actual orden constitucional”. Moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl).

<sup>54</sup> Este es un concepto de democracia que ha sido defendido fuertemente por Rousseau, quien se escuda en la formación de la “voluntad general”. Vincula a todos aquellos que han suscrito de manera unánime un contrato social anterior. Con este concepto, basado en un carácter absoluto del poder (la voluntad general se confunde con la idea de soberanía), se acepta el absurdo de que las mayorías puedan, si así lo estiman, llegar a asesinar a las minorías. Ello se fundamentaría en que las minorías han aceptado el contrato social anterior que justifica la decisión del asesinato y, por lo tanto, deben obedecer el mandato de la muerte. Por esta misma razón, Rousseau es considerado el padre de la “democracia totalitaria” o de la “tiranía de las mayorías”. Ambos conceptos son evidentemente incompatibles con la idea moderna de democracia constitucional. “Cada cual, al dar su voto, emite su opinión, y del cómputo de ellas se deduce la realidad de la voluntad general. Si prevalece, pues, una opinión contraria a la mía, ello no prueba más sino que yo estaba sencillamente equivocado (...). Después de tal suposición, es evidente que el carácter esencial de la voluntad general está en la pluralidad o mayoría (...).” ROUSSEAU (1983) P. 164. Sin perjuicio de lo anterior, y considerando que Rousseau es un autor lleno de contradicciones (véase a MIRANDA (1990) pp. 220 y ss.), no puede desconocerse el reconocimiento que hace el ginebrino cuando reconoce la conveniencia de utilizar supermayorías, como ya se explicó en su momento.

es útil para fundamentar la importancia de limitar las mayorías.<sup>55</sup> Otro autor importante, Carl Friedrich, dedica un capítulo entero de su libro para demostrar que la democracia no es sólo el gobierno de las mayorías.<sup>56</sup> Por su parte, ya lo decía Hans Kelsen, complementando lo señalado, argumentando sobre lo que denomina el “azar de la aritmética”, por el cual “la mayoría numérica en sí misma nada determina, sino que también cabe, dentro de la plena vigencia del principio de mayoría, el imperio de la minoría numérica sobre la mayoría numérica (...)”.<sup>57</sup> El autor va mucho más allá, y en una inteligente observación desconoce que el mero gobierno de la mayoría pueda ser considerado como democrático, ya que ello conllevaría la desaparición de la minoría y, por consiguiente, mal podría hablarse de mayoría (o de gobierno de mayoría).<sup>58</sup>

Por otra parte, si admitimos la idea de que la democracia es el gobierno de las mayorías con respeto por las minorías, y sujetas al control por parte de estas, entonces debe admitirse que la inclusión representativa de las minorías en los órganos legislativos debe poseer algún efecto. Si dichas minorías ejercen sus funciones sin ninguna posibilidad de causar alguna consecuencia práctica y jurídica (o a lo menos política), entonces perfectamente podríamos preguntarnos qué sentido tiene el tener un Congreso o Parlamento colegiado e incluso donde participen de la deliberación legislativa ciertas autoridades que carecen de facultades.

Podría responderse que ellos cumplen una función de control político dentro del Parlamento, lo que es cierto. Sin embargo, una correcta lectura admitirá que el hecho de que las minorías de significativa representación popular puedan bloquear una decisión mayoritaria en ciertos aspectos de especial relevancia, es también parte de su función de control, como se explicará.

<sup>55</sup> “Cuando un bando abarca la mayoría, la forma del gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés, tanto el bien público como los derechos de los demás ciudadanos. Poner el bien público y los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservar a la vez el espíritu y la forma del gobierno popular, es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones”. “El Federalista” N° 10, de James Madison, en HAMILTON, MADISON y JAY (1994) p. 38

<sup>56</sup> Capítulo sexto, titulado “Gobierno de mayoría”, en FRIEDRICH (1960) pp. 93 y ss. El mismo autor cita a Willmore Kendal para dar una definición despectiva del gobierno de mayoría, que me parece muy ilustrativa para los efectos de este trabajo: “En cada grupo que debe tomar una decisión la mitad de sus miembros más uno tiene el derecho de forzar a la otra mitad de los miembros menos uno a aceptar el tipo de política que les conviene apoyar”. FRIEDRICH (1960) p. 97. Por otra parte, me parece útil destacar que este autor denuncia uno de los peligros más importantes a que se sujetan las minorías: el que “se les impida llegar a convertirse en mayoría; en otros términos, que la mayoría aprovecha su posición de poder para impedir esta justificada aspiración”. FRIEDRICH (1960) p. 96.

<sup>57</sup> KELSEN (2002) p. 65.

<sup>58</sup> “(...) una dictadura constante de la mayoría sobre la minoría resulta imposible, porque una minoría privada por completo de influencia renunciaría al fin y al cabo a su intervención, puramente formal y, por consiguiente, inútil e incluso perjudicial en la formación de la voluntad colectiva, despojando así a la mayoría –que por su concepto no puede serlo sin la minoría– de su carácter de tal”. KELSEN (2002) p. 66.

1.2. El legislador y, por consiguiente, los parlamentarios, tienen la obligación de promover el bien común, ya que no escapan al mandato del art. 1° de la CPR.<sup>59</sup> Junto a ello, deben poner en movimiento los principios y valores que la CPR reconoce. Por lo anterior, un concepto de democracia (constitucional) necesariamente requiere de una limitación a la autonomía del legislado,<sup>60</sup> no siendo enteramente libre ni independiente.<sup>61</sup> Dentro de lo anterior, el legislador está limitado por el respeto al pluralismo político, y la existencia de sistemas de control del poder. En este sentido, si bien no podría permitirse que las minorías legislen, perfectamente podría admitirse que impidan decisiones relevantes sobre materias importantes cuando estimen que ellas no las incluyen. Ello es coherente con el concepto de bien común, entendido como la promoción de la realización de “todos y cada uno”, no sólo de las mayorías. Así, el sistema de quórum fortalece la persecución de los valores constitucionales aludidos y permite controlar que los actos legislativos se dirijan hacia el fin del Estado, fortaleciendo el carácter constitucional de la democracia.

1.3. Asumir que el principio mayoritario simple es esencial para la democracia, significa desconocer su verdadera naturaleza. En efecto, “el principio mayoritario no es un valor en sí, sino un procedimiento técnico, que se legitima mediante los límites indicados”.<sup>62</sup> La verdadera naturaleza del principio mayoritario es meramente utilitaria y práctica, ya que –y como se explicará más adelante– el ideal democrático es la unanimidad o, al menos, la toma de decisiones lo más incluyentes posibles.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Esto es un dogma del constitucionalismo liberal. Como un ejemplo entre muchos, John Locke señala que “(...) el poder de la sociedad o legislatura constituida por ellos no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común, sino que ha de asegurarse de proteger la propiedad de cada uno (...). Y todo esto no debe estar dirigido a otro fin que no sea el de lograr la paz, la seguridad y el bien del pueblo”. LOCKE (2002) p. 138.

<sup>60</sup> Fernando Muñoz, autor contrario al establecimiento de las LOC, reconoce y concede este punto al señalar que se pueden poner trabas o requisitos exigentes para el actuar y que no nos debemos “espan- tar con ello; recordemos que la gran limitación a la democracia es la existencia de una Constitución”. MUÑOZ (2006) p. 122.

<sup>61</sup> Los límites a la función legislativa van mucho más allá de las formulaciones constitucionales modernas. Desde antiguo los padres de nuestro sistema político han elaborado límites. Véase, a modo de ejemplo, a LOCKE (2002) pp. 141 y ss. Dicho texto contiene un capítulo signado con el número 11, titulado “Del alcance del poder legislativo”.

<sup>62</sup> MOLINA (2006) p. 184.

<sup>63</sup> Otro argumento de importancia para rebatir la acusación democrática a las LOC, consiste en señalar que la formulación de quóruns especialmente altos en la deliberación legislativa ha sido muy antigua en el constitucionalismo democrático. De hecho, algunos de los arquitectos de la democracia los concibieron en sus obras, como ya se demostró en las páginas precedentes. Este no es un simple argumento de autoridad, sino también un argumento de coherencia en el diseño institucional que dichos autores proponen.

## 2. La supermayoría exigida a las LOC altera el principio “un hombre, un voto”.

Se ha dicho que las LOC “representan un factor de descontento para la ciudadanía que, viendo que puede conformar mayorías parlamentarias en el Poder Legislativo a través del voto, descubre con posterioridad que su opinión es virtualmente anulada por las exigencias constitucionales respecto a los quórum y que esas mismas exigencias requieren, a su vez, de quórum distintos a los que señala la lógica de que la mayoría absoluta de los ciudadanos representa a la soberanía popular”.<sup>64</sup> Este argumento es producto de una formulación rousseoniana que tiene el objeto de establecer un principio de igualdad entre todos los ciudadanos que participan y concurren en la formación de la voluntad general.<sup>65</sup> Nuestra CPR recoge este principio en el art. 15 al señalar que “En las votaciones populares, el sufragio será (...) igualitario (...)”. No obstante, este principio no implica un necesario traslado de la igualdad en el voto a la representación que este genera. Si se dijera lo contrario, entonces lógicamente se debiera establecer una exacta representatividad entre los sufragios emitidos y el número de escaños obtenidos por el grupo político (mayoría y minoría) respectivo. Lo anterior es imposible: ningún sistema electoral es capaz de proporcionar una representatividad exacta. En efecto, Dieter Nohlen ha probado que es normal la existencia de distorsiones en la representatividad.<sup>66</sup> A mí entender, la ausencia total de distorsiones y la representatividad perfecta sólo pudo lograrse en un sistema de democracia directa basado en una asamblea, ya que la realidad implica que siempre existirán grupos cuyo voto no genere un escaño en el Congreso o Parlamento y, por tanto, no serán representados en la deliberación legislativa, sin perjuicio de que existen sistemas más eficaces que otros en este sentido.

Por consiguiente, el carácter igualitario del voto no puede significar una igualdad en la representación. Por lo demás, la representación parlamentaria

<sup>64</sup> Moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl). En un sentido similar, véase también a LEÓN (2007) p. 56.

<sup>65</sup> Este principio “implica que la influencia del voto de todos los electores es igual, y no debe ser diferenciada en razón de propiedad, ingresos, capacidad impositiva, educación, religión, raza, sexo, u orientación política. Se postula bajo este principio de igualdad de sufragio, la igualdad cuantitativa de los votos de los electores (...) es relevante también para la organización de las elecciones, especialmente en el ámbito de la distribución de las circunscripciones electorales. Para que la igualdad cuantitativa de los votos permanezca garantizada, se debe tener cuidado en la distribución de las circunscripciones electorales (...)”. NOHLEN (1994) p. 21. En ninguna parte el autor citado extiende dicha igualdad a los votos de los representantes de los electores en los procesos legislativos, tal vez, como se explicará, porque estos últimos gozan de un mandato representativo donde no existe el deber de instrucción.

<sup>66</sup> “La representación desigual de los sectores sociales (...) es tradicional en casi todos los países”. Más adelante agrega: “La igualdad de votos (...) se logra cuando cada escaño representa la misma cantidad de habitantes en todo el territorio electoral. Sin embargo, hay argumentos políticos considerados como justificados que permiten desviaciones del principio de igualdad”. NOHLEN (1994) p. 48. Luego de ello, el autor da varios ejemplos.

se sustenta en un mandato representativo (y no imperativo), ya que nuestro sistema se basa en el concepto de soberanía nacional desde la Constitución de 1918 (y no popular),<sup>67</sup> por lo que los parlamentarios no tienen el deber de seguir las instrucciones del electorado, sino que los intereses de bien común de la Nación. Esta es la tesis que recoge el art. 5° de la CPR, y por esta misma razón el sufragio es considerado no sólo un derecho político, sino también un deber ciudadano (ver art. 15 de la CPR) y, además, existe el principio de inviolabilidad parlamentaria (ver art. 61 de la CPR).<sup>68</sup>

Así, nuestro sistema no sigue (y nunca lo ha hecho) a Rousseau. Sostener lo contrario significaría caer en el absurdo de que el parlamentario que no ejerce su función de acuerdo a lo que piensan los (o "sus" electores) tendría que ser revocado de su cargo, en circunstancias que nuestra CPR es bastante rigurosa en disponer los casos y circunstancias en que un legislador deba dejar su función.<sup>69</sup> Así, el parlamentario es un representante de la Nación toda, y no de su elector particular.

Si asumimos que no existe el deber de instrucción entre representado y representante, entonces encontramos otra razón que impide trasladar el principio de igualdad a la deliberación legislativa. Por lo demás, probado está por la experiencia que, en la práctica, las leyes (entendidas como la voluntad de mayorías relativas) no siempre son representativas de la voluntad general.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Debe reconocerse que la tendencia contemporánea son las teorías o fórmulas mixtas que, sin caer en los defectos de la soberanía popular, eliminan las críticas que se han formulado a la soberanía nacional (a saber, falta de órgano concreto, posibilidad de sufragio censitario, de ausencia de control y de mecanismos de participación ciudadana directa). De esta manera, por ejemplo, la Constitución francesa de 1958 dispone en su art. 3, inciso 1, que "La soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por medio del referéndum". En idéntico sentido, la Constitución española de 1978 dispone en su art. 1.2, que "La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado". Es importante hacer ver que estas formulaciones mixtas excluyen (al igual que la tesis de la soberanía popular) la idea del deber de instrucción y el mandato imperativo, por lo que, aun cuando sea criticada la formulación de la soberanía nacional (lo que se ha hecho recurrente entre ciertos constitucionalistas) deberá admitirse que el argumento que planteo es igualmente válido. Cabe señalar que la formulación mixta fue propuesta por Maritain. Véase CEA (2002) pp. 214-215. Por otra parte, debe señalarse que las características negativas de la concepción clásica de la soberanía nacional "han perdido significado, ya que las Constituciones que sostienen la soberanía nacional o la soberanía popular consideran el sufragio universal; establecen controles de autoridades representativas (...)", etc. Opinión de Humberto Nogueira en VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA (2002) pp. 119-120

<sup>68</sup> En este mismo sentido, el art. 27 de la Constitución francesa dispone que "todo mandato imperativo es nulo"; y el art. 67, inciso 1, de la Constitución española, dispone que "los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo".

<sup>69</sup> "Sólo se avienen con ese carácter del Parlamento (deliberante) representantes que gocen de amplia libertad para discutir y resolver los negocios públicos. Cualquier limitación a esa libertad de los parlamentarios, significa afectar la naturaleza de centro de debates públicos que tiene el Parlamento, de órgano deliberante. El mandato representativo es excluyente del mandato imperativo". MOLINA (2006) p. 167.

<sup>70</sup> "El diputado representa a la Nación, por cuanto concurre individualmente, con su actividad y sufragio a la formación de la voluntad general". Carré de Malberg, citado por MOLINA (2006) p. 166.

Es evidente que todos los votos parlamentarios tienen idéntico valor en la sesión legislativa. Sin embargo, es perfectamente válido que, en la suma de los mismos, un exigente sistema de quórum haga que estos no puedan formar las mayorías suficientes, tal como el sistema electoral ocasiona (necesariamente) ciertas distorsiones en la voluntad popular.<sup>71</sup>

Por lo demás, importante es recordar que el argumento que interpreta erradamente el principio “un hombre, un voto”, no sería sostenible en un contexto de reforma constitucional. Utilizar dicho principio (en esa lectura del mismo) implicaría un absoluto que no admite excepciones, volviendo ilusoria la rigidez de la CPR y, en definitiva, esto significaría romper con la consideración clásica del juez Marshall en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que resolvió el caso *Marbury vs. Madison*, en el sentido de que no admitir la rigidez significa aceptar que la CPR sea modificada por la ley simple (y quórum simple), lo que quebraría las bases de la democracia constitucional moderna.<sup>72</sup>

### 3. Crítica relativa a las materias, formulada por Fernando Muñoz<sup>73</sup>

Este autor se cuestiona las materias que fueron elegidas por el constituyente para revestir de las garantías propias a las LOC. Básicamente dice que la regla de supermayoría sólo se justifica en la medida en que ésta esté diseñada para materias vinculadas a la protección de los derechos fundamentales, los que podrán ser invocados por las minorías para protegerse. Esta es la línea adoptada por el constitucionalismo español. Su contraargumento a la conveniencia de

<sup>71</sup> En efecto, un gran ejemplo propuesto por Friedrich es el de la conocida “ley seca”. En la “célebre legislación antialcohólica en los Estados Unidos (...). Un grupo reducido de fanáticos antialcohólicos logró aquí –aprovechando a fondo todas las ventajas de la *pressure politics* americana– que fuese aceptada esta ley modificadora de la Constitución. Pero en este caso no se logró la mayoría del pueblo norteamericano, ni tan siquiera el 80%, que era condición previa para que esta ley fuese implantada con buenos resultados, ya que al 45-50% de un pueblo no se le puede convertir en criminales por una ley que modifica la Constitución. Los americanos se negaban, pues, a someterse a estas normas legales, desarrollando una serie de prácticas para burlar la ley. Surgieron de este modo increíbles posibilidades de ganancia para ciertas organizaciones de gangsters. Hacia finales del decenio 1920-1930 aumentó este estado anómalo de cosas de tal modo que no hubo otro remedio que abolir la legislación”. FRIEDRICH (1960) p. 101.

<sup>72</sup> La sentencia de 24 de febrero de 1803, redactada por el *chief justice* John Marshall, es tal vez la más importante en la historia del constitucionalismo, y dispone que: “(...) Es un hecho demasiado evidente como para ser contradicho que o bien la Constitución controla todo acto legislativo que la vulnere o bien el Congreso puede alterar la Constitución por ley simple. Entre estas dos alternativas no cabe una posición intermedia. O bien la Constitución es una ley suprema, superior e inmodificable por los medios comunes, o se encuentra en el mismo nivel que la ley simple y, como otras tales leyes, puede ser modificada cada vez que el Congreso lo desee. Si la primera alternativa es cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si la segunda alternativa es cierta, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del Pueblo en orden a limitar un poder naturalmente imposible de limitar (...)”. Traducción de BELTRÁN Y GONZÁLEZ (2006) p. 117.

<sup>73</sup> Véase a MUÑOZ (2006).

las LOC, admite que ellas pueden existir con ciertos matices. Muñoz reconoce que las minorías deben ser protegidas respecto de las mayorías, discrepando respecto del mecanismo de protección. A mi parecer, ello no puede ser efectivo mientras no existan los arreglos institucionales que hagan del sistema político un diseño propicio para que dichos derechos no sean menoscabados. Todos los arreglos institucionales derivados de principios, como la separación de funciones –por ejemplo–, tienen finalmente por objeto la protección de los derechos fundamentales. Por esta razón, la parte orgánica también tiene un sentido valórico importante. Así, y usando el mismo criterio propuesto por Muñoz, no es de extrañar que se defiendan las LOC en cuanto regulen materias orgánicas que digan relación con la protección de dichos derechos. Esta misma razón fue utilizada por los constituyentes norteamericanos para no reconocer expresamente en el texto original de la Constitución Federal los derechos fundamentales. Para los federalistas, lo importante era el diseño institucional en cuanto contenido valórico. Así, los derechos fundamentales fueron agregados a la Constitución de los EE.UU. con posterioridad, mediante las diversas enmiendas que han venido después, y que no forman parte del texto original.<sup>74</sup> El profesor Zapata concuerda con lo señalado por Fernando Muñoz, y fortalece la réplica contra la crítica que formulo utilizando el argumento del sistema electoral binominal, como una manera de bloquear a las mayorías.<sup>75</sup> Demostraré los problemas de este argumento en el apartado siguiente.

#### **4. El sistema de supermayorías de las LOC supuestamente no funciona correctamente en el contexto del sistema electoral binominal**

Este argumento indica que el sistema mayoritario binominal de elecciones que rige para la elección de parlamentarios, al sobrerrepresentar a la segunda fuerza política del país, tiende al empate de las dos grandes coaliciones. Por consiguiente, resultaría muy difícil que se produzcan los doblajes necesarios para que las mayorías aprueben leyes basadas en reglas de supermayorías.

4.1. Al señalar que las LOC no funcionan en conjunto con un sistema electoral determinado, se está asumiendo que ellas podrían funcionar en un sistema electoral diferente. De esta manera, no se está atacando directamente a las LOC, sino más bien al sistema electoral. Este raciocinio es suficientemente lógico como para descartar el argumento del que me hago cargo.

4.2. No obstante lo señalado precedentemente, y haciendo presente que no es necesario desde una perspectiva lógica, me haré cargo del argumento sepa-

<sup>74</sup> Véase en este sentido a GARCÍA (2007).

<sup>75</sup> ZAPATA (2008) pp. 402-403.



rando las instituciones (LOC y sistema electoral). Se señala que una LOC sólo sería democrática en la medida que exista un sistema electoral que exprese fielmente las mayorías. De esta manera, se asume como remedio la modificación del sistema electoral. Ahora bien, esta crítica considera una oportunidad distinta a la que corresponde, trasladando el debate a un terreno que es ajeno. En efecto, sostener que el sistema electoral es quien determina la formación de las mayorías políticas en el Congreso, significa sostener que el momento determinante son las elecciones. Sin embargo, el momento determinante en la formación de las mayorías para la aprobación de una LOC tiene lugar con posterioridad, esto es, una vez que se está tramitando el proyecto de LOC respectivo y, en consecuencia, se aleja del momento en que los representantes compiten electoralmente. El momento relevante en la negociación no es el de la elección popular, sino que aquel donde los parlamentarios ya están ejerciendo sus funciones (legislando, votando los proyectos).

Esta refutación de la oportunidad me parece esencial atendido el fin que se persigue con el argumento del sistema electoral. En efecto, si se sostiene que son las elecciones las que determinan la aparición de las mayorías, necesariamente se está persiguiendo que la supermayoría esté construida de antemano, con lo que se niega la posibilidad de acuerdos con las minorías, ya que estos acuerdos no serían necesarios. Así, consecuencia de lo anterior es que el argumento de las elecciones lleve necesariamente a sostener que las mayorías se van a imponer sin necesidad de ir a buscar los votos con la oposición, rompiendo con la lógica y el fin de existencia de la LOC, cual es el control de las minorías ya formadas sobre las mayorías ya elegidas, entre otros.<sup>76</sup>

## **5. Las LOC bloquean el proceso legislativo e impiden el desarrollo del país**

Este contraargumento a la existencia de las LOC se fundamenta básicamente en que las minorías pueden impedir que las mayorías se expresen, retardando

<sup>76</sup> Cabe hacer presente que, para cuestionar la conveniencia de las LOC, y en relación al sistema electoral, también se ha utilizado un argumento de coherencia: "Si para elegir un Presidente de la República se requiere una mayoría del 50 por ciento más uno de los votos, no es coherente que las decisiones del Parlamento tengan que cumplir exigencias mayores, aun en los casos de materias de particular trascendencia como podrían considerarse las propias normas constitucionales, las leyes orgánicas constitucionales o las leyes de quórum calificado". Este argumento fue sostenido en la moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07, en [www.senado.cl](http://www.senado.cl). Por tratarse de un argumento de coherencia, basta con demostrar las diferencias que justifican la inserción de quóruns diversos para que la armonía que se invoca pierda sustento. En efecto, la elección del Presidente de la República es llevada a cabo directamente por la ciudadanía, en circunstancias que las LOC son votadas por los parlamentarios; no es necesario, como ya lo expliqué, una coherencia exacta entre un resultado electoral y la votación de una ley, menos si se trata de un órgano político que no participa de los quóruns legislativos; el quórum para elegir Presidente de la República también es calificado, al menos en primera vuelta, entre muchas otras razones.

con ello aquellos proyectos de reforma legislativa que resultan importantes para el mejor destino de Chile. Fundaré mi refutación en dos argumentos:

5.1. Para poder sostener esto, a mi juicio, es necesario que se demuestren varias cosas: en primer lugar, que hay proyectos importantes para el desarrollo del país que se han presentado en el Congreso; en segundo lugar, que esos proyectos son materia de LOC; en tercer lugar, que quienes presenten el proyecto no tengan, dentro de la propia coalición política a la que pertenecen, el quórum suficiente para aprobar una ley simple; y finalmente, que una parte muy significativa de la oposición haya votado en contra de dicho proyecto, de tal manera que no se alcanzó a reunir el quórum respectivo.

El primer punto es muy discutible, ya que dependerá de las convicciones políticas que se tengan respecto del proyecto específico en discusión. El segundo punto no es menor, ya que importantes proyectos para el país son materia de ley simple, e igualmente no han logrado aprobarse por diferentes razones.<sup>77</sup> No debe olvidarse que la definición de una materia como propia de LOC es excepcional. El tercer punto es imprescindible, ya que si los parlamentarios no tienen acuerdo en sus grupos internos, mal podrían aprobar el proyecto y sería muy difícil lograr el acuerdo supermayoritario con la oposición.<sup>78</sup> Si no logran reunir al menos una mayoría simple, menos podrán reunir una calificada, y la discusión acerca de la regla de supermayoría se traslada al terreno de las convicciones y persuasiones. El último punto es esencial y obvio. Es factible que la oposición no cambie su posición y que la mayoría relativa pueda obtener algunos votos aislados que le permitan hacer exitosa la votación.

5.2. La evidencia demuestra que, aun con la regla de supermayoría, es posible lograr acuerdos que hagan exitosos los proyectos de reforma o de creación de una LOC. Una muestra de ello es que, según cifras entregadas por el TC, sólo el 2008 han entrado a control preventivo obligatorio 27 proyectos de LOC que ya fueron aprobados por ambas Cámaras.<sup>79</sup>

Así, sin perjuicio de que hoy las LOC se encuentran presentes en numerosos proyectos de ley,<sup>80</sup> han existido algunos proyectos de especial relevancia política

<sup>77</sup> Piénsese, por ejemplo, en la reforma procesal civil, en el proyecto de ley que regula el recurso de protección de las garantías constitucionales, entre muchas otras materias.

<sup>78</sup> Esto ha sucedido, por ejemplo, en los proyectos que proponen la legalización del aborto terapéutico.

<sup>79</sup> Se trata de una cifra que va creciendo de acuerdo a la tendencia marcada por años anteriores: el 2007 fueron 24 y el 2006 fueron 15. Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009).

<sup>80</sup> Como una muestra ilustrativa, y según cifras elaboradas por Buchheister y Soto, de todos los proyectos de ley ingresados entre el 21 de mayo y el 18 de septiembre del año 2004, un 34% de ellos contienen normas propias de LOC. BUCHHEISTER y SOTO (2005) p. 258.

que han logrado ser aprobados mediante amplios acuerdos. En estas materias, el rol de la oposición ha sido muy importante. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la –ya comentada– modificación de la LOC de enseñanza, con la reforma a la LOC del TC (actualmente en su etapa de control preventivo), con la dictación de la LOC que regula el Ministerio Público, entre muchas otras. Por lo demás, si el quórum fuera un problema real de bloqueo, importantes reformas que exigen un quórum superior a la LOC no se habrían aprobado. Tal es el caso de las reformas constitucionales de la ley 20.050, de 2005.

También es necesario hacer presente que, si bien es cierto que en la CENC se expresaron ciertos temores ante una eventual imposibilidad de reforma legislativa de las LOC,<sup>81</sup> ellos fueron indicados en un contexto en que las LOC iban a tener una regla de mayoría de tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio, lo que es equivalente al quórum exigido para la reforma de ciertos capítulos de la CPR. Evidentemente que este quórum resultaba excesivo y podía dar lugar a un eventual bloqueo (aunque nunca lo sabremos con exactitud, ya que se eliminó antes de que entrara a regir el Congreso Nacional), razón por la cual se ha disminuido a cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio. Es justamente este quórum el que ha permitido reformas importantes. Tan exitoso ha sido el funcionamiento de mayorías de las LOC, que el propio constituyente derivado, ya en democracia, ha ordenado que ciertas materias sean reguladas creando normas sujetas a reglas de supermayorías. Ello lo ha hecho mediante reformas constitucionales.<sup>82</sup> Pueden citarse, para este efecto, la inserción del art. 84 de la CPR, que ordena la creación de la LOC que determina la organización y atribuciones del Ministerio Público,<sup>83</sup> y aquella que ordena el art. 121, inciso 2°, de la CPR, en relación con las facultades municipales que se señalan, las que se ejercerán con los límites y requisitos de la LOC.<sup>84-85</sup>

<sup>81</sup> Véase CENC, sesión 353, celebrada el miércoles 19 de abril de 1978, p. 2221.

<sup>82</sup> Cabe hacer presente que no sólo se ha ordenado la creación de nuevas LOC, sino que también de LQC. Ocurrió con el nuevo art. 8, inciso 2°, de la CPR, que ordena la creación de la LQC que regulará las excepciones al principio de publicidad. Este artículo fue introducido mediante la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, de 2005.

<sup>83</sup> Esta ley (N° 19.640), que contiene muchísimos preceptos propios de LOC, fue publicada el 15 de octubre de 1999, y ha sufrido varias modificaciones posteriores.

<sup>84</sup> Esta LOC aún no se ha dictado, y se encuentra en tramitación legislativa. Véase el boletín N° 3768-06.

<sup>85</sup> Pueden citarse algunos ejemplos de propuestas de reforma constitucional que, no obstante no haber prosperado, son una muestra del propósito de numerosos legisladores en orden a extender las materias que son propias de LOC. Así, por ejemplo, existió una moción de la Alianza por Chile para que la regulación de los tributos y de las normas complementarias a la discriminación del Estado en materia económica, esté entregada a la LOC. Véase PFEFFER (2005) pp. 589-590, 592).

## V. Defensa de la regla de supermayoría

Como ya lo señalé, y atendido que el debate acerca de la conveniencia de tener LOC ya está instalado, me parece necesario reformular la tesis que defiende la existencia de las mismas (al menos en su aspecto de supermayoría) utilizando argumentos frescos que se sumen a los que se suelen invocar de manera tradicional, los que ya han sido expuestos en las páginas anteriores. De esta manera, existen al menos tres razones adicionales para sostener la vigencia y conveniencia de las LOC: 1. Las LOC fortalecen la separación de funciones frente a la partidocracia; 2. Las LOC refuerzan la función de control de las minorías sobre las mayorías; 3. Conveniencia de las decisiones supermayoritarias

### 1. Las LOC fortalecen la separación de funciones frente a la partidocracia

Un principio básico y esencial de toda democracia constitucional moderna es la separación de funciones, que sirve para limitar el ejercicio del poder político y proteger las libertades de las personas. Dicho principio requiere de arreglos institucionales concretos que lo fortalezcan, ya que de lo contrario pasaría a ser una mera declaración de intenciones. Los arreglos institucionales invocados por los autores tradicionales (Locke, Montesquieu, Hamilton, Madison, Jay, Constant, entre otros) no son suficientes en el contexto de un sistema político donde los Partidos adquieren cada vez mayor importancia.<sup>86</sup>

No basta con asignar las funciones a órganos diferentes e independientes entre sí para que la separación de las mismas cumpla con su fin. En efecto, ¿podría considerarse que el Ejecutivo está separado del Legislativo si ambos están capturados por agentes que pertenecen al mismo partido político o coalición de partidos, que siguen las mismas directrices entregadas por las cúpulas partidarias?<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Para el connotado profesor español, Antonio-Carlos Pereira Menaut, "Un factor de gran importancia y que no pudo ser previsto por Locke: los modernos partidos políticos. Si la mayoría del Legislativo pertenece al mismo partido que el Ejecutivo, la separación y el control serán ilusorios. Si, además, el Ejecutivo influye en la composición del Tribunal Constitucional –en los países en que lo hay– por medio del Parlamento, y si el mismo partido controla los principales *mass media* y los sindicatos...". PEREIRA MENAUT (1998) p. 166. Más adelante el mismo autor agrega: "Es innegable que la separación de poderes está en crisis y ha sido sobrepasada por la realidad. Sin embargo, todavía parece menos mala que su ausencia (...). Esta vieja y obsoleta teoría de la separación de poderes es mejor que nada. Aunque las mayorías parlamentarias sean dóciles a los gobiernos, queda todavía la oposición, que –hasta el momento en que a su vez se convierta en dócil mayoría– juega un indiscutible papel. PEREIRA MENAUT (1998) p. 169.

<sup>87</sup> Un importante autor nacional señala en este mismo sentido que: "La división tripartita clásica queda superada porque son los partidos políticos los que en realidad conducen el poder, tanto en el Ejecutivo, como en el Parlamento, puesto que a ellos pertenecen los miembros del gobierno y de las mayorías legislativas. Y es el partido el que coordina la acción de unos y otros, proporciona una ideología, los programas y destaca los nombres de uno y otro. (...) El principio clásico pierde fuerza ante la realidad (...)". MOLINA (2006) p. 188.

En otras palabras: ¿qué independencia puede tener el legislador del Presidente de la República y su Gabinete si éstos últimos tienen mayoría parlamentaria en el Congreso?

La *partitocracia* (gobierno de los partidos políticos) es –a mi modo de ver– un proceso que está en permanente fortalecimiento, e incide en que los Partidos capturen las instituciones políticas haciendo que el poder político sea ejercido de manera horizontal a ellas, restringiendo con el principio de “el poder detiene al poder” y el “*checks and balances*”.<sup>88</sup>

Así, me parece que la exigencia de quórum especiales en la legislatura favorece el hecho de que el Congreso deba actuar como un cuerpo único (o al menos que se acerque a ello), fortaleciéndose frente al Presidente de la República y pudiendo bloquear decisiones político-partidistas transversales a dichos órganos. De esta manera, se hace más costoso que la coalición de Gobierno pueda ejercer el poder rompiendo con la separación orgánica de funciones. Ello es sano para la democracia.

## 2. Las LOC refuerzan la función de control de las minorías sobre las mayorías

Este argumento utiliza como premisa básica el hecho de que la función de las minorías es (además de ser alternativa de Gobierno) controlar el ejercicio del poder de las mayorías, tal como se explicó en páginas precedentes.<sup>89</sup> Previo a tratar esta idea, me parece útil advertir que la tendencia neoconstitucionalista a reconocer los derechos de las minorías y a entregar a los tribunales la función

<sup>88</sup> Algunas muestras del poder creciente de captura de los partidos políticos están representadas por el creciente “cuoteo” en la repartición de los cargos públicos (reconocido públicamente por el actual Ministro de Defensa), los sistemas electorales que dan pocas posibilidades a que los independientes alcancen escaños parlamentarios, la necesidad de la utilización de la “maquinaria partidaria” en las campañas electorales, entre otros. Vergonzosa muestra –a mi juicio– es la reciente reforma constitucional del 2005 (a través de la Ley N° 20.050), en cuanto al reemplazo de los parlamentarios, donde el Partido Político reemplaza el ejercicio de la soberanía por parte del pueblo, quebrando el principio representativo de la Nación contenido en el art. 5° de la CPR. En efecto, el actual art. 51 de la CPR, dispone que las vacantes se proveerán con quien “señale el partido político al que pertenecía el parlamentario que produjo la vacante (...)”, y que los “(...) independientes no serán reemplazados”, salvo los que hubieren pertenecido a alguna lista en conjunto con uno o más partidos políticos, los que serán reemplazados por “el ciudadano que señale el partido”.

<sup>89</sup> Este argumento tiene una íntima vinculación con la idea de la democracia como un sistema de expresión de mayorías con respeto y protección a las minorías. No me referiré latamente a este aspecto, ya que el mismo fue desarrollado en este mismo trabajo cuando refuto el argumento de la objeción democrática de las LOC. Cabe recordar, no obstante, las palabras de Friedrich, quien cuestiona el interés público que ilumina las decisiones de la simple mayoría: “cuanto más intensos son los contrastes y cuanto más significativa sea la antítesis política, tanto más probable será que una parte considerable de la mayoría no consulte ni se pregunte por qué *todos* deban desear, sino lo que *ellos mismos* quieren, y a base de este modo de pensar se tomará la decisión”. FRIEDRICH (1960) p. 97.

de proteger dichos derechos o intereses mediante el control constitucional de la decisión mayoritaria (expresada en una ley) no es suficiente como sistema democrático de equilibrio.<sup>90</sup> En efecto, como recuerda Gargarella<sup>91</sup> y, entre nosotros, Fernando Atria, quien sostiene que los tribunales pueden perfectamente adolecer de los mismos vicios que las mayorías,<sup>92</sup> es cuestionable que los tribunales otorguen garantías de protección a las minorías. Sin perjuicio de la lucidez de la denuncia de Atria, su argumento no me convence del todo, ya que si bien es cierto que los tribunales no pueden, por sí solos, ser garantes de la protección de las minorías, existe otro mecanismo institucional para que las minorías se puedan proteger por sí solas sin caer en el vicio de la autotutela: la exigencia supermayoritaria. Si los tribunales no dan garantías de tener un interés en proteger las minorías, como dice Atria, entonces qué mejor que las mismas minorías para darse garantías a sí mismas.<sup>93</sup> Como ya lo dijera Hans Kelsen hace muchos años: “el catálogo de derechos políticos pasa, de protección al individuo contra el Estado, a ser protección para una minoría, para una minoría cualificada contra la mayoría simplemente absoluta (...) sólo pueden dictarse normas

<sup>90</sup> En un comienzo, el constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII asumió que sería rol de los tribunales (con poderes de control legislativo a posteriori) el proteger a las minorías, debiendo anular aquellas leyes inconstitucionales que fueran dictadas por mayorías que fueran opresivas con las primeras. Esta es una de las ideas que subyacen en el famoso escrito de Hamilton en “El Federalista” N° 78 (véase HAMILTON, MADISON y JAY (1994) pp. 330 y ss.), y que fundamenta el robustecimiento de los tribunales de justicia frente al legislador.

<sup>91</sup> En este sentido, Roberto Gargarella dice: “(...) puede resultar razonable que el poder judicial, como ‘poder no mayoritario’ (ya que, por el modo de la elección de sus miembros y por la estabilidad en sus cargos, no era esperable que los jueces respondieran ‘obedientemente’ a las mayorías), va a mostrarse especialmente sensible frente a los reclamos de los grupos no mayoritarios –las minorías. De todos modos, cuando reconocemos la pluralidad de grupos sociales hoy existente, y reconocemos también que las mayorías y minorías constituyen, en todo caso, grupos de composición variable (a partir de la formación de coaliciones cambiantes, frente a situaciones diferentes), el presupuesto anterior (según el cual puede esperarse que el poder judicial juegue un papel crucial en la protección de las minorías) también se diluye. ¿Por qué razón habríamos de esperar que el poder judicial (como poder ‘no mayoritario’) se muestre especialmente ‘sensible’ a los reclamos minoritarios (...) amenazados por las apetencias de particulares coaliciones mayoritarias?”. GARGARELLA (1999) p. 16.

<sup>92</sup> Así, el argumento del control constitucional como un freno para los abusos eventuales de las mayorías “falla, por cuanto todo lo que se dice de las mayorías puede también decirse de los tribunales y de los jueces. Así como las mayorías pueden abusar de los derechos que les entrega el sistema democrático, los jueces pueden abusar de los poderes que les entrega el control judicial de constitucionalidad (...). La teoría democrática (...) no puede ofrecer una salvaguardia institucional que elimine el problema: sólo puede desplazarlo a otra sede”. ATRIA (2000) p. 358.

<sup>93</sup> Cabe hacer presente que, no obstante lo señalado, Atria es probablemente uno de los partidarios de eliminar las LOC de nuestro sistema constitucional. No obstante ello, el aporte de Atria es fundamental para el argumento que construyo, ya que desentraña la idea de que no basta con tener tribunales de justicia velando por los derechos de las minorías, llegando incluso a poner ejemplos concretos en que los tribunales han, efectivamente, violado dichos derechos. Véase ATRIA (2000) pp. 372-374.

con el asentimiento de una minoría calificada y no contra su voluntad, es decir, que solamente son posibles mediante acuerdo entre mayoría y minoría".<sup>94</sup>

Aceptada la idea de que las minorías controlan a las mayorías y por sí, y no sólo a través de tribunales, intentaré demostrar que la utilización de la regla de supermayorías para la aprobación de ciertos proyectos de ley forma parte de esta función de control, lo que justifica la inclusión de la misma en los sistemas democráticos. Ello permite considerar una alternativa adicional a la fiscalización parlamentaria tradicional y al control realizado por los tribunales.<sup>95</sup>

Las minorías gozan, dentro de un sistema de democracia constitucional, de una función elemental de control. Esta función puede ser ejercida mediante dos sistemas de quórum diferentes: En primer lugar, se encuentran aquellas atribuciones que pueden ejercerse con quóruns inferiores a la simple regla de mayoría, los que les permiten actuar aun sin un consenso con la coalición dominante. Esta primera especie de control produce un hacer, un acto positivo desplegado con pocos votos.<sup>96</sup> En segundo lugar, encontramos la regla de quórum supermayoritario, donde las minorías podrán bloquear aquellas decisiones mayoritarias relevantes que estimen inconvenientes, produciendo la necesidad de la coalición gobernante de buscar los acuerdos necesarios para obtener los votos faltantes con un sector (minoritario, ya que la regla de supermayoría no es tan exigente) minoría. Esta segunda especie produce un no hacer del legislador (o un hacer negociado), y a este pertenece la regla de supermayoría que requieren las LOC.

La existencia de las LOC implica que es un costo adicional para que las mayorías puedan aprobar un proyecto. Ese costo se refleja en la necesidad de obtener unos (pocos) votos pertenecientes a parlamentarios de partidos de oposición, debiendo negociar y convencer a estos (pocos) parlamentarios para poder

<sup>94</sup> KELSEN (2002) p. 64.

<sup>95</sup> Debe hacerse presente, eso sí, que las minorías, en uso de la función de control, pueden activar la jurisdicción de los tribunales mediante diversos mecanismos, que se enunciarán más adelante.

<sup>96</sup> A esta especie de control de las minorías pertenecen las siguientes herramientas: 1) Solicitar antecedentes al Gobierno por un tercio de los diputados presentes en la Cámara (art. 52, N° 1, letra a, inc. 2°, de la CPR). 2) Citar a un Ministro de Estado por un tercio de los diputados en ejercicio (art. 52, N° 1, letra b). 3) Crear comisiones investigadoras por dos quintos de los diputados en ejercicio (art. 52, N° 1, letra c). 4) Formular acusaciones constitucionales por no menos de diez y no más de veinte diputados (art. 52, N° 2). 5) Requerir antes de su promulgación, la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley o de reforma constitucional, o de un tratado internacional ante el TC, por una cuarta parte de alguna Cámara legislativa en ejercicio (art. 93, N° 3 de la CPR). 6) Requerir la declaración de un decreto con fuerza de ley al TC por una cuarta parte de alguna Cámara legislativa en ejercicio hasta treinta días después de publicado el mismo (art. 93, N° 4 de la CPR). 7) Solicitar mediante acción pública la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable (art. 93, N° 7 de la CPR). También pueden citarse los casos del art. 93, N° 8, N° 10, N° 13, N° 14 y N° 16.



legislar con éxito en las materias específicas de que se trate. De esta manera, si la negociación o capacidad de persuasión de las mayorías no es capaz de obtener los votos necesarios, el proyecto fracasará. Así, debe entenderse que el poder minoritario de las LOC puede ser visto de dos maneras:

O se considera que las LOC son una forma en que las minorías bloquean las decisiones de las mayorías, o se considera que las LOC son una manera en que las mayorías deben buscar los votos opositores, constituyendo un arreglo institucional que las obliga a moderarse. Si se opta por la primera posición, entonces se asume que las LOC son un elemento perverso que impide la formación de la voluntad democrática legislativa. En cambio, si se elige la segunda alternativa, se considera a las LOC como un diseño institucional de control, por el cual se incentiva la moderación de la coalición mayoritaria incluyendo en su decisión a (al menos una pequeña parte de) la minoría. Me parece útil citar las palabras de Hans Kelsen, quien reconocía que la obstrucción de las minorías a la decisión mayoritaria traía beneficios en términos transaccionales: "la obstrucción ha sido no pocas veces un medio que en lugar de imposibilitar la formación de la voluntad parlamentaria la ha encauzado hacia una transacción entre la mayoría y la minoría".<sup>97</sup>

### 3. Conveniencia de las decisiones supermayoritarias

Dejando de lado la conveniencia por causa de la legitimidad de las decisiones que son adoptadas mediante acuerdos, argumento al que ya recurrí en otra parte de este trabajo, me referiré a la conveniencia de la decisión en sí o, si se quiere, a los incentivos de calidad que la regla de supermayoría incorpora.<sup>98</sup>

Este argumento se estructura sobre tres partes: en primer lugar, aceptando que las mayorías pueden optar por decisiones muy favorables y convenientes, debe señalarse que las condiciones para que ello se pueda dar son difíciles. En segundo lugar, la regla de mayoría simple es un mecanismo instrumental, y no un dogma necesario para la deliberación democrática, ya que el ideal democrático es la unanimidad. En tercer lugar, el establecimiento de una regla de mayoría que sea intermedia entre la unanimidad y la simple mayoría implica

<sup>97</sup> KELSEN (2002) p. 73

<sup>98</sup> Debo hacer presente que, y como ya lo indiqué, optar por un sistema democrático implica asumir que los representantes podrán elegir decisiones equivocadas o inconvenientes. Por eso, y para efectos de este apartado, utilizaré la expresión "conveniente" sólo en un sentido ideal (y probablemente parcial) del término. Lo conveniente es, desde esta perspectiva, aquello que conduce al bien común y que, por consiguiente, no asigna privilegios a favor de ciertos grupos en perjuicio de otros. Así, este argumento de calidad debe entenderse como la generación del "incentivo institucional" que lleva implícita la regla supermayoritaria para no excluir los intereses de grupos minoritarios.

expandir los beneficios políticos que las leyes otorgan a los distintos grupos políticos con representación parlamentaria.

3.1. Como ya se ha reiterado en este trabajo, las decisiones de aspectos relevantes deben estar contenidas en normas cuyo quórum sea cualificado. Sin embargo, se acepta que dichos quóruns son excepcionales, relativos sólo para dichos casos. No obstante lo anterior, y considerando que el quórum no es una garantía que asegure las decisiones "buenas" (ninguna decisión democrática lo es *a priori*), puede aceptarse que, mediante un quórum simple es posible llegar a dichas decisiones. No obstante, y reconociendo dicha posibilidad, la misma es muy difícil cuando se trata de decisiones importantes. Friedrich dice que para que ello sea posible se requieren tres condiciones: 1. La política propuesta debe ser realizable o factible; 2. El grupo llamado a tomar la decisión debe ser homogéneo; 3. Las decisiones posibles "no pueden diferenciarse unas de otras a causa de su importancia".<sup>99</sup> Estas tres condiciones son muy difíciles de lograr y, evidentemente, no corresponden a la realidad política nacional, sobre todo en el segundo punto. El sistema de quórum cualificado se justifica, en este sentido, por cuanto no existe una homogeneidad suficiente en la sociedad chilena. Por lo demás, no estoy convencido de que la homogeneidad sea beneficiosa, ya que la diversidad de ideas hace que estas compitan libremente y mejoren la calidad de la política.

3.2. Ya en el siglo XVII John Locke, padre del liberalismo político, explicaba que la regla de mayoría se usa porque la unanimidad no es siempre factible, reconociendo el carácter instrumental de dicha regla: "Pues si el consenso de la mayoría no fuese recibido como acto de todos, con fuerza para obligar a cada individuo, sólo el consentimiento de todos y cada uno de los individuos en particular podría hacer que algo fuese tomado como decisión del pleno. Mas ese consenso absoluto es casi imposible de obtener, si consideramos que las enfermedades y las ocupaciones siempre entorpecen que todos estén presentes en la asamblea, aunque el número de hombres que la componen sea mucho menor que el de los que componen un Estado. A esta circunstancia habría también que añadir la variedad de opiniones y la contrariedad de intereses que inevitablemente tienen lugar en toda colectividad de hombres".<sup>100-101</sup>

<sup>99</sup> FRIEDRICH (1960) pp. 99-100.

<sup>100</sup> LOCKE (2002) p. 113.

<sup>101</sup> En el mismo sentido, el profesor Molina señala acertadamente que "En un plano de utopía, podría imaginarse que todas las decisiones se tomarán por unanimidad, dándose lugar de este modo a una identificación de la voluntad estatal y de los gobernados. Pero de hecho, en una sociedad política contemporánea, con libertad real, la unanimidad es prácticamente imposible y como es necesario que el debate de las opiniones tenga un término, pues es preciso adoptar decisiones y hacer posible la función de gobernar, es imperativo acudir al principio mayoritario". MOLINA (2006) pp. 182-183.

Por su parte, y en un sentido similar Hans Kelsen decía que “la transacción (o los acuerdos entre las mayorías y minorías) es la verdadera aproximación a la unanimidad exigida por la idea de la libertad en la creación del orden social por los sujetos al mismo (...)”.<sup>102</sup> Si se acepta la idea de que las LOC producen (o fuerzan a) las transacciones políticas, entonces el argumento de la unanimidad como ideal a acercarse cobra mucha fuerza.

La aceptación del principio mayoritario como funcional (y no como dogma) al sistema político democrático, acepta que no es el ideal, sino que un mecanismo necesario por causa de factibilidad política. El ideal democrático es que las decisiones sean unánimes, por cuanto todos se verían representados en ellas. Si la unanimidad no es posible, entonces hay que “reducir al mínimo la cantidad de personas que puedan discrepar de la voluntad estatal”.<sup>103</sup>

3.3. Como ya se demostró, la unanimidad es el ideal.<sup>104</sup> En efecto, de acuerdo a la teoría de la elección pública,<sup>105</sup> esta regla es funcional a la provisión de bienes públicos por parte del proceso legislativo, entendiendo como tal un concepto económico donde no existe rivalidad ni exclusión en su obtención. El bien público está al alcance de todos. Siguiendo el criterio de la eficiencia legislativa paretiana, por la cual sólo es eficiente aquella ley que signifique que todos queden en mejor posición o que, al menos, se deje a alguien favorecido sin afectar a nadie, la unanimidad es la única regla de deliberación que permite que todos los parlamentarios se vean beneficiados. Ello es así, ya que si un parlamentario percibe que la decisión será perjudicial para él, entonces podrá bloquear el proyecto de ley por sí solo, impidiendo que la unanimidad se pueda formar.

Ya señalé que la regla de la unanimidad es poco factible. Ahora debo indicar, además, que la unanimidad puede resultar inconveniente, ya que genera un “incentivo (para los parlamentarios) para actuar de manera estratégica u oportunista (*hold out*), amenazando con vetar la legislación propuesta a menos que se le entreguen beneficios adicionales o se reduzcan los costos de adoptar dicha legislación”.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> KELSEN (2002) p. 75.

<sup>103</sup> MOLINA (2006) p. 183. Pese a que comparto las palabras de este autor, debo advertir que en ninguna parte del texto citado se llega a la conclusión de que la admisión de mayorías calificadas es más conveniente que la formación de mayorías simples, que es justamente lo que pretendo demostrar. Sin embargo, creo que sus dichos conducen necesariamente a lo que sostengo. En efecto, más adelante señala que “esto supone que la mayoría no puede transformarse en despótica, que tiene límites que se expresan en el consenso político fundamental, en aquellos acuerdos básicos, esenciales, sobre los que se estructura y funda la sociedad política, y cuya observancia permite que la mayoría no pretenda eliminar la oposición ni esta pretenda segregarse, desintegrar la unidad política” (pp. 183-184).

<sup>104</sup> En esta parte del argumento, sigo principalmente a GARCÍA y SOTO (2009) pp. 66 y ss.

<sup>105</sup> Sobre esta teoría, véase la obra fundamental de BUCHANAN y TULLOCK (1980).

<sup>106</sup> GARCÍA y SOTO (2009) p. 67.

Así, la regla de mayoría reemplaza normalmente a la unanimidad como mecanismo de deliberación legislativa. Sin embargo, dicha regla de mayoría simple no es capaz de garantizar leyes que sean superiores. De hecho, y si consideramos a los políticos como maximizadores de votos que persiguen perpetuarse e incrementar sus cuotas de poder, la mayoría tendrá un fuerte incentivo institucional para quitarle derechos a la minoría política y a aumentarse los propios. Así, por ejemplo, podría imponer la existencia de un sistema electoral que, estima, le favorece, en perjuicio de los intereses opositores.<sup>107</sup> En términos concretos, podría modificarse el mapa de los distritos electorales donde la minoría tiene capacidad para doblar a la mayoría, obteniendo dos escaños en la Cámara de Diputados (lo que ocurre en los distritos Las Condes, Vitacura, Lo Barnechea) para impedir que un pacto político tenga más de un diputado, logrando un escaño adicional para la mayoría. Lo anterior es posible porque existe una tendencia monopolizadora del poder por parte de los políticos (y, por cierto, de los parlamentarios), lo que lleva a una progresiva pérdida de fuerza por parte de la minoría, la que corre el riesgo eventual e hipotético de desaparecer. Si no desaparece, es porque existen los arreglos institucionales dentro del sistema político que le permiten protegerse.

Esta tendencia natural de la política se siente en el momento de aprobar un cambio importante en el sistema político. Esos cambios, en el caso chileno, suelen estar protegidos por una regla de supermayoría, ya sea que impliquen una reforma constitucional o una modificación a una LOC. Estas reglas de supermayoría representan, por lo tanto, verdaderos frenos institucionales a la monopolización del poder por parte de las mayorías. La ventaja de ellos es que entregan a la minoría calificada la capacidad de bloquear una decisión mayoritaria, pudiendo ponderar por sí cuáles aspectos les resultan convenientes y cuáles no. Por esta misma razón, los intereses de dichas minorías estarán mucho mejor representados mediante un sistema de quórum cualificado, que en un tribunal de justicia capacitado para adoptar sentencias contramayoritarias (como ocurre con el control constitucional de la ley adoptada por la mayoría).

Así, y como lo demuestran los autores ya citados, a mayor quórum (o cercanía con la unanimidad) mayor incentivo a proveer bienes públicos para las fuerzas políticas representadas en el Congreso existirá en el proceso legislativo.<sup>108</sup> Ello incide en que las decisiones tenderán a beneficiarlos a todos o, al menos, a un sector superior al de la coalición política dominante.

<sup>107</sup> Por esta misma razón, la regla de mayoría simple ni siquiera es capaz de garantizar una eficiencia en el sentido Kaldor-Hicks (por el cual las ganancias de los ganadores –mayorías– exceden la de los perdedores –minorías–), ya que las mayorías tenderán a tomarse todos los beneficios posibles sin consideración por el perjuicio que causan en otros grupos. GARCÍA y SOTO (2009) p. 70.

<sup>108</sup> GARCÍA y SOTO (2009) pp. 68-69.

## VI. Conclusiones

1. El debate público acerca de la conveniencia de mantener o derogar las LOC ya es una realidad en la esfera política. Ello hace necesario que los constitucionalistas aporten fundamentos que hagan más rica la discusión, desde el mundo académico. Hasta el momento, son pocos los autores nacionales que han estudiado y escrito sobre ello.

2. Las razones tradicionales que justificaron la existencia de las LOC no son las únicas que hoy pueden invocarse. Incluso, varias de ellas presentan problemas, por lo que se hace imperioso que quienes defienden la conveniencia de mantener el sistema de LOC (entre quienes me cuento) hagan más sofisticados sus argumentos.

3. Las críticas a las LOC, en general, pasan por una objeción democrática. Dicha objeción admite diversas variantes, todas las cuales son refutables. Sin embargo, es necesario separar del debate ciertos elementos, tales como el argumento de sistema electoral y el del supuesto "pecado de origen" de algunas de ellas, entre otros. Todos estos argumentos se sitúan en un plano ideal que permitiría justificar las LOC en otras circunstancias, por lo que las críticas no van directamente dirigidas a la regla de supermayoría, sino simplemente a dichas circunstancias. Otros contraargumentos que admiten discusión dicen relación con el concepto de democracia y con la utilización de la regla "un hombre, un voto", del cual me hago cargo a lo largo de este trabajo.

4. He probado que, incorporando argumentos frescos al debate, la conveniencia de mantener las LOC resulta evidente. Sin embargo, esta conclusión debe relativizarse en cuanto al análisis casuístico de las materias que el constituyente originario o derivado ha definido como propia de LOC, ya que así como tal vez puedan existir materias que, no siendo propias de este tipo de ley, debieran serlo, también debe aceptarse la hipótesis contraria.

## VII. Bibliografía

### 1. Publicaciones Académicas

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2005) "El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la Ley N° 20.050", en *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis) pp. 67-79.

ATRIA, Fernando (2000) *Revisión Judicial: El Síndrome de la Víctima Insatisfecha* (27 de mayo de 2008) [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_1081.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1081.html)

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, y GOLZÁLEZ GARCÍA, Julio (2006) *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2° edición) 716 pp.

BUCHANAN, James, TULLOCK, Gordon (1980) *El Cálculo del Consenso. Elementos lógicos de la democracia constitucional* (Madrid, Centro de Estudios y Comunicación Económica) 394 pp.

BUCHHEISTER ROSAS, Axel, SOTO VELASCO, Sebastián (2005) "Criterios para la calificación de normas orgánicas constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 32) (N° 2) pp. 253-275.

BULNES ALDUNATE, Luz (1984) "La Ley Orgánica Constitucional", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 11), pp. 227-239.

CEA EGAÑA, José Luis (2002) *Derecho Constitucional Chileno, tomo I* (Santiago, Universidad Católica de Chile) 405 pp.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2005) *Manual de Educación Cívica* (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 8ª edición) 292 pp.

FRIEDRICH, Carl (1961) *La Democracia como forma política y como forma de vida* (Madrid, Editorial Tecnos S.A.) 201 pp.

GARCÍA, José Francisco (2007) "Tres Aportes Fundamentales de *El Federalista* a la Teoría Constitucional Moderna", *Revista de Derecho* (U. Austral) (vol. XX) (N° 1) pp. 39-59.

GARCÍA, José Francisco, y SOTO, Sebastián (2009) "Una Teoría Económica de la Constitución de 1980: Impacto sobre el proceso legislativo y acción de los grupos de interés", *Buen Gobierno y Corrupción, Algunas Expectativas* (Universidad Católica de Chile) pp. 33-86.

GARGARELLA, Roberto (1999) *Derecho y Grupos Desventajados* (Barcelona, Editorial Gedisa S.A.) 220 pp.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, y JAY, John (2001) *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica, 2° edición) 430 pp.

KELSEN, Hans (2002) *Esencia y Valor de la Democracia* (Granada, Editorial Comares) 136 pp.

LEÓN, José Julio (2007) "La Reforma Constitucional y el Principio Democrático", *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile) (N° 69) (t. II) pp. 45-58.

LOCKE, John (2002) *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Madrid, Alianza Editorial) 238 pp.

MIRANDA, Carlos (1990) *Rousseau y su Influencia en la configuración de las Ideas Socialistas* (26 de mayo de 2008) [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_993.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_993.html)

MOLINA GUAITA, Hernán (2006) *Instituciones Políticas* (Santiago, LexisNexis, 12ª edición) 385 pp.

MUÑOZ LEÓN, Fernando (2006) "Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia", *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano* (Konrad Adenauer Stiftung) pp. 115-129.

NOHLEN, Dieter (1994) *Sistemas electorales y Partidos Políticos* (Santiago, Universidad Nacional Autónoma de México) 409 pp.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1998) *Teoría Constitucional* (Santiago, Editorial Conosur) 590 pp.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005) *Reformas Constitucionales 2005* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 668 pp.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1983) "Las Leyes Orgánicas Constitucionales", *Revista Chilena de Derecho* (Universidad de Chile) (vol. 10) pp. 39-44.

ROUSSEAU, Jean Jacques (1983) *El Contrato Social* (Madrid, Altamira S.A.) 208 pp.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) *Tratado de Derecho Constitucional, tomo I, Principios, Estado y Gobierno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 588 pp.

– (2000) *Tratado de Derecho Constitucional, tomo VII, Congreso Nacional, la función legislativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 361 pp.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002) *Derecho Constitucional, tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 375 pp.

– (1999) *Derecho Constitucional, tomo II* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición) 440 pp.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008) *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 623 pp.

## 2. Sentencias del Tribunal Constitucional Chileno citadas

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 26 de noviembre de 1981, rol N° 4.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 22 de diciembre de 1981, rol N° 7.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 27 de abril de 1997, rol N° 255.



### 3. Normas nacionales y extranjeras citadas

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Reglamento del Senado de los EE.UU. (25 de mayo de 2009).

[http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule\\_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522](http://rules.senate.gov/public/index.cfm?FuseAction=RulesOfSenate.View&Rule_id=b53f00ae-eaf3-4382-a827-097360cb1c93&CFID=15221139&CFTOKEN=75985522)

Constitución de Ecuador de 2008 (25 de mayo de 2009).

[http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleaconstituyente.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (25 de mayo de 2009) <http://www.constitucion.ve/constitucion.pdf>

Constitución de Bélgica de 1994 (25 de mayo de 2009).

[http://www.fed-parl.be/constitution\\_uk.html](http://www.fed-parl.be/constitution_uk.html)

Constitución Política del Perú de 1993 (25 de mayo de 2009).

<http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Constitución Política de Colombia de 1991 (25 de mayo de 2009).

<http://www.cna.gov.co/cont/documentos/legislacion/constitucion.pdf>

Constitución Nacional de Argentina modificada en 1994 (25 de mayo de 2009).

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/leyes.php>

Constitución de Portugal de 1976 (25 de mayo de 2009).

[http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema\\_Politico/Constituicao/](http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/)

Constitución Española de 1978 (25 de mayo de 2009).

<http://www.constitucion.es/>

Constitución Francesa de 1958, modificada el de 23 de julio de 2008 (25 de mayo de 2009).

<http://www.senat.fr/lng/es/constitution.html>

### 4. Otros

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) *Estadísticas de la Actividad Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el año 2008*, 8 pp.

Moción de los senadores Zaldívar y Moreno. Boletín 4028-07 (2 de junio de 2009).

[www.senado.cl](http://www.senado.cl).

Propuesta del senador Frei: Constitución del Bicentenario (2 de junio de 2009).

<http://www.efrei.cl/site/2008/12/la-constitucion-del-bicentenario-resumen-ejecutivo/>