

Quórum legislativo de supramayoría y Tribunal Constitucional en Chile

Lucas Sierra.¹

Introducción.

Este texto trata sobre el quórum de supramayoría en la legislación chilena y sobre la jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado en torno a él.² El texto asume que un quórum supramayoritario para dictar leyes es, en principio, refractario a la idea de democracia. Esto, pues la idea de democracia puede, en principio, exigir para la ley como máximo la mitad más uno de los votos que pueden emitirse, es decir, la mitad más uno de los miembros en ejercicio del conjunto llamado a tomar esa decisión legislativa. Pero no los 4/7 de estos miembros en ejercicio, como es el quórum que en Chile se establece para un conjunto de leyes, leyes que se denominan *Leyes Orgánicas Constitucionales* (LOC). Y el caso chileno es aún más refractario a la democracia entendida como mayoría, pues para dictar o modificar una LOC se exige que el proyecto aprobado por los legisladores pase un control de constitucionalidad –preventivo y abstracto-, del Tribunal Constitucional. Es decir, la mayoría entendida como la mitad más uno de los votos, no sólo se ve afectada por la exigencia supramayoritaria, sino, también, por esta última exigencia contramayoritaria.

Es importante subrayar que aquí se está hablando de un quórum supramayoritario para dictar leyes, no la Constitución. En este último caso es razonable que exista un quórum supramayoritario. Si entendemos a la Constitución como un pacto que hacen la mayoría y la minoría, no parece incorrecto darle a esta última una posición especial en la negociación. En la negociación constitucional se definen las reglas básicas del juego, por lo que se justifica ese

¹ Universidad de Chile y Centro de Estudios Públicos (CEP). Este es el texto que leí en el SELA 2012, al que he agregado algunos puntos que surgieron en el debate posterior. Agradezco a quienes participaron en ese debate, en especial a Rodrigo Correa y Diego Gil.

² Se trata del quórum de aprobación, y no del de asistencia. Pues el quórum de aprobación que aquí se investiga se establece con independencia de la asistencia: se refiere a los miembros en ejercicio.

subsidio a la minoría. Pero ya no resulta tan justificado seguir subsidiándola en cada jugada (como es el dictar leyes al amparo de la Constitución), en especial si se considera que siempre habrá un sistema de revisión judicial por el Tribunal Constitucional. Una nota al respecto: es importante tener en cuenta que un quórum supramayoritario subsidia las *preferencias* de la minoría a la hora de tomar una decisión política. La revisión judicial, en cambio, busca proteger los *derechos* de la minoría, al adoptar una decisión jurisdiccional y no política.

El concepto de Constitución que aquí uso es general: el conjunto de reglas básicas del juego democrático. No me adentraré en lo que debe entenderse como “Constitución”, ni en la relación de la Constitución con las leyes. Parto de la base que en un sistema jurídico específico, como es el chileno, hay entre los operadores del Derecho un cierto acuerdo sobre las que son reglas constitucionales, que permite diferenciarlas de las que son reglas meramente legislativas. Para esto existen las “reglas secundarias” de las que hablaba Hart. Mi reflexión es sobre la Constitución y las leyes en Chile, sobre la base de dicho consenso.

Para la Constitución, entonces, resulta justificado un quórum supramayoritario. Pero exigir un quórum así, que demande más de la mitad más uno de los votos, con el propósito de dictar las leyes, implica dar a la minoría un poder de veto análogo al que tiene cuando se decide la Constitución. ¿Por qué? ¿Por qué, si la minoría ya fue debidamente incorporada en la Constitución y, además, va en última instancia ser protegida por la revisión judicial?

Böckenförde ha desplegado un buen argumento a favor de la regla de mayoría para dictar leyes. Vale la pena reproducirlo en extenso:

“Que la decisión de la mayoría sea una necesidad interna para la democracia resulta tanto del principio de la libertad y de la autodeterminación como del principio de la igualdad democrática. Si la libertad democrática de participación tiene que valer para todos los ciudadanos, y no sólo para unos pocos, entonces para establecer un determinado contenido del ordenamiento vigente resulta necesario al menos, y justamente, el asentimiento de la mayoría. Si se exigiera menos se perjudicaría a quienes se oponen a ese contenido, y si se exigiera más se perjudicaría a quienes lo respaldan. Y lo mismo se exige desde la igualdad. Si todos los ciudadanos han de

disponer de los mismos derechos políticos de participación, para que tengan también las mismas oportunidades de influir políticamente, toda opinión política tiene que ser pesada como igual. Ninguna diferenciación cualitativa, ya sea en base a la intensidad de la participación en el proceso político democrático o en base a la vieja distinción del derecho canónico entre la *pars sanior* y la *pars maior*, se sostiene aquí. Partiendo de la igualdad democrática, los votos —considerados desde una perspectiva jurídica— sólo pueden ser contados, no ponderados” (Böckenförde, 2000: 92-93).

Esta es la clave: los votos sólo pueden ser contados, no ponderados. Los quórum de supramayoría implican una relativa ponderación de los votos, pues confieren a la minoría la posibilidad de vetar la voluntad mayoritaria. Así, por ejemplo, si un cuerpo legislativo tiene 120 miembros y se exige mayoría absoluta para tomar una decisión, se necesita 61 votos. Si asumimos que la mayoría son 61 votos y la minoría 59, cada voto de la mayoría y de la minoría cuenta igual a uno, ni más ni menos. Pero si ahora se exige un quórum supramayoritario, como 4/7, para la decisión, se necesitan 69 votos, no 61. Como la mayoría sigue siendo 61, esto significa que los 59 votos de la minoría cuentan 1,12, es decir, más que uno. Correlativamente, cada uno de los 61 votos de la mayoría cuenta 0,88, es decir, menos que uno. ¿Cuál es la razón que justifica el hecho de que para ciertas reformas legislativas —no constitucionales— se produzca esta alteración?³

El descrito, entonces, es el fundamento de este texto: el quórum supramayoritario para las leyes (LOC) sugiere una anomalía democrática. Esta anomalía se acrecienta en Chile al considerar estas LOC pasan por el control preventivo del Tribunal Constitucional (TC), cuyos miembros no responden ante el electorado. La práctica que ha desarrollado el TC en esta competencia, que se analizará más abajo, sugiere que dicho fundamento es plausible.

³ Una reflexión sobre la impertinencia democrática de los quórum supermayoritarios en la legislación, siguiendo a Böckenförde, y con especial referencia a las LOC, puede encontrarse en Atria (2009). También en Correa (2005: 740-741), a propósito de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional durante el año 2004. Otras críticas a las LOC, desde puntos de vista similares, se encuentran en: Muñoz (2005), (2006), Aldunate (2005: 77) y Zapata (2008: 395-458). Para visiones acríicas y, en algunos casos, laudatorias de las LOC, ver: Bulnes (1984), (2001); Caldera (1982), De la Fuente (1991-1992), Ríos (1983), Varas (1984) y Verdugo (2009). Para una visión crítica en la reflexión comparada, ver, entre otros, McGann (2002).

Para desplegar este argumento, el texto se divide en tres partes. La primera (1) describe la génesis, en dictadura, de la regla supramayoritaria vigente en Chile. Esta primera parte se subdivide en una referencia a la Constitución de 1980, un examen de la discusión pertinente en la Comisión Ortúzar, un examen de la discusión pertinente en el Consejo de Estado, y una referencia al grupo de trabajo que afinó el texto final de la Constitución de 1980. Luego, la segunda parte (2) se ocupa de la práctica que en torno a dicha regla supramayoritaria ha venido desarrollando el TC desde que empezó con ella en 1981. Aquí el criterio de análisis será la forma en que el TC ha concebido su competencia con relación al proceso legislativo, ampliando o restringiendo las materias de quórum supramayoritario a que se refiere la Constitución cuando establece las LOC. Si el TC las amplía, tiene una actitud expansiva. Si las restringe tiene una actitud autocontenida. Y, para volver al fundamento de este texto, una actitud expansiva aumenta la anomalía democrática, mientras una actitud autocontenida la disminuye. Se analiza el razonamiento desarrollado por el TC, con el fin de caracterizar su actitud en los términos recién expuestos. Especial énfasis se pone en una materia específica: las plantas de personal de órganos a los que la Constitución se refiere expresamente en relación con las LOC. La tercera parte (3), en fin, concluye.

1. La regla

El quórum de supramayoría es relativamente nuevo en Chile. Fue establecido recién en la Constitución de 1980, que introdujo, por primera vez, un conjunto de Leyes Orgánicas Constitucionales (LOC), que exigen un quórum de 4/7 de los miembros en ejercicio de ambas cámaras del Congreso.⁴

De este modo, por ejemplo, puesto que en Chile los miembros de la Cámara de Dipu-

⁴ Las LOC son 21 y se refieren a las materias que se listan en el Anexo, infra p. 14.

tados son 120, la mayoría absoluta son 61 votos. El quórum supramayoritario de 4/7 de las LOC exige 69 votos. Este quórum se acerca al quórum supramayoritario que en Chile se exige para modificar la Constitución, que es de 3/5, es decir, 72 votos. Cabe apuntar, con todo, que ciertos contenidos de la Constitución –como las garantías constitucionales- exigen un quórum aún más alto de 2/3, esto es, 80 votos.

Las constituciones anteriores a la de 1980 no exigieron quórum supramayoritario para las leyes. Tampoco lo hicieron las prácticas legislativas. Estas últimas, a través de sus reglamentos, establecieron mayorías simples. Las LOC son sólo a partir de 1980. ¿Cómo y por qué llegaron al sistema jurídico chileno, en plena dictadura militar?

Para responder esa pregunta hay que ir al origen de la Constitución de 1980 en las Actas de la Comisión Ortúzar, que trabajó su texto desde 1973 a 1978, y en las del Consejo de Estado, que lo hizo desde 1978 a 1980.

1.1. La Comisión Ortúzar

El primer antecedente de las LOC se encuentra en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, o, como mejor se le conoce, Comisión Ortúzar. Esto, por el nombre de su Presidente, Enrique Ortúzar. Esta Comisión fue designada por la Junta Militar pocos días después del golpe que derrocó a Salvador Allende, con el objeto de preparar un nuevo texto constitucional. Trabajó entre 1973 y 1978, año en que el borrador que produjo pasó para su estudio al Consejo de Estado.

En la Comisión Ortúzar se respiraba un aire de desconfianza hacia la voluntad democrática, manifestada en el juego de las mayorías. Se pensaba que esa voluntad era cambiante, caprichosa, voluble. En este sentido, todo el texto original de la Constitución de 1980 puede verse como un amplio esfuerzo por contener, neutralizar o compensar la voluntad política de la mayoría. Esta desconfianza se materializó de distintas maneras. Por ejemplo, se amplió y

reforzó el control de constitucionalidad o revisión judicial. Además del recurso de inaplicabilidad por la Corte Suprema, que estaba contemplado en la Constitución de 1925, la Constitución de 1980 agregó un Tribunal Constitucional (TC), con poderes reforzados sobre la legislación. Por lo pronto, como se ha dicho, las LOC deben necesariamente obtener el visto bueno del TC antes de ser promulgadas y tener efecto de ley.

En este contexto general de desconfianza hacia la mayoría política, entonces, nacieron las LOC en la Comisión Ortúzar. Así, en 1977 el Presidente Enrique Ortúzar expresó:

“En verdad, todos, unánimemente, han estado siempre inspirados en el deseo que la Constitución debe ser breve e incorporar sólo las normas más fundamentales. Sin embargo, por una parte, la experiencia del régimen anterior, la necesidad de precaver los derechos de los ciudadanos, de dar mayor fuerza a ciertos preceptos legales con el fin de evitar que en el futuro pudieran ser desconocidos... condujo a la Comisión... a introducir disposiciones que en principio todos estimaban que tal vez no deberían tener rango constitucional” (CO: 297 14/06/77: 350)⁵.

Para esto, se inspiraron en la Constitución de la V República Francesa, de 1958, la del general De Gaulle. No fue, sin embargo, una copia exacta en todo. Es exacta en el hecho de que las LOC chilenas -como sus pares francesas-, buscan regular de un modo especial ciertas materias y, también, en el hecho de que ambas son sometidas a un examen previo de constitucionalidad (En Francia, por el Consejo Constitucional; en Chile, por el Tribunal Constitucional). Pero las LOC chilenas se diferencian de las francesas en el hecho que interesa a este trabajo: el quórum. En Francia estas leyes especiales no tienen un quórum supramayoritario, sino sólo uno de mayoría absoluta (la mitad más uno de los miembros en ejercicio). Por este hecho, la anomalía democrática de las LOC francesas parece menor que la de las chilenas.

La Comisión Ortúzar terminó su trabajo el año 1978. Entonces el proyecto de nueva

⁵ Las referencias a las Actas de la Comisión Ortúzar se hacen así: CO (Comisión Ortúzar): número de la sesión, fecha de la sesión: y número de página en el documento en formato PDF que tiene disponible la Biblioteca del Congreso Nacional en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r

Constitución, incluyendo la mención a esta nueva categoría de leyes, las LOC, pasó al Consejo de Estado. La desconfianza hacia la mayoría electoral -hacia ese peligro de desvarío que se atribuía al sufragio universal- también estuvo viva en este segundo órgano. A veces, incluso, con más intensidad que en la Comisión Ortúzar.

1.2. El Consejo de Estado

Este organismo empezó a discutir en noviembre de 1978 el borrador de nueva Constitución producido por la Comisión Ortúzar, y lo trabajó por casi dos años, hasta julio de 1980. Luego el texto pasó a un grupo que, al amparo de la Junta de Gobierno, trabajó intensamente en él por dos meses, hasta el plebiscito de septiembre de 1980. Antes de ir a este último grupo, sin embargo, algunas palabras sobre el Consejo de Estado.

Ya se dijo más arriba: en el Consejo de Estado se respiraba un aire de desconfianza aún más explícito respecto de la mayoría política o, como se lee en sus Actas, del “sufragio universal”. Las palabras de su Presidente, Jorge Alessandri, ex Presidente de la República, no pueden ser más elocuentes:

“El sufragio universal es algo aceptado, pese a que en la patria de la democracia era considerado un sacrilegio. En la antigua Grecia se pensaba que la intervención en la cosa pública estaba reservada sólo a los hombres virtuosos, concepto que es la antítesis del sufragio universal. Si estamos apremiados por el tiempo, eliminemos hasta donde sea posible la influencia nociva de éste, de forma que las cosas de importancia las resuelvan unos pocos. Más no se puede hacer” (CE: 56, 28/11/78: 313)⁶.

Es notable el hecho de que en el Consejo de Estado hubo posturas aún más opuestas al sufragio universal. Fueron encarnadas por dos de sus miembros: Pedro Ibáñez O. y Carlos Cáceres.

El primero, por ejemplo, propuso:

“Evitar hasta donde sea posible el sufragio universal y tratar de que el poder grave hacia el Ejecutivo y el Presidente de la República, para dar cohesión y continuidad al régimen, sólo de esta manera podrán establecerse carreras públicas o políticas basadas en realizaciones y méri-

⁶ Las referencias a las Actas del Consejo de Estado se hacen así: CE (Consejo de Estado): número de la sesión, fecha de la sesión y número de página en el que aparece; en Arancibia *et al* (2008).

tos, y no en halagos, promesas o engaños”. Luego sugiere la forma institucional para esto: “nuevos sistemas para generar el poder público basados en una diversificación de su origen (distintas fuentes o colegios para la designación o elección de Alcaldes, Diputados, Senadores, Presidente de la República y Consejo de Estado); y desarticulación de los sistemas, plazos y fechas en que procede renovar estas magistraturas a fin de evitar o al menos dificultar el retorno al partidismo” (CE: 55, 21/11/78: 303, 307).

Así y todo, es interesante apuntar que este Consejo de Estado no impuso un quórum supramayoritario a las LOC, sino que uno de mayoría absoluta, como en Francia (CE: 88, 04/09/79, 572). El quórum supramayoritario fue impuesto después por el grupo de trabajo del Edificio Diego Portales. Este grupo, que trabajó bajo la dependencia de la Junta de Gobierno y del General Pinochet, hizo la revisión más propiamente política del borrador de nueva Constitución que venía de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado. Desgraciadamente, este grupo no dejó Actas ni antecedente alguno de su trabajo.

1.3. El grupo de trabajo en el edificio Diego Portales

El grupo trabajó intensa y sigilosamente en el edificio Diego Portales, sede de la Junta de Gobierno, durante los meses de julio y agosto de 1980, afinando el texto respecto del cual se convocó finalmente a votar el 11 de septiembre de ese año. Le introdujo varias modificaciones. Entre ellas, la del quórum supramayoritario para las LOC, como se había conversado en la Comisión Ortúzar años atrás: 3/5 de los parlamentarios en ejercicio.

Esta decisión final calzó perfectamente con el clima desconfiado de la mayoría, del “sufragio universal”, que se respiró durante todo el proceso que desde 1973 llevó a la Constitución de 1980. La verdad es que puede entenderse como una especie de culminación de ese proceso en materias de quórum legislativo. Es una lástima que ese grupo de trabajo en el Diego Portales no haya dejado Actas ni registro alguno de su trabajo, para haber podido saberlo con más certeza⁷.

⁷ Es interesante la descripción que se hace de este grupo de trabajo en Cavallo *et al.* (1997: 269-273).

Este quórum de 3/5 fue cambiado en 1989. Tras el plebiscito de 1988, hubo una reforma constitucional que se negoció con la oposición que había triunfado en el plebiscito y que era la coalición política que gobernó Chile por 20 años a partir de 1990, la *Concertación*. Entre las reformas que se introdujeron ese año 1989 estuvo la del quórum para la potestad legislativa. Se redujo un tanto su intensidad supramayoritaria: desde 3/5 a los 4/7 de los parlamentarios en ejercicio. Se redujo, pero no se eliminó.

Revisada así la génesis del quórum supramayoritario para dictar algunas leyes en Chile, el texto ahora buscará caracterizar la práctica que el Tribunal Constitucional (TC) ha desarrollado a propósito de este quórum.

2. La práctica

Para caracterizarla se han revisado todas las sentencias del TC relativas a LOC. El período revisado cubre desde la sentencia TC/4 dictada el 26 de noviembre de 1981, hasta la sentencia TC/1704 dictada el 27 de abril de 2010. Son 430 sentencias. Estas se leyeron pensando en la relación entre las LOC y las leyes ordinarias, a fin de precisar si el TC aumenta o disminuye el ámbito de las LOC, disminuyendo o ampliando correlativamente el campo de las leyes ordinarias. Como se explicó al inicio de este informe, si se expande el campo de las LOC, aumenta la anomalía democrática que envuelve la supramayoría legislativa, si se disminuye, esta anomalía disminuye.

Las sentencias del TC se refieren a las distintas materias de las LOC, pero una se repite más que las otras: la fijación de plantas de personal en los servicios públicos. Esta materia constituye un buen indicador de la actitud del TC, puesto que hay sólo dos casos en que la Constitución se refiere expresamente a las plantas de personal como materia de LOC: respecto de la LOC de las Fuerzas Armadas (Arts. 102 y 105), y respecto a la LOC del propio TC (Art. 92 inciso final). Únicamente en este último caso habla de la fijación de las plantas: “Una ley

orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”. En el caso de las Fuerzas Armadas se refiere a los requisitos de incorporación a las plantas, pero no a su fijación.

Esto es consistente con el hecho de que la regla general en materia de fijación de plantas de personal sea en Chile la ley común, y no una de quórum supramayoritario: el grueso de las plantas de personal en el Estado se fijan por legislación de carácter común. Por esto, la fijación de plantas de personal es un buen indicador para el argumento de este texto, pues plantea la pregunta por la forma en que el TC ha entendido la excepcionalidad y carácter limitado con que la Constitución se refiere a ella. Veamos.

2.1. *La actitud autocontenida inicial*

La jurisprudencia del TC en torno a las LOC se inició con la entrada en vigencia de este tipo leyes a principios de los años 1980, en plena dictadura. La primera vez que el TC se pronunció sobre LOC fue el 26 de noviembre de 1981, en su sentencia rol número 4.⁸ En ella el TC subrayó la necesidad de que el intérprete, caso a caso, fije el carácter de LOC de una disposición legislativa. La clave para esto, agregó, está en las “materias” que la Constitución ha reservado explícitamente para ser reguladas mediante LOC. Y enunció una fórmula que luego sería importante en su jurisprudencia: esas materias se determinan mediante la definición de dos cosas: su “contenido imprescindible” y sus “elementos complementarios indispensables”. Esta es una fórmula sobre la que se volverá más tarde.

En esta primera decisión, el TC reafirmó su condición de intérprete del carácter de LOC, pero, al mismo tiempo, tal condición fue concebida de una forma relativamente limitada, relativamente autocontenida. Se trataba de un proyecto de ley que modificaba en parte el esta-

⁸ De ahora en adelante las sentencias del TC con su número de rol y número de considerando, se abreviarán así: TC/número y C/número. En este caso, por tanto, se trata de la sentencia TC/4.

tuto jurídico de los notarios. En Chile los notarios están vinculados al Poder Judicial, como auxiliares de la administración de justicia. La cuestión, entonces, fue determinar si se aplicaba aquí la disposición constitucional que señala: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”. Si se aplicaba, era LOC.

La mayoría del TC consideró que no se aplicaba. Su argumento es interesante:

“Que sin duda el concepto ‘organización y atribuciones de los tribunales’ empleado en el artículo 74 de la Constitución se refiere a la estructura básica del Poder Judicial en cuanto ella no está reglada por la propia Carta Fundamental, pues dice relación con lo necesario ‘para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República’”. Y ahora viene su actitud autolimitada: “El propio constituyente se ha encargado de advertir que no todo lo relacionado con esta materia queda bajo el ámbito de la ley orgánica constitucional, pues ha reservado a la competencia de la ley común, en su artículo 60, N° 3, los preceptos ‘que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra’, y en el N° 17 del mismo precepto deja a la ley común señalar la ciudad en la cual deba funcionar la Corte Suprema” (C/6). Luego reafirma esta actitud: “es obvio que no todas sus tareas específicas pueden ser elevadas a la categoría de elementos complementarios indispensables de la ley orgánica constitucional que regula la organización y atribución de los tribunales” (C/7).

Esta actitud autocontenida inicial del TC frente a las LOC continuó por algún tiempo. Al definir el ámbito de las LOC en relación con la ley común y, al propio tiempo, su propia competencia respecto de ellas, el TC diseñó una fórmula potencialmente expansiva: el “contenido imprescindible” y los elementos “complementarios indispensables” de las materias mencionadas en la Constitución para ser reguladas mediante LOC. No sólo el núcleo de estas materias (su “contenido imprescindible”), sino también su periferia (sus elementos “complementarios indispensables”). Pero esta fórmula potencialmente amplia (núcleo y periferia) fue inicialmente aplicada con recato por sus creadores.

Una sentencia de fines de ese primer año, TC/7 de diciembre de 1981, reflejó dicho recato. De nuevo la materia fue el Poder Judicial: se proponían modificaciones a la forma en que se distribuían los exhortos en la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre

Cerda. De nuevo, una cuestión –como la de los notarios– más bien tangencial a la judicatura. ¿Se trataba de una materia propia de “la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, como ordena la Constitución para que se regule a través de LOC? Como en el caso anterior de los notarios, la mayoría del TC estimó que no, que no era materia de LOC. ¿Por qué? Porque las materias de LOC estarían limitadas a la “estructura básica” del Poder Judicial, afirmando implícitamente que las materias no vinculadas a dicha estructura básica, como la de los notarios y la distribución de exhortos, eran materias de ley común, no de LOC (C/10).

Pero las cosas iban a cambiar. Tempranamente el TC comenzó en paralelo a mostrar signos de que esta actitud autocontenida sobre las LOC, en el sentido de acotar su campo frente a la ley común, no era una actitud suficientemente asentada. Un criterio interpretativo que se he denominado como “desmembramiento” fue uno de esos signos.

2.2. El “desmembramiento”

Muy luego, en su sentencia TC/10 del 22 de diciembre de 1981, el TC tomó otra decisión que vino a tener consecuencias expansivas para su competencia sobre las LOC. Con esta sentencia el TC empezó a andar un camino que, con razón, ha sido criticado por la literatura, en especial por Buchheister y Soto (2005): el “desmembramiento” de las LOC.

El “desmembramiento” se opone a la “unidad” de estas leyes. La unidad las entiende como cuerpos cerrados. Es decir, las materias de LOC han de ser reguladas en un solo texto autoritativo, en una misma unidad normativa. El “desmembramiento”, en cambio, supone la posibilidad de que un mismo texto autoritativo contenga legislación de carácter LOC y de carácter de ley común.

El propio TC había predicado la unidad de las LOC en su sentencia TC/7 de 22 de

diciembre de 1981: el objetivo de las LOC “es desarrollar en un texto armónico y sistemático los preceptos constitucionales en aquellas materias que el constituyente ha reservado a dichas leyes” (C/8). Pero a muy corto andar, en su sentencia TC/10, el TC rompió la posibilidad de “un texto armónico y sistemático”, pues decidió:

“Que este Tribunal no se pronuncia sobre el artículo tercero transitorio del proyecto [...] porque, de acuerdo al texto expreso del inciso segundo de la disposición segunda transitoria de la Constitución, la materia de que trata no es propia de ley orgánica constitucional, sino del Código de Minería” (C/3).

Así, al pronunciarse respecto de un cuerpo legislativo sobre materias que la Constitución menciona como de LOC –concesiones mineras, en este caso–, el TC aceptó la decisión de la Junta Militar en el sentido de que dicho cuerpo contenía también disposiciones que no tenían carácter de LOC. Y pronto se dio el caso que en cuerpos normativos en los que la mayor parte de las disposiciones eran de ley común, se insertaban algunas que tenía carácter de LOC.

El “desmembramiento”, ese criterio interpretativo que permite que las disposiciones de LOC puedan ir mezcladas con disposiciones de ley ordinaria, facilitó una actitud expansiva por parte del TC. Esto, pues posibilitó la intervención de este tribunal en un espectro muy amplio del ejercicio de la potestad legislativa.

Y, así, en 1985 el TC mostró con claridad la actitud expansiva que mantendría hasta 1992. Fue la sentencia TC/33 de 24 de septiembre de 1985, referida al proyecto de LOC sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.

2.3. Hacia una actitud expansiva del TC.

Esta fue una sentencia muy importante y no es fácil, como en los demás casos, criticar la actitud expansiva que en ella se observa. Esto, pues la actitud que aquí adoptó la mayoría del TC fue funcional al proceso de restauración democrática. Es, por tanto, una sentencia que plantea una ironía: de acuerdo a la premisa de este trabajo, al hacerse la actitud del TC más expansiva,

aumenta la anomalía democrática. Pero en este caso esa expansión fue funcional a la posibilidad de la democracia. ¿Por qué?

Ciñéndose fielmente a la letra de la Disposiciones Undécima y Vigésimaséptima Transitorias de la Constitución de 1980, la Junta de Gobierno había redactado un proyecto de LOC sobre Tribunal Calificador de Elecciones, del que dejaba fuera el plebiscito que se iba a celebrar el 5 de octubre de 1988 para determinar la continuación de Pinochet o elecciones libres. De acuerdo al criterio de la Junta de Gobierno, y a la letra de las mencionadas disposiciones constitucionales transitorias, ese acto plebiscitario no se celebraría bajo las normas permanentes de calificación electoral establecidas en la Constitución, especialmente en sus Arts. 18, 84, 85 y 86.

La Disposición Undécima transitoria señalaba:

“El artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que corresponda de acuerdo con la ley respectiva, con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha”.

Es decir, no habría Tribunal Calificador de Elecciones para el plebiscito previo de 1988. Pero la mayoría del TC propuso una interpretación “sistemática” y, haciendo pie en ella, dispuso que la siguiente expresión “ley” que usaba la Disposición Vigésimoséptima Transitoria que se cita a continuación, no debía entenderse como una ley ordinaria, sino como parte de la LOC referida en el Art. 18 de la Constitución para un “sistema electoral público”: “El plebiscito deberá efectuarse no antes de treinta ni después de sesenta días de la proposición correspondiente y se llevará a efecto en la forma que disponga la ley”. Así lo dijo el TC en su sentencia TC/33:

“Esta “ley” a que alude la disposición citada es, sin lugar a dudas, la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 18 de la Carta Fundamental, ya que es ella, precisamente, la que debe regular la forma en que se realizarán los procesos plebiscitarios en todo lo no previsto por la Constitución” (C/13).

El TC expandió de esta forma las materias de LOC. En el proyecto iban también disposiciones

sobre fijación de plantas de personal. Nadie objetó que fueran consideradas LOC y ahí se quedaron.

Pero así, también, el TC con esta actitud expansiva obligó a que el crucial plebiscito del 5 de octubre de 1988 se celebrara con un Tribunal Calificador constituido y con las garantías derivadas de este hecho, como una Franja Electoral de TV gratuita para las dos opciones en competencia. Esto contribuyó, sin duda, a un acto plebiscitario limpio y a un retorno pacífico a la democracia. No es, como se comprenderá, una sentencia muy fácil de criticar.

Y un año después, 1986, el TC continuó con esa actitud expansiva en decisiones que, a diferencia de su sentencia TC/33, son más fáciles de criticar. Es el caso de la sentencia TC/38 de 8 de septiembre de 1986, anunciada más arriba. En ella, el TC usó la distinción entre “contenido imprescindible” y “elementos complementarios indispensables”, que tempranamente había hecho en su sentencia TC/4 de 1981, a fin de precisar las materias que la Constitución mencionaba como de LOC. Pero, a diferencia de sus sentencias anteriores, en que aplicaba la idea de “elemento complementario indispensable” de una forma contenida, aquí la aplicó de una forma expansiva, extendiéndola a las plantas de personal del Servicio Electoral. Es decir, una materia que típicamente era de ley ordinaria, como la que fija las plantas del personal de un órgano público, en esta sentencia TC/38 de 1986 pasó a ser materia de LOC para el caso del Servicio Electoral. Dijo el TC:

“Que para concluir en la forma indicada en el numerando anterior, este Tribunal ha considerado el carácter especial del artículo 18 de la Constitución en cuanto dispone que será materia de ley orgánica constitucional la organización y funcionamiento del sistema electoral público y la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por la Constitución, precepto que denota que la voluntad del constituyente es que la citada ley tenga el rango de orgánica constitucional no sólo en su núcleo esencial sino también en aquellas materias que sean su complemento indispensable, no obstante que éstas, consideradas aisladamente, sean propias de ley común” (C/5).

El TC reconoció, entonces, que, por regla general o, como dijo, “consideradas aisladamente”,

las plantas de personal son materia de ley ordinaria. Pero las plantas de personal vinculadas al sistema electoral público que menciona la Constitución son LOC. Es decir, algo tan interno, tan asociado a la operación doméstica de un órgano público, debía detallarse mediante un quórum supramayoritario. Así lo sostuvo:

“Que demostrado que las normas que regulan el Servicio Electoral son propias de ley orgánica constitucional debe entenderse que también lo son las que fijan la planta de su personal, ya que ésta determina el personal necesario para el funcionamiento de la entidad. Separar estas materias y suponer que la Carta Fundamental reservó al dominio de la ley orgánica constitucional el régimen jurídico que regula el Servicio Electoral y a la competencia de la ley común la planta del personal que lo sustenta, significaría subordinar la eficacia de una ley orgánica constitucional a la voluntad de la ley común, ya que nada se obtendría con tener una completa estructura jurídica del Servicio si, al propio tiempo, no se contara con una planta de personal adecuada para hacerla realidad” (C/32).

En su sentencia TC/41 de 18 de noviembre de 1986, el TC reafirmó su criterio en el sentido de que las plantas de personal del Servicio Electoral eran materia de LOC. Pero seis años más tarde, en 1992, el TC lo cambió en el sentido de que las plantas de personal de los órganos a los que la Constitución alude no era, por regla general, materia de LOC.

Cabe mencionar que la Constitución se refiere con distinta intensidad a distintos órganos en tanto materias de LOC. En este sentido, se puede entender que la referencia que el Art. 18 hace a la organización y funcionamiento del sistema electoral público, y la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, “en todo lo no previsto por esta Constitución”, sea una forma especialmente intensa, que justifique considerar las plantas de personal asociadas al sistema electoral público como materia de LOC. Sin embargo, aquí debería considerarse el Art. 92 de la Constitución. Este determina que la LOC del propio TC debe comprender el “estatuto del personal” de ese tribunal. Esta disposición debería sentar el tono de la intensidad, en el sentido de que cuando la Constitución quiere que las plantas de personal sean materia de LOC, así lo dice expresamente. Cuando no lo dice expresamente, como en el caso de todas las demás referencias a materias de LOC, debe entenderse que es materia de ley co-

mún.

Volvamos a la jurisprudencia. La actitud expansiva que el TC inició en 1895, se interrumpió en 1992. El país había vuelto a la democracia en 1990.

2.4. De nuevo la actitud autocontenida en 1992.

Se trata de la sentencia TC/160 de 30 de septiembre de 1992. Este caso fue especial, pues se trató de un requerimiento formulado por el Gobierno, y no fue parte del control preventivo obligatorio que debe hacer el TC. En este caso, el Gobierno suscitó una cuestión de constitucionalidad durante la tramitación de un proyecto de ley que modificaba la planta de personal de la Contraloría General de la República. El Congreso calificó a esta ley como LOC, pero el Gobierno se opuso a esta calificación, e interpuso el requerimiento. El TC le encontró la razón, calificando dicha ley como ordinaria. Pero para llegar a esta decisión tuvo que hacerse cargo de su sentencia TC/38 de 1986 y, también, de la anterior TC/33 de 1985, que conformaban un precedente inverso, expansivo. ¿Qué hizo?

Argumentó que el caso de las sentencias TC/33 y TC/38 fue excepcional, propio del excepcional carácter del sistema electoral y la forma en que la Constitución lo consagra. Sor-teado así el precedente de los años 1985 y 1986, el TC adoptó la actitud autocontenida que se percibió en sus primeras sentencias. Para restringir la competencia de LOC respecto de la fijación de plantas de personal, sostuvo:

“Que es por ello que cuando la Constitución encarga a la ley orgánica constitucional la organización y funcionamiento de un Poder del Estado o de un organismo autónomo, no puede el legislador orgánico abarcar o incursionar en todos los detalles que ello supone y tenga que limitarse a delinear la estructura básica o fundamental de aquellas instituciones para lograr un expedito funcionamiento en la práctica” (C/10).

Para que haya carácter de LOC, concluyó el TC, tiene que haber una declaración expresa en tal sentido en el texto constitucional. Si no la hay, se asume que la materia es propia de ley ordinaria, y no de LOC. Cambió así el precedente. Un año más tarde la mayoría del TC continuó este

curso de acción en la sentencia TC/171 de 1993.

Esta sentencia se pronunció sobre un proyecto de ley que creaba Juzgados de Policía Local en varias comunas. El Congreso lo mandó casi completo a control de constitucionalidad como LOC. Pero la mayoría del TC consideró que varias de estas disposiciones no eran materia de LOC (como una que regulaba los turnos judiciales, por ejemplo), pues no apuntaban a la “estructura básica” del Poder Judicial. Volvió así a lo que había sostenido muy tempranamente, en su sentencia TC/4 de 1981.

Y el TC pareció perseverar en este nuevo precedente, más autocontenido, similar a lo que hizo en sus primeras sentencias, actitud que fue remplazada, como ya se ha visto, por la expansiva que trazó a partir de 1985, aproximadamente. La sentencia TC/255, de 20 de mayo de 1997, mostró con claridad la forma autolimitada con que, por ese entonces, el TC miró de nuevo su tarea sobre las LOC.

En este caso el TC se pronunció sobre un proyecto de ley que buscaba mejorar las remuneraciones de algunos profesionales de la educación. El Congreso le solicitó ejercer el control preventivo propio de las LOC. Pero el TC rechazó pronunciarse, por no considerar las materias del proyecto propias de LOC, aun cuando tocaran materias de “municipalidades” (eran profesores municipalizados), una materia que es de LOC.

El TC también mostró esta actitud autocontenida en otras sentencias del año 1997. Una fue la TC/257 de 2 de septiembre de ese año. El Congreso le envió para control preventivo un proyecto sobre capacitación y empleo. Una de sus disposiciones creaba una Oficina de Información Laboral en las municipalidades, materia esta última, se acaba de decir, que la Constitución refiere como de LOC. Pero el TC no consideró que dicha oficina fuera parte de estas materias.

Dos años más tarde, a propósito del proyecto de LOC que establecía el Ministerio Pú-

blico, el TC reiteró su compromiso con una actitud autocontenida, es decir, con una visión más bien limitada del ámbito de las LOC. Se trata de la sentencia TC/293 de 22 de septiembre de 1999:

“[...] que a las normas de interpretación empleadas debe recurrirse con prudencia, porque en manera alguna deben llevarnos a extender el ámbito de aplicación de las leyes orgánicas constitucionales más allá de lo necesario y permitido por la Constitución, ya que el hacerlo privaría a nuestro sistema legal de una equilibrada y conveniente flexibilidad, dado el alto quórum que exige esta clase de leyes para su aprobación, modificación o derogación” (C/7).

La actitud autocontenida que reflejaban estas decisiones emergió con claridad nuevamente un decenio más tarde. En su sentencia TC/720 de 26 de enero de 2007, a propósito del proyecto de ley que creaba la XIV Región de Los Ríos y la Provincia de Ranco, el TC consideró que las plantas de personal de algunos órganos, que la Constitución considera como materias de LOC, no eran alcanzadas por tal carácter: eran materia de ley ordinaria. La fórmula ya era conocida:

“Que el artículo 6° del proyecto de la especie, que modifica la planta de personal del Servicio Electoral, no dice relación con las materias que se indican en la ley orgánica constitucional de que trata el artículo 18 de la Constitución Política y, en consecuencia, no es propio de aquélla” (C/18).

Con todo, en 2008 y 2009 el TC dio un nuevo giro y volvió con su actitud expansiva, a propósito de las plantas de personal del Servicio Electoral.

2.5. La actitud expansiva sigue viva.

La sentencia TC/1135 de 27 de mayo de 2008 se pronunció sobre el proyecto de ley que creaba cargos en la Dirección Regional del Servicio Electoral de la Región de Arica y Parinacota, y establecía normas relativas a los partidos políticos en las nuevas regiones creadas en el país. El TC no dudó en calificarlas como materias de LOC:

“Que la Ley N° 18.583 que fija la planta del Servicio Electoral fue aprobada con el carácter de ley orgánica constitucional. Por este motivo, el artículo 1° del proyecto en análisis, al modificar el artículo 1° de dicho cuerpo legal, tiene su misma naturaleza” (C/7).

Lo mismo repitió en su sentencia TC/1508 de 27 de octubre de 2009. Lo interesante en ella,

sin embargo, fue el voto de minoría que abogó por una actitud menos expansiva del TC en materias de LOC. Esta minoría de jueces estuvo por retomar la actitud del TC en sus primeros años, que se perdió en 1985 con las sentencias TC/33 y TC/38, y que se recuperó en 1992 con TC/160, ya restaurada la democracia. Esta minoría se refirió a la actitud expansiva como una jurisprudencia “superada”:

“Que consideramos que existen razones para cambiar lo resuelto en la sentencia rol 38 y, por tanto, para considerar la materia del proyecto analizado como propia de ley común. En primer lugar, porque la sentencia rol 38 corresponde a una época de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se encuentra superada” (C/3).

¿Se encuentra, realmente, superada esa jurisprudencia?

3. Conclusión

Probablemente no se encuentra superada. En cualquier caso, este texto concluye sugiriendo que lo mejor que se podría hacer es eliminar las LOC del sistema jurídico chileno, para tener sólo regla de mayoría para la potestad legislativa. Mayoría simple y, si se estima necesario respecto de materias especialmente sensibles, mayoría absoluta, o sea, hasta la mitad más uno de los parlamentarios en ejercicio. Nunca más un quórum supramayoritario para la ley, sólo para la Constitución. Al eliminar las LOC se eliminaría el control obligatorio preventivo abstracto por el parte del TC que hoy existe, dejando sólo uno posterior, voluntario y concreto. Como lo muestra el estudio del TC en relación con las LOC, su jurisprudencia ha sido zigzagueante y algo arbitraria, incluso en democracia. El TC, en otras palabras, no constituye garantía alguna que, de mantenerse las LOC, su anomalía democrática va a mantenerse reducida al máximo. Además, siempre se arriesga el peligro de que por medio del control preventivo, el TC actúe en los hechos como una tercera cámara legislativa no electa.

Por todo esto, mejor eliminar de una vez las LOC del sistema jurídico chileno.

Bibliografía

- Aldunate, 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 Zúñiga, Francisco (coord.) *Reforma constitucional* (Santiago: Editorial LexisNexis) pp. 67-79.
- Arancibia, Jaime, Brahm, Enrique, e Irarrázaval, Andrés (Eds.) (2008) *Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990)* (Santiago: Centro de Estudios Bicentenario).
- Atria, Fernando, (2009) “La verdad y lo político (II). Democracia y ley natural”, en *Persona y Sociedad*, Vol. XXIII , N° 2 , pp. 35-64.
- Böckenförde, E.W., (2000) “La democracia como principio constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta), pp. 47-131.
- Buchheister, Axel y Soto Sebastián (2005) “Criterios para la calificación de normas orgánico constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 2, pp. 253-275.
- Bulnes, Luz (1984) “La ley orgánica constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol.11, pp. 227-239.
- Bulnes, Luz (2001) “Forma de gobierno en la Constitución de 1980”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 4, julio, pp. 223-232
- Caldera, Hugo (1982) “Ley Orgánica Constitucional y Potestad Reglamentaria”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 31-32, Ene-Dic., pp. 113-120.
- Cavallo, Ascanio, Salazar, Manuel, y Sepúlveda, Oscar (1997) *La historia oculta del régimen militar* (Santiago: Grijalbo S.A.).
- Correa G., Rodrigo P. (2005) “Tribunal Constitucional”, en *Revista de la Universidad Adolfo Ibáñez. Comentario de la jurisprudencia del año 2004*, N. 2, pp. 735-72.
- De la Fuente Hulaud, Felipe (1991-1992) “Problemas de quórum en la tramitación de las leyes interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales y de quórum calificado”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIV, pp. 313-342.
- McGann, Anthony J., (2002) “The Tyranny of the Super-Majority: How Majority Rule Protects Minorities”, disponible en <http://escholarship.org/uc/item/18b448r6#page-1>
- Muñoz L., Fernando (2005) “Por una democracia real: Eliminemos las leyes orgánico constitucionales”, en *www.asuntospublicos.cl*, Informe No. 496.
- Muñoz L., Fernando (2006) “Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Iberoamericano* N° 12, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 115-129.
- Ríos, Lautaro (1983) “Las leyes orgánicas constitucionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10, pp. 39-44.
- Varas, Paulino (1984) “El nuevo concepto de ley en la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, N° 3, pp. 377-384.
- Verdugo, Sergio (2009) “Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 20, julio, Tomo III, pp. 597-633.
- Zapata, Patricio (2008) *Justicia Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Anexo.

Las LOC en Chile son sobre:

1. Banco Central de Chile.
2. Bases Generales de la Administración del Estado.
3. Carabineros de Chile.
4. Concesiones mineras.
5. Congreso Nacional.
6. Consejos Regionales de Desarrollo.
7. Contraloría General de la República.
8. Código Orgánico de Tribunales.
9. Enseñanza.
10. Establece la Ley General de Educación.
11. Estados de excepción constitucional.
12. Fuerzas Armadas.
13. Gobierno y Administración Regional.
14. Inscripciones electorales y Servicio Electoral.
15. Planta del Servicio Electoral.
16. Ministerio Público.
17. Municipalidades.
18. Partidos Políticos.
19. Tribunal Calificador de Elecciones.
20. Tribunal Constitucional.
21. Votaciones Populares y Escrutinios.