

Novedades

14/09/2005

Economía

La Tragedia de la Industria Chilena del Carbón

09/09/2005

Política Nacional

Debate Sobre el Estado (II): Experiencias de Dimensión del Estado (Nueva Zelanda, URSS-Rusia, Chile)

07/09/2005

Política Nacional

Debate Sobre el Estado (I): Fukuyama y una Derrota Ideológica de la Derecha

05/09/2005

Política Nacional

Los Desafíos democráticos de la Sociedad de la Información en Chile

02/09/2005

Política Nacional

Un Sector que Prefiere Marginarse de la Política

31/08/2005

Política Sectorial

Mutuales del Medio Ambiente: Una Forma Eficiente de Abordar la Problemática Ambiental en Chile

El listado sólo muestra los 6 últimos informes publicados. Para obtener información anterior, visite nuestro sitio web www.asuntospublicos.org

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.org.

© 2000 asuntospublicos.org.
Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Informe N° 496

Política Nacional

20/09/2005

Por una Democracia Real: Eliminemos las Leyes Orgánico Constitucionales

Fernando Muñoz León

El escenario político nacional se ha transformado profunda, pero imperceptiblemente, a raíz de la entrada en vigencia de la Reforma Constitucional. 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.

Sin embargo, **este gran logro no culmina el proyecto político de la Concertación en materia constitucional**. Aquel se comporta tal como el horizonte, que cada vez que nos acercamos a él se aleja un poco más. Decimos esto porque hoy **la democratización de nuestro sistema político entra en una nueva etapa**. Superados los enclaves autoritarios, eliminada la "tutela 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**.

Leyes Orgánico Constitucionales: Inspiración Extranjera

La categoría de ley orgánico constitucional -así como la de las leyes de quórum calificado- son inventos, en nuestro país, de la Constitución de 1980; tal categoría legal "representa una novedad en nuestra tradición jurídica, que antes se atenía a reconocer un solo tipo de leyes"¹.

¹ Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII*, Editorial Jurídica, Santiago, 2000, p. 22.

Estas leyes se han incorporado silenciosamente en la rutina de nuestra democracia, al punto que son casi inexistentes los cuestionamientos actuales a su conveniencia o justicia política. 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 determinadas por ella misma² e inspirado en la Constitución francesa de 1958, dictada por De Gaulle como una forma de institucionalizar el autoritarismo político con que deseaba gobernar su país.

En esta materia, el constituyente de 1980 se hizo eco de la **filosofía desconfiada y temerosa de la democracia que inspiró su proyecto político**; al punto que llegara a catalogarlo como la construcción de una "democracia protegida", en abierta oposición a la antigua democracia calificada como democracia desprotegida o ingenua.

La constitución española también incorpora la categoría de leyes orgánicas constitucionales, definiéndolas como aquellas "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". 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 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.

¿Por Qué Hay Normas de Distinta Jerarquía?

Uno de los hechos más importantes para comprender la estructura normativa de los Estados modernos 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**. Por lo general, ella exige para su modificación por los cauces previstos de un caudal parlamentario de votos significativamente superior al que requiere una ley ordinaria.

Para entender la razón de ser de la rigidez propia de las constituciones, dejaremos hablar al Juez John Marshall, quien en su famosa sentencia de 1803 conocida como *Marbury v. Madison* opinó que "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"³.

² *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión N° 344, p. 2080.

³ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, reproducido en Gerald Gunther, *Constitutional Law*, 12th Edition, The Foundation Press, New York, p. 7.

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. 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 y las demás leyes, denominadas leyes simples u ordinarias.

En la Zona Intermedia

Ahora bien, es indudable que la "moderada rigidez" de ciertas leyes, llámense de quórum calificado u orgánicas 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"⁴.

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 un hecho de la causa que cada vez que ponemos trabas o requisitos más exigentes al legislador, estamos **restringiendo la democracia**. Ahora bien, no nos espantemos; recordemos una vez más que la gran limitación a la democracia es la misma existencia de una Constitución, que de suyo sustrae la decisión de ciertos asuntos de las manos de los representantes del pueblo democráticamente constituido.

En Una República, ¿Qué Debemos Limitar y Qué No?

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.

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 discutiendo sobre la base de las ideas de Ronald Dworkin. El jurista norteamericano ha señalado en su libro *Taking Rights Seriously* 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

⁴ Óscar Alzaga Villaamil, Op. Cit., p. 358.

Por una Democracia Real: Eliminemos las Leyes Orgánicas Constitucionales

con la posibilidad de reconocer a las personas ciertos derechos morales en un sentido fuerte, concebidos como facultades omnímodas o "cartas de triunfo" que las personas tendríamos para hacer ciertas cosas, aun cuando con ello perjudicáramos o lesionáramos el interés agregativo de las mayorías.

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 debiera extrañarnos que la democracia se limitara parcialmente al tratarse de estos derechos; pues como sabiamente reconoce nuestro texto constitucional en su artículo 5º, 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 afirmara 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"⁵.

Fundamentos de las Leyes de Quórum Calificado

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 (art. 19 N° 1, inc. 3º), derechos civiles y políticos (art. 9º), nacionalidad (art. 11 N° 3), libertad de emitir opinión (art. 19 N° 12, inc. 6º), libertad económica (art. 19 N° 21, inc. 2º), derecho a la propiedad (art. 19 N° 23, inc. 2º), indultos y amnistías (art. 60 N° 16). Sólo se excluyen de esta situación las disposiciones contenidas en el artículo 60 N° 7 y en el artículo 99 inc. 2º, que se refieren a materias administrativas.

No cabe duda que **tales leyes de quórum calificado se justifican plenamente**, si bien debieran recibir una atención mayor por parte 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 minorías o vulnerar sus derechos, nos parece que **su tramitación debiera considerar el ejercicio de un control de constitucionalidad forzoso por parte del 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"⁶.

⁵ Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1971, p. 63.

⁶ Carl Schmitt, *Op. Cit.*, p. 67.

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 parte del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, tal como anunciáramos más arriba, junto a 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 orgánicas 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.

La Posibilidad Real de Reformas

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 es 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 que "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"⁷.

Ciertamente, y desde una perspectiva conservadora, esto 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 orgánicas 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"⁸. **Pero el constituyente democrático no está compelido a estructurar el proceso legislativo sobre la base de una antropología y una sociología**

⁷ Edmund Burke, "Reflexiones sobre la Revolución Francesa", en *Textos Políticos*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, p. 188.

⁸ Edmund Burke, Op. Cit., p. 188.

Por una Democracia Real: Eliminemos las Leyes Orgánicas Constitucionales

conservadoras. Por el contrario, la racionalidad democrática nos 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 debiera reconocerse sin trabas que, como dijera 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*"?⁹.

Contenido de las Leyes Orgánicas Constitucionales

El contenido de las leyes orgánicas 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 ocurrió, por ejemplo, con la creación del Ministerio Público, que ha dado origen a la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640.

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.** Es de interés destacar que, paralelamente a la proliferación constitucional de esta categoría de leyes, se ha desarrollado una intensa discusión teórica 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", entendiéndose por tales aquellos que "lógicamente deben entenderse incorporados en ellas"¹⁰.

El Tribunal Constitucional explicita su postura afirmando, al ejercer el control de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, **"no puede desconocerse que la ley es soberana para elegir el camino que considere más adecuado"**¹¹.

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"¹², hace un esfuerzo jurisprudencial por lograr a través de la interpretación constitucional lo que el texto, la letra constitucional a veces olvida: **reconocerle a los órganos colegisladores la esfera legítima de decisiones democráticas que la proliferación de remisiones a las leyes orgánicas constitucionales le han cercenado.**

⁹ Carl Schmitt, Op. Cit., p. 37.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 255, de 27 de abril de 1997, Considerando 6°. En www.tribunalconstitucional.cl.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, Considerando 52°. En www.tribunalconstitucional.cl.

¹² Patricio Zapata, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana, Santiago, 2002, p. 70.

A Eliminar Las Leyes Orgánicas 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° 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 turno.** Esto se traduce en **reformar 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 orgánicas constitucionales**, sistematizando además el tratamiento que reciben algunos derechos fundamentales a través del sistema de leyes de quórum calificado.

Estas directrices nos 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 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"**¹³. Ese es el propósito de esta propuesta: nada más, pero nada menos que una democracia para Chile.

Fernando Muñoz León: *Vicepresidente FEUC, Ayudante de Derecho Constitucional*

¹³ Varios autores, *A Siete Años del Plebiscito del 5 de Octubre de 1998*, Corporación Justicia y Democracia y Fundación Chile 21, Santiago, 1995, p. 43.