

Fernando Muñoz León (Chile) *

Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia

1. Introducción: nuestra *nueva* Constitución

El escenario político nacional se ha transformado, profunda pero imperceptiblemente, a raíz de la promulgación de la Ley de Reforma Constitucional n.º 2.050¹ y la firma, por el presidente Ricardo Lagos, del decreto n.º 100,² que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.

Para quienes observamos la realidad desde una perspectiva concertacionista, se trata de un acontecimiento de gran importancia; por fin se han realizado significativas transformaciones en nuestro sistema político que nuestra coalición ha promocionado y defendido desde hace más de dos décadas. Indudablemente, la *nueva* Constitución manifiesta un nuevo paso en el desarrollo de las instituciones políticas chilenas.

¿Por qué hablo de la *nueva* Constitución? Es importante dejar establecido que, para estos efectos, la denominación de nuestra Ley Fundamental como Constitución de 1980 o Constitución de 2005 es una pelea de poca importancia. En lo personal, preferiría hablar de *Constitución de 1989*, pues fue el plebiscito realizado en ese año, mediante el cual se aprobó un paquete de reformas constitucionales consensuado entre el gobierno militar y la Concertación, el que otorgó a nuestra institucionalidad el consenso necesario para legitimar el texto constitucional.

Es más, personalmente me encuentro entre quienes creen que deberíamos hablar de la Constitución de 1989 no sólo porque la legitimidad del texto plebiscitado en

* Ayudante de Derecho Político y Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
<fjmunoz@uc.cl>

¹ Promulgada el 18 de julio de 2005 y publicada en el *Diario Oficial* el 26 de julio de 2005.

² Promulgado el 17 de septiembre de 2005 y publicado en el *Diario Oficial* el 22 de septiembre de 2005.

1980 deba ser puesta en duda, sino también porque su calidad intrínseca de constitución es cuestionable. Sin duda, como dice un adagio jurídico, en derecho las cosas son lo que son, y no lo que su nombre indica.

En efecto, el moderno constitucionalismo reserva la denominación de *Constitución* para aquellas leyes fundamentales que cumplen con dos requisitos: limitar el poder y proteger los derechos de las personas. ¿Y alguien sigue creyendo, después del caso Riggs, que la Constitución realmente fue capaz de limitar el poder? ¿Alguien sigue creyendo, después de los informes *Rettig* y *Valech*, que la Constitución realmente protegió los derechos entre 1980 y 1990? Estos escándalos políticos encuentran su explicación en serias falencias existentes en el ordenamiento jurídico chileno de aquel entonces: las disposiciones transitorias 21.^a³ y 24.^a⁴ En virtud de ellas, la

³ “*Disposición Transitoria Vigésimaprimera*: Durante el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no serán aplicables los siguientes preceptos de esta Constitución:

”a) Los artículos 26 a 31 inclusive, los números 2.º, 4.º, 5.º, 6.º y la segunda parte del número 16.º del artículo 32; el artículo 37; y el artículo 41, número 7.º; en su referencia a los parlamentarios;

”b) El Capítulo V sobre el Congreso Nacional con excepción de: el número 1.º del artículo 50, los artículos 60, 61, los incisos tercero a quinto del artículo 62, y el artículo 64, los que tendrán plena vigencia. Las referencias que estos preceptos y el número 3.º del artículo 32, el inciso segundo del número 6.º del artículo 41, y los artículos 73 y 88 hacen al Congreso Nacional o a alguna de sus ramas, se entenderán hechas a la Junta de Gobierno. Asimismo, la elección a que se refiere la letra d) del artículo 81, corresponderá hacerla a la Junta de Gobierno;

”c) En el artículo 82: los números 4.º, 9.º y 11.º de su inciso primero, el inciso segundo en su referencia al número 9.º y los incisos octavo, noveno, décimo, decimosegundo, decimocuarto y decimoquinto. Tampoco regirá la referencia que el número 2.º hace a la reforma constitucional, ni la segunda parte del número 8.º del inciso primero del mismo artículo en lo atinente al Presidente de la República, como tampoco las referencias que hacen a dicho número, en lo concerniente a la materia, los incisos segundo y decimotercero;

”d) El Cap. XIV, relativo a la reforma de la Constitución.

La Constitución sólo podrá ser modificada por la Junta de Gobierno en el ejercicio del Poder Constituyente. Sin embargo, para que las modificaciones tengan eficacia deberán ser aprobadas por plebiscito, el cual deberá ser convocado por el Presidente de la República, y

”e) Cualquier otro precepto que sea contrario a las disposiciones que rigen el período presidencial a que se refiere la disposición decimotercera transitoria”.

⁴ “*Disposición Transitoria Vigésimacuarta*. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y siguientes sobre estados de excepción que contempla esta Constitución, si durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declarará y tendrá, por seis meses renovables, las siguientes facultades:

”a) Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles. Si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días más;

”b) Restringir el derecho de reunión y la libertad de información, esta última sólo en cuanto a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones;

”c) Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8 de la Constitución, a los que estén sindicados o tengan reputación de ser

fiscalización parlamentaria no existió, y el presidente gozó de facultades extraordinarias para restringir los derechos y libertades públicas, transformando en letra muerta el artículo 19. Estos dos graves defectos nos impiden calificar como una auténtica Constitución el texto vigente entre 1980 y 1990, tal como sería imposible decir que hoy rige una Constitución en Cuba o que haya existido durante el régimen soviético. O, al menos, nos llevan a calificar la Constitución de 1980 como una *constitución semántica*, según la clasificación que popularizó Karl Loewenstein, correspondiente a aquellos casos en los cuales, “si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino *la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos*, que disponen del aparato coactivo del Estado”.⁵

En cuanto a la denominación de *Constitución de 2005*, me parece que bien podría haber argumentos para sostener esta posición toda vez que, así como hay importantes elementos de continuidad, también hay importantes cambios sustanciales, como es de público conocimiento.

En primer lugar, quiero valorar la preservación de los capítulos I, “Bases de la institucionalidad”, y III, “Derechos y deberes fundamentales”. En ellos está plasmada una visión del hombre y de la sociedad de indiscutible valor, cual es aquella que señala que *el Estado, cuya finalidad es servir el bien común, está al servicio de las personas, quienes nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Es más, estos capítulos, en los cuales se percibe fácilmente la huella de Alejandro Silva Bascuñán y Enrique Evans de la Cuadra, han sido enriquecidos mediante la proclamación de la *solidaridad* en el artículo 3.º, como complemento de la subsidiariedad reconocida desde antes; la consagración de un nuevo artículo 8.º, que dispone el principio de probidad, y *la extensión del recurso de protección en materia medioambiental*, que, de ser admisible sólo por actos arbitrarios e ilegales que vulneren el derecho a un medioambiente libre de contaminación, pasa a ser admisible por actos u omisiones que sencillamente sean ilegales.

activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior, y

”d) Disponer la permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio nacional hasta por un plazo no superior a tres meses.

”Las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá el Presidente de la República, mediante decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula ‘Por Orden del Presidente de la República’. Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso”.

⁵ Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1982, p. 218. En aquel texto, Loewenstein desarrolla la misma idea: “Mientras la tarea original de la constitución fue *limitar la concentración del poder*, dando posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del cuadro constitucional, la dinámica social, bajo el tipo constitucional aquí analizado, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder”. *Ibidem*, pp. 218- 219.

En segundo lugar, debemos reconocer en este texto un nuevo equilibrio de poderes entre el Ejecutivo y el Parlamento. El presidente no sólo ha disminuido su período de 6 a 4 años; también ha perdido la facultad de llamar a legislatura extraordinaria, con lo cual desaparece parte de su primacía en el proceso legislativo. El Parlamento, por su parte, se ve indudablemente fortalecido en sus atribuciones fiscalizadoras, a lo cual se suma su nueva facultad de citar hasta tres veces dentro de un año calendario a un ministro de Estado a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. También se ve profundamente democratizado a través de la desaparición de senadores vitalicios o designados.

En tanto, el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico pasa a tener un nuevo actor protagonista: un Tribunal Constitucional indudablemente potenciado por el hecho de concentrar en una sola mano las facultades de resolver la *inaplicabilidad* de un precepto legal a un caso concreto y la de declarar la *inconstitucionalidad* de un precepto legal ya declarado inaplicable, con la consiguiente expulsión de este precepto del ordenamiento jurídico. También le da un poder hasta ahora insospechado mediante el control de constitucionalidad de los autos acordados de la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, lo que podría tener un imprevisto efecto sobre la tramitación del recurso de protección y el cuestionado y polémico plazo de 15 días para su interposición, establecido mediante auto acordado.

Finalmente, las relaciones cívico-militares encuentran una nueva solución en la fórmula de la *total subordinación del poder militar al poder civil*. Ahora el presidente podrá llamar a retiro a las máximas autoridades militares mediante decreto fundado, y el COSENA adquiere un carácter consultivo total, hasta el punto de que se le prohíbe tomar cualquier tipo de acuerdo excepto para dictar su reglamento.

Estos aspectos constituyen virajes tan sustantivos que, para quienes centren su estudio del ordenamiento iusfundamental en la dimensión política, bastan para aducir que estamos frente a una nueva Constitución. Este nuevo articulado, por cierto, refleja la mayor parte de las aspiraciones democráticas que hemos escuchado durante los últimos 15 años. Si bien nuestra nueva Ley Fundamental no es fruto de asambleas constituyentes, como algunas voces del mundo político lo han solicitado, sí posee una indudable legitimidad proporcionada por su misma tramitación: es una de las pocas reformas sustanciales introducidas a las Constituciones chilenas que han sido discutidas en democracia y aprobadas regularmente por el Congreso. Sólo es comparable, en estricto rigor, con la reforma constitucional de 1875, que redujo el autoritarismo presidencial de la Constitución de 1833, fortaleció al Parlamento y debilitó al Consejo de Estado.

Sin embargo, este gran logro no culmina el proyecto político de la Concertación en materia constitucional; indudablemente, la misión histórica de un grupo político se comporta tal como el horizonte, que a medida que nos acercamos a él se aleja aún más. Esta reforma nos sitúa en un nuevo peldaño en el ascenso a un Chile más justo, y nos recuerda la importancia de ponerse metas en política y perseverar en ellas.

Decimos esto porque hoy la democratización de nuestro sistema político entra en una nueva etapa. Superados los enclaves autoritarios, eliminada la *tute-la militar* y potenciado el papel de los partidos políticos y del Parlamento, surge la necesidad de revisar el funcionamiento mismo de nuestra democracia. Es un hecho que prácticamente la unanimidad de las voces democráticas claman hoy por profundizar la democratización de nuestro sistema político a través de la modificación del sistema binominal.

Esta reforma legal, sin duda necesaria y de un posible alto impacto sobre nuestro sistema, no agota sin embargo el panorama en materia de nuevas reformas. Es necesario hablar de un tema que, pese a su gigantesco impacto en el proceso político chileno, ha sido sistemáticamente postergado y pasado por alto: *la derogación de la categoría de leyes orgánico-constitucionales*.

2. La inspiración extranjera de las leyes orgánico-constitucionales

Quizás el lector no esté enterado de que la categoría de *ley orgánico-constitucional* es un invento, en nuestro país, de la Constitución de 1980; ella “representa una novedad en nuestra tradición jurídica, que antes se atenía a reconocer un solo tipo de leyes”.⁶ Y no sólo se trata de ellas; el artículo 63, además de señalarles a estas leyes orgánico-constitucionales un quórum de *cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio*, establece la categoría de las *leyes de quórum calificado*, las cuales a su vez requieren para su establecimiento, modificación o derogación la *mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio*.

Esta categoría legal se ha incorporado silenciosamente en la rutina de nuestra democracia, hasta el punto de que son casi inexistentes los cuestionamientos actuales a su conveniencia o justicia política. Los órganos llamados a aplicar la Constitución las han adoptado como algo de lo más natural, y el Tribunal Constitucional ha asumido en su jurisprudencia que estas leyes “requieren para su aprobación, modificación o derogación de un procedimiento más rígido que aquel que es propio de las leyes comunes”, afirmando que este requisito “pretende así, por un lado, que las materias reguladas por leyes de ese carácter tengan mayor estabilidad que aquella que es propia de las leyes comunes y, por otro, que dispongan de una amplia legitimidad representada por la alta mayoría necesaria para su establecimiento”.⁷

Efectivamente, tal como lo registran las *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, su creación fue propuesta por Raúl Bertelsen, comisionado de este órgano consultivo y asesor de la Junta de Gobierno, como una forma de garantizar “plena concordancia” de la ley con la Constitución en ciertas materias

⁶ Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional*, tomo VII, Santiago: Jurídica, 2000, p. 22.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 255, de 27 de abril de 1997, considerando 5.º.

determinadas por ella misma.⁸ En este aspecto, el constituyente de 1980 se hizo eco de la filosofía desconfiada y temerosa de la democracia que inspiró su proyecto político, hasta tal punto, que llegó a catalogarlo como la construcción de una *democracia protegida*, en abierta oposición a la antigua democracia, calificada como *democracia desprotegida o ingenua*.

El comisionado Bertelsen se inspiraba en este punto en la Constitución francesa de 1958, dictada por De Gaulle como una forma de institucionalizar el autoritarismo político con que deseaba gobernar su país. Esta Constitución fue un referente permanente para los ideólogos del texto original de 1980; entre otras materias, de allí importaron la idea del *dominio máximo legal* y la *potestad reglamentaria reforzada*, fórmulas constitucionales también orientadas a fortalecer al presidencialismo. Zapata Larraín ha recogido la opinión de la doctrina francesa, en cuanto se indica que “las leyes orgánicas son el fruto de un compromiso entre los autores de la Constitución de 1958, quienes habrían recurrido a esta institución para soslayar aquellas diferencias y dificultades de temas respecto de los cuales no existía consenso suficiente entre ellos, fue encomendada a leyes orgánicas posteriores”.⁹

Señalemos que la Constitución francesa, en su artículo 46, establece un procedimiento de tramitación especial para “las leyes a las cuales la Constitución confiere el carácter de orgánicas”. Este procedimiento contempla que el proyecto que contenga una disposición de esa naturaleza no será sometido a debate y votación en la cámara de origen, sino una vez transcurrido el plazo de quince días después de su presentación. Como requisito adicional para su promulgación, deberá ser declarada por el Conseil Constitutionnel su conformidad con la Constitución. El artículo 61 de dicha Constitución prescribe a estos efectos que, en este caso, la remisión al Conseil suspenderá el plazo de promulgación del proyecto, y este órgano dispondrá del plazo de un mes para pronunciarse. Sin embargo, en caso de urgencia y a petición del Gobierno, este plazo podrá reducirse a ocho días.

La Constitución española también incorporó la categoría de las leyes orgánico-constitucionales en su artículo 81. Lo interesante de este caso es que dicho cuerpo normativo hace un esfuerzo por definir tal categoría legal al señalar que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía¹⁰ y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Quizás pudiéramos, a partir de esta descripción normativa, aproximarnos a una clasificación de las materias cuya aprobación, modificación y derogación exige un quórum superior al de una ley normal en dos

⁸ *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n.º 344, p. 2080.

⁹ Patricio Zapata Larraín: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago: Corporación Tiempo 2000, 1994, p. 96.

¹⁰ La remisión a los estatutos de autonomía configura el especialísimo sistema español semifederal, semirregional de las *comunidades autónomas*.

grandes grupos según su objeto: *aquellas que versan sobre derechos fundamentales, y aquellas que recaen sobre la organización y configuración de los poderes públicos*. Esta clasificación o distinción nos será muy útil para caracterizar el caso chileno.

Siguiendo con la Constitución española, anotemos que ella exige como quórum de aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánico-constitucionales la mayoría absoluta del Congreso. En relación con la gestación de esta categoría legal, la doctrina española señala:

[...] a lo largo del proceso constituyente, cuando no resultó hacedero lograr un acuerdo sobre una determinada materia se eligieron diversos caminos, todos los cuales tenían un punto en común, convenir la forma o procedimiento a través del cual más adelante se alcanzaría el consenso que en aquel momento aquellas Cortes constituyentes no lograban fraguar. La remisión a leyes orgánicas que se tenían que aprobar por la mayoría absoluta del Congreso, que exige el artículo 81.2 CE, fue uno de ellos.¹¹

El mismo autor, miembro de aquellas Cortes constituyentes, señala que la *ratio* del gran número de leyes orgánico-constitucionales incluidas en ese texto constitucional incluye diversas motivaciones, tales como el asegurarse la necesidad de consensos plenos en la regulación de determinadas materias no zanjadas satisfactoriamente en la Constitución, prolongar un cierto espíritu de consenso en materias trascendentales, asegurar un notorio consenso en las posibles modificaciones en el caso del régimen electoral general, poner a cubierto el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, y precisar la naturaleza jurídica de las leyes que aprobaran los estatutos de autonomía, destinados a definir la estructura política territorial española.

3. ¿Por qué hay normas de distinta jerarquía?

Quizás hubiera sido necesario dar inicio a este estudio recordando uno de los hechos más importantes para comprender la estructura normativa de los Estados modernos. Esto es, que prácticamente toda sociedad políticamente organizada —salvo el caso de Gran Bretaña— se fundamenta en una norma dotada de rigidez y supremacía: la Constitución. Ella necesita de una legitimidad en su origen que por lo general le es otorgada a través de mecanismos plebiscitarios, como ocurrió en el caso chileno mediante el plebiscito de 1989 —punto en el cual no profundizaremos, pues nos alejaría del propósito de este informe—, y exige para su modificación por los cauces previstos de un caudal parlamentario de votos significativamente superior al que requiere una ley ordinaria.

¹¹ Óscar Alzaga Villaamil: *Derecho político español*, tomo I, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, p. 347.

Para entender el motivo, la razón de ser de esta exigencia para reformar una constitución, entre otras posibles, dejaremos hablar al juez John Marshall, uno de los padres de la teoría de la Constitución, quien en su famosa sentencia de 1803 conocida como *Marbury v. Madison* opinó:

[...] el pueblo tiene un derecho original a organizarse para su gobierno [...] el ejercicio de este derecho original es una gran esfuerzo; no puede, ni debe, ser frecuentemente repetido. Los principios así establecidos se consideran fundamentales. Y como la autoridad de la cual provienen es suprema, y puede actuar sólo ocasionalmente, están diseñados para ser permanentes.¹²

De esta forma, toda constitución está dotada —en mayor o menor grado— de una rigidez que la diferencia de una simple ley ordinaria y que operativiza su supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, junto con los procedimientos de control constitucional. Para la teoría clásica de la Constitución, entonces, no es extraña la idea de que exista una jerarquía entre las diversas leyes, particularmente entre una ley fundamental (*Grundgesetz*) y las demás leyes, denominadas leyes simples u ordinarias.

Ahora bien, es indudable que la “moderada rigidez” de ciertas leyes, llámense de quórum calificado u orgánico-constitucionales, “comporta una cierta superioridad de este tipo de ley”, que ha llevado a señalar que ellas quedan “en una zona intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias”.¹³ Ante este tipo de leyes, se hace necesario plantearnos desde un punto de vista de justicia política ciertas interrogantes. ¿Estamos dispuestos a exigir al legislador una mayoría superior a la que requiere una ley simple para regular ciertas materias? ¿O, por el contrario, nos oponemos a tal posibilidad por considerarla como una restricción inaceptable de la democracia?

Es necesario, *a priori*, que reconozcamos como un hecho de la causa que cada vez que ponemos trabas al legislador, o requisitos más exigentes para su actuar, estamos indiscutiblemente restringiendo la democracia en tal materia. Ahora bien, no nos espantemos con ello; recordemos una vez más que la gran limitación a la democracia es la existencia de una Constitución, que de suyo sustrae la decisión de ciertos asuntos de las manos de los representantes del pueblo democráticamente constituido.

4. En una república, ¿qué debemos limitar y qué no?

El prestigioso constitucionalista Alejandro Silva Bascuñán recoge en su *Tratado de derecho constitucional*, al estudiar la “democracia del futuro”, el hecho que él califica como la “rectificación del principio democrático”. Observando el panorama que presenta hoy el ordenamiento jurídico democrático, señala que “es diverso del que

¹² *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 US) 137, reproducido en Gerald Gunther: *Constitutional Law*, 12.^a ed., Nueva York: The Foundation Press, 1991, p. 7. La traducción es del autor.

¹³ Alzaga Villaamil: o. cit., p. 358.

derivaría simplemente de la lógica del contractualismo propio del pensamiento revolucionario”.¹⁴

Esta “rectificación del principio democrático” se manifiesta en diversas expresiones: ya sea en la exigencia de mayoría absoluta para la elección de la primera magistratura, la estipulación de quórum superiores de aprobación para ciertas leyes, o el establecimiento de instituciones que “asuman la tarea específica de prevenir que los órganos llamados a desempeñar determinada función pública la cumplan de modo de no afectar los valores de jerarquía constitucional individuales o sociales que pudieren estar comprometidos”.¹⁵ Entre estos organismos podemos reconocer particularmente la proliferación de tribunales constitucionales en las sociedades democráticas, acontecimiento fortalecido con el fenómeno que la doctrina denomina *efecto horizontal de los derechos*, que no consiste en otra cosa que en la posibilidad de exigir de los particulares el respeto de los derechos fundamentales que tradicionalmente han sido exigidos sólo frente al Estado.

Ahora bien, hemos llegado a un punto crucial en nuestra investigación. Hemos convenido que, fuera de todo ideologismo, el constitucionalismo democrático contemporáneo ha reconocido en principio como legítima la posibilidad de limitar la democracia, particularmente a través de la exigencia de una mayoría superior de votos que la necesaria para aprobar una ley simple. Schmitt llama a esto “la desviación del principio fundamental de la mayoría simple”.¹⁶ No nos cerramos *a priori* a esta posibilidad; sin embargo, teniendo en cuenta la excepcionalidad con que debemos operar tratándose de una exigencia privilegiada, 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.

Podemos comenzar discurriendo sobre la base de las ideas de Ronald Dworkin. El jurista norteamericano ha señalado en su libro *Taking Rights Seriously*¹⁷ que para tomarnos los derechos en serio debemos distinguir ciertos derechos que son derechos fundamentales, en sentido *duro*, cuyo reconocimiento y respeto no depende del bienestar agregado que proporcionen a la sociedad. Esto se relaciona con la posibilidad de reconocer a las personas ciertos derechos morales en un sentido fuerte, es decir, concebidos como facultades omnímodas que las personas tendríamos para hacer ciertas cosas, aun cuando con ello perjudicáramos o lesionáramos el interés agregativo de las mayorías.

En este sentido, entendemos el tener un derecho como la posibilidad que reconocemos a los seres humanos de hacer ciertas cosas, aunque eso que hagan vaya contra

¹⁴ Alejandro Silva Bascuñán: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Santiago: Jurídica, 1997, p. 236.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 238.

¹⁶ Carl Schmitt: *Legalidad y legitimidad*, Madrid: Aguilar, 1971, p. 61.

¹⁷ Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

el interés de las mayorías. Para esta concepción los derechos humanos son facultades o títulos que, al ser igualitarios e individualizados, se tienen justamente como una carta de triunfo de las minorías frente a la adopción de políticas públicas fundadas en el beneficio agregativo de las mayorías. Estos derechos representan la promesa que la colectividad y la mayoría hacen a las minorías y al individuo de que su igualdad y su dignidad serán respetadas, aunque por momentos la mayoría piense que esa igualdad y esa dignidad menoscaban sus propios intereses agregativos.

En este sentido, si bien todos los derechos merecen ser protegidos y recibir una fundamentación o reconocimiento constitucional, los derechos en sentido duro, los derechos en serio, claman por un tratamiento más cuidadoso. Estos derechos son, entonces, un buen motivo para generar una categoría de ley más exigente que los proteja más intensamente. No debería extrañarnos que la democracia se limitara parcialmente al tratarse de estos derechos; pues, como sabiamente reconoce nuestro texto constitucional en su artículo 5.º, el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con este argumento de naturaleza normativa respondemos satisfactoriamente a la objeción de Carl Schmitt, quien afirmó que “el requisito de una cantidad de votos a añadir a la mayoría simple no puede, pues, justificarse con principios democráticos [...] sino solamente mediante consideraciones de carácter técnico y práctico”.¹⁸

Entonces, si observamos las materias que según la Constitución han de regularse mediante de ley de quórum calificado, la mayoría de ellas abordan aspectos íntimamente relacionados con *derechos fundamentales*: vida (artículo 19, número 1, inciso 3.º), la determinación de las conductas terroristas y su penalidad (artículo 9.º), nacionalidad (artículo 11, número 3), libertad de emitir opinión (artículo 19, número 12, inciso 6.º), libertad económica (artículo 19, número 21, inciso 2.º), derecho a la propiedad (artículo 19, número 23, inciso 2.º), indultos y amnistías (artículo 63, número 16). Sólo se excluyen de esta situación las disposiciones contenidas en el artículo 63, número 7 (autorización para contratar empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial, exigencia que se puede justificar comprendiendo que de esta forma se involucran en esta decisión tanto los sectores partidarios del actual gobierno como quienes pudieran con posterioridad llegar a tal condición) y en el artículo 110, inciso 2.º (que organiza la distribución territorial, materia que ciertamente no merece un tratamiento más exigente que el de una ley ordinaria).

Atendiendo a esta breve enumeración, no cabe duda de que tales leyes de quórum calificado se justifican plenamente, si bien deberían recibir una atención mayor de la doctrina y el legislador, que permitiera otorgarles un trato sistematizado. Es más, considerando que ellas abordan la regulación de derechos fundamentales y teniendo en mente la posibilidad de que a través de ellas las mayorías pudieran oprimir a las mino-

¹⁸ Schmitt: o. cit., p. 63.

rías o vulnerar sus derechos, *nos parece que su tramitación debería considerar el ejercicio de un control de constitucionalidad forzoso por el Tribunal Constitucional*; pues, como aguda y certeramente apunta Carl Schmitt, este tipo de leyes justifica “una necesidad de protección más fuerte”, toda vez que “la desconfianza contra la mayoría simple tendría que aumentar aún más en presencia de una mayoría heterogénea de dos tercios (situación prevista por la Constitución de Weimar), pues *la peligrosa mayoría más fuerte es, evidentemente, mucho más peligrosa que la peligrosa mayoría simple*”.¹⁹

En definitiva, hemos reconocido un primer grupo de leyes respecto de las cuales es sensato y razonable exigir un quórum mayor de aprobación, así como introducir el requisito de su control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, tal como anunciamos más arriba al hablar de la Constitución española, junto con estas leyes que regulan derechos fundamentales podemos encontrar otro grupo de leyes para cuya aprobación se exige una mayoría calificada: *las leyes que organizan y configuran los poderes públicos. Es un hecho que las leyes orgánico-constitucionales abordan en su totalidad esta materia*. Así, se encuentran entre ellas aquellas que regulan el sistema electoral público, los partidos políticos, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas, el Banco Central, entre otras.²⁰

Indudablemente, aquí se plantea el problema de la facilidad de reformas en el régimen político, su flexibilidad y lo que podríamos llamar su *rapidez*. La respuesta a este dilema no ha de ser unánime, pues depende de las convicciones políticas de quien la proporcione. Edmund Burke, el padre del conservadurismo, manifiesta en su libro *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* la conveniencia de producir cambios de manera lenta, debido a la “materia” con la cual trabaja el legislador. Así, expresa:

[...] una de las excelencias de un método en el cual el tiempo figura entre los ayudantes es que la actuación es lenta y en algunos casos casi imperceptible. Si la circunspección y la preocupación constituyen parte de la prudencia cuando trabajamos sobre materias inanimadas, tiene que ser parte también de nuestra obligación cuando el objeto de nuestra demolición y construcción no lo constituyen el ladrillo y la madera, sino seres sensibles, a los que la alteración repentina de su estado, situación y hábitos, puede hacer desgraciados.²¹

¹⁹ *Ibídem*, p. 67. El énfasis es del autor.

²⁰ Quizás pudiera excluirse de esta situación la ley orgánica de estados de excepción constitucional; materia que ha sido tradicionalmente entendida por la doctrina como un aspecto orgánico, por tratarse de la determinación de los poderes concedidos al Ejecutivo en medio de tales estados, pero que un constitucionalismo democrático bien entendido debería situar en la perspectiva de los derechos de los gobernados en vez de las potestades otorgadas.

²¹ Edmund Burke: “Reflexiones sobre la Revolución Francesa”, en *Textos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 188.

Ciertamente, y desde una perspectiva conservadora, éste es un argumento suficiente para justificar la existencia de una segunda categoría de leyes para las cuales se exigirá un mayor quórum de aprobación: las leyes orgánico-constitucionales.

Sin embargo, como es evidente en materias políticas, no estamos obligados a quedarnos con esta respuesta. Para quienes no compartimos la matriz conservadora pero valoramos su aporte, a partir de esta afirmación surge sólo una obligación: escuchar su recomendación. El legislador debe tener presente su advertencia: “el verdadero legislador debe tener el corazón lleno de sensibilidad. Debe amar y respetar a sus semejantes y temerse a sí mismo”.²² Pero el constituyente democrático no está compelido a estructurar el proceso legislativo sobre la base de una antropología y una sociología conservadoras. Por el contrario, la racionalidad democrática indica que son precisamente las materias propiamente políticas aquellas que están destinadas a ser reguladas por el legislador ordinario.

¿No es acaso en la organización y configuración de los poderes públicos donde se plasma el proyecto o programa político de una coalición? ¿No es acaso una materia donde debería reconocerse sin trabas que, como dijo Schmitt, “en una democracia es ley la voluntad manifestada en un momento dado por el pueblo presente en dicho momento, es decir, prácticamente la voluntad de la mayoría momentánea de los ciudadanos votantes; *lex est quod populus jubet*”?²³

5. El contenido de las leyes orgánico-constitucionales

Como hemos señalado, el contenido de las leyes orgánico-constitucionales es gigantesco, y amenaza con extenderse cada vez que una reforma constitucional aborda materias que nuestros congresistas, aunque sea por inercia, estiman que deben ser reguladas de esta materia. Así, en efecto, ha ocurrido con la ley n.º 19.519, que introdujo en la Constitución el Ministerio Público y dio origen a la Ley Orgánica Constitucional n.º 19.640. Así ha ocurrido también con la reciente reforma constitucional, que reitera en el artículo 45 de la Constitución la remisión a la ley orgánica constitucional, que deberá determinar el número de senadores, las circunscripciones senatoriales y la forma de elección. Esto es lo que se ha llamado el traslado del “sistema binominal” en materia de elección de senadores desde la Constitución a la Ley Orgánica Constitucional n.º 18.700.

Ya es un hecho suficientemente destacado que, mediante la extensa y profusa remisión a normas de esta categoría, el constituyente ha rigidizado el sistema político chileno. Así lo entiende Zapata Larraín, quien destaca que “desde una perspectiva política, la institución de la ley orgánica es una de las manifestaciones del interés del

²² *Ibíd.*, p. 188.

²³ Schmitt: o. cit., p. 37.

constituyente de 1980 por limitar la capacidad reguladora de la ley”,²⁴ fenómeno que “a su vez, se inscribe dentro del contexto más general de un Congreso Nacional debilitado en sus atribuciones”.²⁵

Es de interés destacar que, paralelamente a la proliferación constitucional de esta categoría de leyes, se ha desarrollado una superficial teoría sobre el tema que se ha plasmado, principalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Destaquemos que este alto órgano constitucional ha afirmado que “resulta evidente que, de acuerdo con el sentido propio de esta clase de leyes [...] ellas sólo deben contemplar la estructura básica, el contenido substancial de la institución que están llamadas a regular, como también sus elementos complementarios indispensables”, entendiendo por tales aquellos que “lógicamente deben entenderse incorporados en ellas”.²⁶

El Tribunal Constitucional explicita su postura afirmando, al ejercer el control de constitucionalidad de la Ley Orgánico-Constitucional de Partidos Políticos, que “no puede desconocerse que la ley es soberana para elegir el camino que considere más adecuado”.²⁷ Detrás de estas palabras está una doctrina que Zapata ha denominado de la “deferencia razonada”, y que mediante el reconocimiento de que “los jueces deben reconocer la conducción política de la Polis está radicada en el Ejecutivo y el Congreso Nacional”,²⁸ hace un esfuerzo jurisprudencial por lograr a través de la interpretación constitucional lo que el texto, la letra constitucional, a veces olvida: *reconocerles a los órganos colegisladores la esfera legítima de decisiones democráticas que la proliferación de remisiones a las leyes orgánico-constitucionales les ha cercenado.*

6. A eliminar las leyes orgánico-constitucionales

La realidad a partir de la cual las fuerzas democráticas chilenas han debido trabajar es la de una Constitución que en su origen adoptó un sistema de “democracia protegida”. A partir del reconocimiento de esta realidad, la Concertación y los sectores democráticos de la derecha han debido avanzar a través de sucesivos pasos, que a largo plazo se han demostrado como exitosos. Los dos momentos más importantes de este proceso han sido la reforma constitucional consensuada y aprobada en 1989 a través de la ley n.º 18.825 y la actual reforma constitucional.

Hoy, una vez desmantelada prácticamente la totalidad de los “enclaves autoritarios” históricamente señalados y combatidos, la democratización del sistema constitucional chileno pasa por proporcionar un trato adecuado a las mayorías políticas de

²⁴ Zapata Larraín: o. cit., p. 100.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 255, de 27 de abril de 1997, considerando 6.º.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional rol n.º 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 52.º.

²⁸ Zapata Larraín: o. cit., p. 70.

turno. Esto se traduce en *reformular el sistema binominal*, camisa de fuerza que ha distorsionado la representación de las fuerzas en el Parlamento; y en *eliminar la categoría de las leyes orgánico-constitucionales*, sistematizando además el tratamiento que reciben algunos derechos fundamentales a través del sistema de leyes de quórum calificado. Estas directrices permitirán *eliminar aquellas correcciones al principio democrático nacidas en una época de desconfianza de la voluntad popular y recelo hacia los partidos políticos*.

Este programa de *normalización democrática* no responde al capricho o a carga ideológica alguna. Responde a la convicción de que, en todo orden de cosas, las disposiciones anormales o extraordinarias deben justificarse. Es necesario entender que, en el mundo del constitucionalismo democrático, las distorsiones a la voluntad democrática no son ni pueden ser azarosas; deben responder a una convicción profundamente compartida por todos los sectores de la sociedad acerca de la importancia de limitar la democracia en favor de ciertos valores más importantes, como por ejemplo, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. El actual presidente Lagos lo expresó muy bien en un seminario realizado en 1995 en conmemoración del plebiscito de 1988: “queremos una democracia como se entiende en todo el mundo que es una democracia; nada más, pero nada menos”.²⁹ Ése es el propósito de esta propuesta: nada más, pero nada menos que una democracia para Chile.

Bibliografía

- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Derecho político español*, tomo I, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997.
- ARRIAGADA, Genaro, et al.: *A siete años del plebiscito del 5 de octubre de 1998*, Santiago: Corporación Justicia y Democracia y Fundación Chile 21, 1995.
- BURKE, Edmund: “Reflexiones sobre la Revolución Francesa”, en *Textos políticos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.
- GUNTHER, Gerald: *Constitutional Law*, 12.^a ed., Nueva York: The Foundation Press, 1991.
- LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel, 1982.
- SCHMITT, Carl: *Legalidad y legitimidad*, Madrid: Aguilar, 1971.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Santiago: Jurídica, 1997.
- *Tratado de derecho constitucional*, tomo VII, Santiago: Jurídica, 2000.

²⁹ Genaro Arriagada et al.: *A siete años del plebiscito del 5 de octubre de 1998*, Santiago: Corporación Justicia y Democracia y Fundación Chile 21, 1995, p. 43.

- ZAPATA LARRAÍN, Patricio: *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago: Corporación Tiempo 2000, 1994.
- *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general*, Santiago: Biblioteca Americana, 2002.