

N° 247
Año LXXXVIII
Enero-Junio 2020
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

***CONSTITUCIONALISMO CALIFICADO: LA REGLA DE
LA MAYORÍA CALIFICADA DEL ART. 133 INC. 3° DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE***

***QUALIFIED CONSTITUTIONALISM: QUALIFIED MAJORITY OF
ARTICLE 133 OF THE CHILEAN POLITICAL CONSTITUTION***

DIEGO PARDO ÁLVAREZ * **

RESUMEN

El art. 133 inc. 3° de la Constitución, introducida en la reciente reforma constitucional que consagra un procedimiento para elaborar una nueva Constitución política para Chile, contempla una regla de la mayoría calificada simétrica de 2/3 para los acuerdos y las normas aprobadas por la convención constitucional. Este trabajo contrasta la regla del art. 133 inc. 3° de la Constitución con la regla de reforma constitucional del art. 127 inc. 2° de la Constitución, muestra sus propiedades estructurales específicas y aborda el problema de su justificación.

Palabras clave: mayoría calificada, quorum, veto de minoría, nueva Constitución de Chile, reforma constitucional, derecho constitucional.

*Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile. Doctor y Magister en Derecho por la Georg-August-Universität, Göttingen (Gotinga, Alemania). Correo electrónico: diego.pardo@uach.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5869-7133>.

**Investigación realizada como investigador responsable en el marco del Proyecto de Instalación VIDCA 2020 "La regla de la mayoría calificada en el proceso de creación constitucional chileno" de la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad Austral de Chile.

Artículo recibido para su evaluación el 7 de abril de 2020, y aprobado para su publicación el 23 de junio de 2020.

ABSTRACT

Article 133 of the Chilean Constitution, introduced in the recent constitutional reform that establishes a procedure to elaborate a new political constitution for Chile, contemplates a symmetrical qualified majority of 2/3 for the agreements and norms emanated from the constitutional convention. This paper compares art. 133 of the Constitution with the qualified majority established in Article 127 for the constitutional amendment, shows its specific structural properties and addresses the problem of its justification.

Keywords: qualified majorities, quorum, minority veto, Chilean new constitution, constitutional amendment, constitutional law.

I. INTRODUCCIÓN

El largo proceso de deslegitimación de la Constitución de 1980 no sólo ha afectado la práctica, sino también a la teoría constitucional chilena. Después de una reiterativa e intermitente disputa sobre sus principales problemas, parece no haber claridad siquiera sobre los conceptos a los cuales la controversia constitucional se refiere. Esto es particularmente evidente en la reactivación del problema de la regla de la mayoría calificada de 2/3 establecido en el art. 127 inc. 2º de la Constitución, en el número 6 del “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” firmado por un conjunto amplio de congresistas el 15 de noviembre de 2019 y en el nuevo art. 133 inc. 3º de la Constitución, que consagra que “la Convención (constituyente) deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio”. Pareciera ser que tanto quienes promovieron la inclusión de esta regla de decisión, como quienes tuvieron que aceptarla en pos de llegar al acuerdo, analizaban sus consecuencias bajo conceptos y teorías no sólo distintas sino incompatibles. Esto podría afectar significativamente el trabajo de la propia convención constitucional y alterar las expectativas puestas en ella, así como la interpretación de sus resultados.

Este trabajo analiza el problema de la regla de la mayoría calificada del procedimiento para elaborar una nueva Constitución. En una primera parte se aclarará la estructura formal de la regla de la mayoría y se mostrarán las características que hacen de su aplicación algo natural en colectivos

que ejercen representación política (II). En una segunda parte se mostrarán las propiedades estructurales de las reglas de la mayoría calificada de los arts. 127 inc. 2º y 133 inc. 3º de la Constitución (III). Mostrando sus diferencias formales específicas (IV), podrá abordarse la discusión sobre la justificación de la regla de la mayoría calificada del art. 133 inc. 3º de la Constitución, aplicable para los acuerdos y las normas de la convención constitucional (V).

II. LA REGLA DE LA MAYORÍA

Un grupo de decisión puede tomar decisiones bajo tantas reglas como miembros tenga.¹ La regla de la mayoría es sólo una entre todas las posibles reglas de decisión que puede adoptar un grupo. El uso de esta sencilla regla de decisión,² establecida por ejemplo para el Congreso Nacional en el art. 7 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso y en el art. 66 inc. 3º para las materias de “quorum calificado”, constituye y refleja ciertas propiedades normativas de los congresistas en su interacción como órgano colectivo.³ Esas propiedades normativas justifican la aplicación de la regla de la mayoría y, como consecuencia, exigen proveer de una justificación ulterior, más intensa o “especial”,⁴ a favor de la aplicación de la regla de la mayoría calificada.⁵ Tales propiedades formales de la regla de la mayoría son, en lo relevante, las siguientes:

(i) Cada congresista, tanto en aplicación de la regla de la mayoría como de la regla de la mayoría calificada, cuenta con un *voto individual*, con independencia de la circunscripción o distrito electoral que represente, del número de votos obtenido en su elección, de su posición dentro del Congreso

¹ RAE, Douglas, “Decision-rules and individual values in constitutional choice”, *The American Political Science Review*, 1969, 63 (1), p. 40. Esto, asumiendo que las reglas de decisión se someten a la condición de distribuir un voto por cada miembro.

² Llamando la atención sobre el carácter natural del principio de la mayoría, ARENDT, Hannah, *On Revolution*, The Viking Press, New York, 1963, p. 163.

³ Para lo que sigue, véase MAY, Kenneth, “A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Rule”, *Econometrica*, 1952, 20 (4), pp. 680-684.

⁴ VERDUGO, Sergio, “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2012, XXXIX (2), pp. 396 y ss.

⁵ PARDO, Diego, “¿Maior et sanior pars? Una justificación de la regla de la mayoría parlamentaria”, *Ius et Praxis*, 2016, 22 (2), pp. 474-475.

y de otras características adicionales. Esto descarta por de pronto reglas de decisión con voto ponderado o plural,⁶ como las reglas censitarias y las de diferenciación jerárquica, como la regla canónica *maior et sanior pars*.

(ii) La regla de la mayoría del art. 7 de la LOC del Congreso, al igual que la regla de la mayoría calificada de los arts. 127 inc. 2º y 133 inc. 3º de la Constitución, satisface en segundo lugar la propiedad del *anonimato*: el valor y la relevancia del voto no depende de la identidad del congresista ni de otras características individuales. Esto descarta formas de votación favorables a representaciones especiales (mujeres, minorías étnicas, grupos regionales, religiosos y otros).⁷

(iii) En tercer lugar, y a diferencia de la regla del art. 127 inc. 2º de la Constitución, bajo la regla de la mayoría las alternativas de decisión son consideradas de manera *neutral* o *simétrica*: ambas alternativas sometidas a decisión requieren de un número igual de votos favorables para ser consideradas como la decisión del grupo.⁸ Esta propiedad, como es evidente, es violada por la regla de la mayoría calificada asimétrica del art. 127 inc. 2º, pues los votos favorables al *statu quo* constitucional valen más que los votos favorables a la reforma constitucional (véase *infra*, III).⁹

(iv) Cada congresista cuenta, en cuarto lugar, con un voto que tiene la propiedad de ser *decisivo*: un cambio en los votos podría impactar en el resultado final. Esta característica permite diferenciar la regla de la mayoría de reglas de elección por sorteo o azar, así como al Congreso de otro tipo de asambleas meramente deliberativas, pero no decisivas –como por ejemplo cualquier consejo asesor o como la “secretaría técnica” del art. 133 inc. 5º de la Constitución. La decisión tomada mediante la votación del Congreso cuenta como una decisión a ser colectivizada,¹⁰ no como una recomendación

⁶ Usualmente se relaciona este tipo de reglas de decisión con el problema de la intensidad de las preferencias. Al respecto, DAHL, Robert, *Vorstufen zur Demokratie-Theorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, pp. 85 y ss; véase, sin embargo, correctamente, SADURSKI, Wojciech, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 48 y ss.

⁷ Véase, a favor: LUPHART, Arend, *Thinking about Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Routledge, New York, 2008, pp. 6-9; YOUNG, Iris Marion, “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, 1989, 99 (2), pp. 261-262.

⁸ Para una discusión del sentido democrático de la condición de neutralidad o simetría, véase ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1981, pp. 274 y ss.

⁹ Para un desarrollo crítico de la neutralidad en este contexto, véase BEITZ, Charles, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton, 1989, pp. 58 y ss.

¹⁰ Sobre el carácter de las decisiones mayoritarias en este sentido, véase SARTORI, Giovanni, “Selbstzerstörung der Demokratie?” en: GUGGENBERGER, B.; OFFE, C. (Eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie – Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, Opladen, Westdeutscher Verlag,

ni como una opinión. El voto de las y los miembros de la asamblea impactan directamente en la decisión atribuida al órgano colectivo; y cada uno de los votos podría eventualmente resultar decisivo.¹¹ Esta característica es común a la regla de la mayoría y a la regla de la mayoría calificada del art. 127 inc. 2º. El art. 133 inc. 3º de la Constitución –como se verá (*infra*, III)–, satisface en cambio esta propiedad sólo parcialmente: sólo en los casos en que el resultado alcance el voto favorable de los 2/3 de los convencionales constituyentes.¹²

(v) Por último, la regla de la mayoría consagrada en el art. 7 de la LOC del Congreso responde a la propiedad de “responsividad de un voto”. La conceptualización formal de esta propiedad no permite apreciar a primera vista su enorme relevancia político-institucional. GOODIN y LIST la explican de la siguiente forma:

“La condición de responsividad de un voto establece que, empezando de una posición en la que la decisión es una de indiferencia social [o empate], el cambio de un voto en cierta dirección debiera ser suficiente para quebrar el estado de indiferencia social [o empate] en la dirección del cambio. (...) La condición de responsividad de un voto captura la idea de que cada voto individual cuenta, asegurando que en el caso de un empate el cambio de un único voto individual determine el resultado”.¹³

A consecuencia de la condición de responsividad de un voto, el valor asignado al voto de cada miembro de un grupo no varía dependiendo de la preferencia que contiene, sino que es igualitario sea cual sea la alternativa de decisión votada. El voto bajo la regla de la mayoría cuenta como un voto con total independencia de la preferencia manifestada en él.¹⁴

Permitaseme mostrar con un sencillo esquema (sin inasistencias, ni

1984, p. 83.

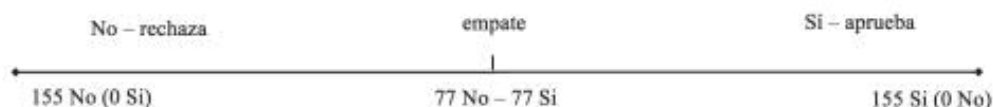
¹¹ Sobre el voto decisivo, véase BRENNAN, Geoffrey; LOMASKY, Loren, *Democracy and Decision: The Pure Theory of Electoral Preference*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 54 y ss.

¹² Esta condición también suele denominarse “dominio universal”. Al respecto, RIKER, William, *Liberalism against Populism: a Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, W.H. Freeman and Company, San Francisco, 1982, pp. 56 y ss.

¹³ GOODIN, Robert; LIST, Christian, “Special Majorities Rationalized”, *British Journal of Political Science*, 2006, 36 (2), p. 218.

¹⁴ Una explicación de esta propiedad para el caso de las leyes orgánico-constitucionales puede encontrarse en SIERRA, Lucas, “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática”, en: SIERRA, Lucas; MACCLURE, Lucas, *Frente a las mayorías: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2011, p. 15.

abstenciones y con dos alternativas) cómo la regla de la mayoría del art. 7 de la LOC, así como la del art. 66 inc. 3° de la Constitución respetan tanto la condición de neutralidad como la de responsividad de un voto. Entender el cumplimiento de tales condiciones es crucial para abordar los problemas de justificación e implementación de la regla del art. 133 inc. 3° de la Constitución. La regla de la mayoría (absoluta) funciona en la cámara de diputados de la siguiente manera:



Supóngase la cámara se encuentra en una situación de empate (77 No – 77 Sí) y resta por ser contado un último voto. La regla de la mayoría es neutral porque cada una de las alternativas de decisión (aprueba o rechaza) requiere un igual número de votos (78) para ser atribuida al grupo como su decisión. La regla de la mayoría calificada del art. 127 inc. 2°, en cambio, no respeta la condición de neutralidad porque una de las alternativas (aprueba) requiere de más votos (103) que la contraria (52). La regla de la mayoría respeta además la condición de responsividad de un voto, pues la decisión atribuida al Congreso será determinada por el último voto a ser contado. El empate se resuelve con un solo voto en la dirección que señale (aprueba o rechaza).

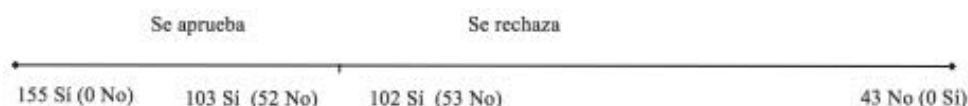
Hasta antes de la reforma constitucional era difícil encontrar reglas simétricas o neutrales que no respetaran la condición de responsividad de un voto.¹⁵ La reforma constitucional que incluye la regla del art. 133 inc. 3° ejemplifica ahora prístinamente la diferencia entre reglas de la mayoría calificada asimétricas (art. 127 inc. 2°) y reglas simétricas (art. 133 inc. 3°). En base a esta diferencia es posible evaluar la justificación de la regla de la mayoría calificada consagrada para el funcionamiento de la convención constitucional.

¹⁵ Un ejemplo que muestra su significación política es el caso del voto dirimente del presidente del Tribunal Constitucional del art. 8, literal g), de la LOC del Tribunal Constitucional. En este caso se trata de una regla de la mayoría simétrica que faculta al presidente, en caso de empate, para decidir la materia en cuestión. La regla de la mayoría en muchos casos no recibe una aplicación plenamente neutral o simétrica, pues el empate favorece por regla general al *statu quo*. En el caso del Tribunal Constitucional, sin embargo, la regla de la mayoría es plenamente simétrica, atribuyendo, como consecuencia del empate, competencia al presidente del tribunal para decidir.

III. LA FALTA DE NEUTRALIDAD O ASIMETRÍA DE LA REGLA DEL ART. 127 INC. 2º DE LA CONSTITUCIÓN

El art. 127 inc. 2º de la CPR consagra para la reforma de la Constitución una regla de la mayoría calificada general de 3/5 y, para los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, de 2/3 de los senadores y diputados en ejercicio. Así, el art. 127 inc. 2º consagra una regla de la mayoría calificada asimétrica de 2/3 cuya posición por defecto es el *statu quo* constitucional. Una de las alternativas de decisión, la de reforma constitucional, requiere el apoyo de 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. La otra alternativa de decisión, correspondiente a rechazar la reforma constitucional y mantener la disposición vigente en similares términos, requiere del apoyo de 1/3+1 o de los diputados o de los senadores en ejercicio. Esto quiere decir que una minoría de 1/3 (o de 2/5) + 1 de los diputados o de los senadores en ejercicio puede impedir la reforma de cualquiera de los capítulos señalados de la Constitución de 1980. Dada la asimetría de la regla, resulta mucho más sencillo mantener el *statu quo* constitucional que modificarlo.

Por ejemplo, supóngase se presenta un proyecto de reforma constitucional para derogar “los derechos de los particulares sobre las aguas” consagrado en el art. 19 Nº 24 inc. 11 de la Constitución.¹⁶ Para tal modificación (del cap. III) se requiere, conforme al art. 127 inc. 2º CPR, de la aprobación de los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio.¹⁷ La regla funciona (para el caso de los 155 diputados) como se explica en el siguiente esquema:



¹⁶ De hecho, el proyecto se presentó y fue rechazado por la asimetría de la regla del art. 127 inc. 2º de la Constitución. Véase al respecto: SENADO, “Proyecto de reforma constitucional sobre dominio público de las aguas”, Moción Parlamentaria, *Boletín* n° 6124-09, 30-09-2008, en línea: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=6124-09, visitado el 6 de abril de 2020.

¹⁷ Dado que el art. 127 inc. 2º CPR indica que se requiere del voto favorable de los diputados y senadores en ejercicio, las abstenciones deben considerarse, *a contrario sensu*, como votos contrarios a la reforma y favorables al *statu quo* constitucional. En el esquema, los votos negativos incluyen las abstenciones y las ausencias.

Para *reformular* el derecho de propiedad sobre las aguas se requiere a lo menos 103 votos a favor en la Cámara. Esto quiere decir que para *mantener* el derecho de propiedad sobre las aguas en la Constitución de 1980 son suficientes sólo 53 votos en la Cámara (o 15 votos en el Senado). Al impedir la reforma, las minorías políticas bajo la Constitución de 1980 (15 senadores o 53 diputados) reciben un poder de veto para decidir mantener el *statu quo* constitucional.

La regla del art. 127 inc. 2º de la Constitución no respeta ni la responsividad de un voto ni la neutralidad. Sin perjuicio de que la vulneración de la condición de responsividad de un voto es de toda significación política, no es de extrañar que la crítica a la regla de decisión del art. 127 inc. 2º se haya concentrado casi exclusivamente en su falta de neutralidad.¹⁸ Pues es evidente el corrosivo sentido político que tiene el asignar un valor inferior a los votos de quienes quieren reformar la Constitución y el asignar un mayor valor a los votos de quienes apoyan el orden constitucional de la dictadura cívico-militar. Su abierta falta de neutralidad queda de manifiesto en el simple hecho de que la mayoría calificada de 2/3 o de 3/5 no se exige para *mantener* el orden constitucional heredado de la dictadura cívico-militar, sino sólo para *reformularlo*. Y esto resulta del todo paradójico cuando se quiere defender aplicación de la regla de la mayoría calificada del art. 127 inc. 2º de la Constitución en base a la idea de que gracias a ella se llegarían a consensos o “amplios acuerdos compartidos” en materia constitucional. Pues si es cierto que, como insisten los defensores de la regla asimétrica, la exigencia de 2/3 se justifica como una vía para alcanzar amplios consensos políticos, entonces la conclusión obvia es que la mantención del orden constitucional de la dictadura no puede considerarse ni el producto ni el reflejo de un consenso político amplio o básico, precisamente en la medida en que para su mantención se requiere sólo de 1/3 de los diputados o senadores en ejercicio.¹⁹ La Constitución vigente sólo puede ser descrita como la voluntad de 1/3 de una de las cámaras.²⁰

¹⁸ JIMÉNEZ, Guillermo; MARSHALL, Pablo; MUÑOZ, Fernando, “La debilidad de las súper-mayorías”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, XLI (2), p. 362; ATRIA, Fernando, *La Constitución tramposa*, LOM ediciones, Santiago, 2013, p. 50; SIERRA, cit (n. 14), p. 16; BUSCH, Tania; QUEZADA, Flavio, “Regla de la mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile”, *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, 2013, 78, 1, pp. 144-151.

¹⁹ RAE, Douglas, “The Limits of Consensual Decision”, *The American Political Science Review*, 1975, 69 (4), pp. 1278 y ss.

²⁰ Para una crítica más extensa a la regla de la mayoría calificada asimétrica del art. 127 inc. 2º de la

IV. RESPONSABILIDAD DE UN VOTO Y LA REGLA DEL ART. 133 INC. 3º DE LA CONSTITUCIÓN

Más relevante en el presente escenario de redefinición constitucional es contrastar las propiedades estructurales de la regla de los 2/3 del art. 127 inc. 2º con la regla de 2/3 del acuerdo por la paz y la nueva Constitución consagrada en el art. 133 inc. 3º de la Constitución. Ambas reglas tienen en común sólo la fracción de 2/3. Su diferencia, sin embargo, es crucial: el resultado por defecto, esto es, el resultado que se impone cuando no se alcanza una mayoría de 2/3 del art. 133 inc. 3º, no es el *statu quo* constitucional –esto es, la Constitución de 1980. Las disposiciones de la Constitución de 1980 no permanecerán en el texto constitucional en caso de que el órgano constituyente no pueda superar el veto de una minoría de 1/3. Esto quiere decir que 1/3 del órgano constituyente puede evitar una decisión de la mayoría, pero no puede imponer a la mayoría la Constitución de 1980 (como ocurre a consecuencia del art. 127 inc. 2º de la Constitución).²¹

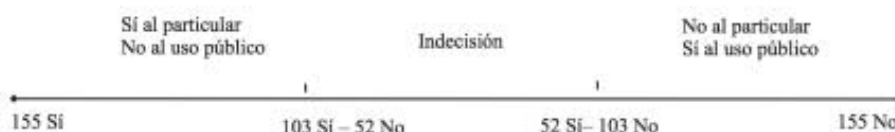
Esta diferencia ha sido explicada en la discusión pública apelando al concepto de “hoja en blanco”: no alcanzar una decisión por el órgano constituyente no trae como consecuencia la vigencia de la Constitución de 1980, porque no se está modificando el actual documento constitucional, sino escribiéndose sobre una hoja sin contenidos.²² Considérese el ejemplo anterior: ahora el órgano constituyente se pregunta si debe consagrar un derecho de propiedad sobre las aguas a favor de los particulares, o si en cambio debe considerar el agua un bien nacional de uso público. Si el órgano constituyente tuviere 155 miembros (por tomar el número de diputados),

Constitución, véase Pardo, cit. (n. 5), pp. 479-488.

²¹ Esto, pues el establecimiento del órgano constituyente supone la realización de un plebiscito “de entrada” mediante el cual el pueblo ya aprobó la idea de una nueva Constitución. Esta aprobación hace imposible volver a la Constitución de 1980: su falta de vigencia futura ya habrá sido decidida por el plebiscito, por lo que el veto de la minoría que la favorece se disuelve con ella.

²² Véase la Noticia: “Más de 30 abogados constitucionalistas explican controversias por quórum de 2/3 en acuerdo para una nueva Constitución”, publicada en *El Desconcierto*, 17 de noviembre de 2019, disponible en línea: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/17/mas-de-30-abogados-constitucionalistas-explican-controversias-por-quorum-de-2-3-en-acuerdo-para-una-nueva-constitucion/>, visitado el 6 de abril de 2020.

la regla de los 2/3 del acuerdo funcionaría de la siguiente forma:



Conforme al art. 133 inc. 3º de la Constitución, para que el órgano constituyente tome cualquier decisión, debe contar con el apoyo de los 2/3 de sus miembros. Es decir, 1/3 de los miembros del órgano constituyente pueden impedir una decisión de la mayoría del órgano: tiene un derecho de veto. Pero este veto es puramente *suspensivo*: el tercio puede impedir una decisión del órgano constituyente, pero no imponer su voluntad de mantener el *status quo* por sobre la del órgano constituyente. En todo el espacio en que no se logre alcanzar los 2/3 a favor de alguna de las alternativas, cualquiera, la convención constitucional *no decidirá*.²³

La regla del art. 133 inc. 3º de la Constitución, cómo se aprecia en la figura más arriba, respeta la condición de neutralidad. Ambas alternativas son igualmente perjudicadas, pues su selección como decisión del grupo requiere del mismo número de votos a favor. La satisfacción de la condición de neutralidad, que como se afirmó ha concentrado la crítica contra la regla de la mayoría calificada del art. 127 inc. 2º, parece ser paradójicamente el origen del desconcierto frente a la introducción de la regla de la mayoría calificada del art. 133 inc. 3 de la Constitución.²⁴ La doctrina y la práctica política chilenas parecen haberse concentrado en tal grado en la insatisfacción de la neutralidad del art. 127 inc. 2º de la Constitución, —esto es, en el tratamiento desigual de las alternativas de decisión— que terminaron dejando en un segundo plano el problema de la insatisfacción de la responsividad de un voto —esto es, el de la valoración desigual de los votos de una asamblea u órgano colectivo.²⁵ El desafío que impone la nueva regla del art. 133 inc. 3º de la

²³ Sobre la relevancia de los casos de indecisión producidos por las reglas de la mayoría calificada simétricas, véase GOODIN y LIST, cit. (n. 13), pp. 219 y ss.

²⁴ Véase por ejemplo el punto 4, *in fine*, del documento de AA.VV., “El acuerdo por la paz y la nueva Constitución no es una trampa”, opinión publicada en *Ciper Chile*, 18 de noviembre de 2019, disponible en línea: <https://ciperchile.cl/2019/11/18/el-acuerdo-por-la-paz-social-y-la-nueva-constitucion-no-es-una-trampa/>, consultada al 6 de abril de 2020.

²⁵ La relevancia de la distinción entre reglas simétricas y asimétricas es introducida para este contexto en PARDO, cit. (n. 5), pp. 461-464.

Constitución es la de obtener elementos para su justificación, interpretación e implementación que puedan evaluar críticamente la insatisfacción de la responsividad de un voto incluso frente a reglas de decisión –como el art. 133 inc. 3º– que respetan la neutralidad o simetría de las alternativas. En otras palabras, el problema de teoría constitucional es evaluar las razones que favorecen o desfavorecen la desigualdad del voto de los convencionales constituyentes, incluso ante alternativas neutralmente perjudicadas en pos de favorecer un mayor margen de indecisión colectiva.

V. EL DÉFICIT DE JUSTIFICACIÓN DE LA REGLA DE LA MAYORÍA CALIFICADA DEL ART. 133 INC. 3º DE LA CONSTITUCIÓN

Buena parte de las críticas que se han dirigido contra la regla del acuerdo por la paz y la nueva Constitución se despejan cuando se aclara su radical diferencia con los 2/3 de la Constitución de 1980. Esto no significa, sin embargo, que la regla de los 2/3 del art. 133 inc. 3º se encuentre libre de problemas. Entenderlos es de suma importancia para evitar sus efectos perniciosos y para comprender los efectos que podría generar.

La regla de la mayoría calificada simétrica del art. 133 inc. 3º cuestiona tanto la igualdad del voto de los convencionales constituyentes como el carácter decisivo de la propia convención constitucional. La única regla de decisión que respeta la igualdad del voto de cada uno de los miembros de un grupo de decisión es la regla de la mayoría: que 78 votos puedan derrotar a 77 significa que todos los votos valen 1. Si 102 votos, en cambio, son incapaces de derrotar a 53 votos, cada uno de los 53 votos vale más (1,25) que cada uno de los 102 (0,75).²⁶ Por ello, la regla de la mayoría es la regla por defecto de todas las asambleas y parlamentos del mundo. La igualdad del voto constituye la consecuencia natural de que cada representante del órgano constituyente reciba, en principio, un mandato general y representativo: los convencionales constituyentes representan a todo el electorado por igual; por ello su poder de decisión debe ser igualitario.²⁷ Los vetos y las votaciones desiguales son propias de regímenes estamentales o corporativistas.²⁸ La igualdad del voto

²⁶ Véase SIERRA, cit. (n. 14), p. 15.

²⁷ Este argumento se desarrolla extensamente en PARDO, Diego, *Das Rechtfertigungsdefizit des qualifizierten Mehrheitserfordernissen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 61-67.

²⁸ Brevemente al respecto, HOFMANN, Hasso, *Legitimität und Rechtsgeltung: Verfassungstheoretische*

también constituye la consecuencia natural de la integración proporcional del órgano constituyente: el beneficio de la proporcionalidad en la integración se distorsiona si ella desemboca en una desproporcionalidad en la votación. Adicionalmente, si todos los votos valieran lo mismo, la deliberación en la convención se llevaría a cabo entre pares que pueden considerarse como iguales. Saber, al contrario, que la deliberación terminará en una votación desigual altera la determinación de las alternativas de decisión, los términos del debate y la presentación de los argumentos en la deliberación.²⁹ Los deliberantes tienden a convencer a los extremos y no a la mayoría, y los extremos obtienen una posición argumentativa privilegiada en tanto dotados de un poder de veto en la votación.³⁰

La versión simétrica de la regla de 2/3 del art. 133 inc. 3º de la Constitución fuerza a apreciar en términos relativamente distintos la discusión heredada acerca de la regla de 2/3 asimétrica favorable al *statu quo*. Ya su justificación no puede apelar a las (cuestionables)³¹ virtudes de proteger el *statu quo* constitucional ni a la extensa, aunque no por ello justificada, utilización de la regla de la mayoría calificada como mecanismo de rigidez constitucional en el derecho comparado.³² La justificación del art. 133 inc. 3º de la Constitución debe referirse concretamente a los beneficios de imponer una desigualdad en la valoración de los votos en un grupo de decisión con el fin de favorecer

Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 90.

²⁹ Compárese con CHRISTIANO, Thomas, "The Significance of Public Deliberation", en: BOHMAN, J.; REHG, W. (Eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 250 y ss.; HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, p. 142. Además véase, *mutatis mutandis*, KNIGHT, Jack; JOHNSON, James, "What Sort of Political Equality Does Deliberative Democracy Require?", en: BOHMAN y REHG, *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, cit., p. 279: "The pluralist character of 'the people' (...) requires that a democratic institutional arrangement generate binding political decisions through processes (...) where, from the perspective of the participants, outcomes are not known ex ante. (...) [In] principle at least, the material interest, cultural attachments or ethical commitments of particular participants are not privileged in advance. So outcomes depend on the actions of participants, not on their prior position or characteristics. Second, the outcomes of democratic decision making reflect interdependence both in the sense that no particular individual or group can unilaterally dictate an outcome and, consequently, in the sense that the actions of any participant will, in part, be premised upon her expectations of what relevant others are likely to do".

³⁰ Un desarrollo de estos argumentos se encuentra en PARDO, cit. (n. 27), *passim*.

³¹ Las razones por las cuales sería a los menos cuestionable proteger *ex ante* el *statu quo* pueden encontrarse en SADURSKI, cit. (n. 6), p. 65.

³² GOSSERIES, Axel, "The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity", *Ratio Juris*, 2014, 27 (4), p. 528, incluso ha llegado recientemente a afirmar: "a legal provision is 'rigid' whenever amendment rules require more than a simple majority". Esto es, desde luego, incorrecto.

que una minoría de la convención impida la decisión de la convención. La pregunta por la justificación de la regla del art. 133 inc. 3º de la Constitución equivale a preguntarse si contribuye a la legitimidad de las decisiones de la convención constitucional el distribuir entre los convencionales un derecho de voto desigual para permitirles impedir una decisión.

a) El consenso constitucional y la regla de la mayoría calificada

Acaso la justificación de la regla de 2/3 que con mayor asiduidad emerge en la discusión doctrinaria apela al concepto de consenso básico o fundamental.³³ No sólo entre quienes activamente defienden la regla de la mayoría calificada asimétrica favorable al *statu quo*,³⁴ sino también entre quienes aceptan como razonable la regla simétrica de 2/3 del “acuerdo”,³⁵ se encuentra muy extendida la creencia de que “los quorum reforzados” serían una vía adecuada y justificable en orden a asegurar que la nueva Constitución sea expresiva de “acuerdos ampliamente compartidos”. Bajo este concepto, de hecho, fue defendido el acuerdo por la paz y nueva Constitución por parte de un numeroso grupo de académicas y académicos promotores del cambio constitucional,³⁶ pues la idea no es ajena a la discusión chilena anterior al “acuerdo”.³⁷

³³ Véase HEUN, Werner, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen, Struktur, Begrenzungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 176 y ss., para un panorama en este contexto, con más referencias.

³⁴ El paradigma en nuestro medio es representado por VERDUGO, Sergio, “Regla de la mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales”, *Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo)*, 2009, 20 (II), pp. 628 y s. (con más referencias). Véase también las afirmaciones de FERNANDOIS, Arturo, “El cuórum de 2/3 es la esencia de una Constitución”, entrevista en *Radio Pauta*, 30 de noviembre de 2019, opinión disponible en línea: <http://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/24099-profesor-arturo-fermandois-el-cuorum-de-2-3-es-la-esencia-de-una-constitucion>, consultada el 7 de abril de 2020. “El cuórum de 2/3 (...) [es] precisamente lo que garantiza que va a ser una Constitución que represente un consenso mínimo amplio de la sociedad”.

³⁵ Así, por ejemplo, defiende la regla Sebastián AYLWIN, quien integró la mesa técnica designado por el Partido Comunes. V. AYLWIN, Sebastián, “Quorum de 2/3 y hoja en blanco. ¿Cuán lejos de Jaime Guzmán se redactará la nueva Constitución?”, opinión publicada en *Ciper Chile* (Ciper Académico), 21 de enero de 2020, disponible en línea: <https://ciperchile.cl/2020/01/21/quorum-de-2-3-y-hoja-en-blanco-cuan-lejos-de-jaime-guzman-se-redactara-la-nueva-constitucion/>, consultada el 7 de abril de 2020.

³⁶ Véase, al respecto, el documento de AA.VV., cit. (n. 24). El autor se encuentra entre los firmantes (262 en total), con la obvia prevención en el punto 4 del manifiesto.

³⁷ Véase VERDUGO, cit. (n. 4), pp. 417-430; SIERRA, cit. (n. 14), pp. 15-16. La extensión de este lugar común no es de extrañar: el origen de esta vinculación entre regla de la mayoría calificada y consenso fundamental ya puede rastrearse, acaso paradójicamente, en ROUSSEAU. Al respecto, BEITZ, cit. (n. 9), pp. 50-55. La justificación contractual tanto del nacimiento de, como de la pertenencia a, una asociación

La idea de que la regla de la mayoría calificada serviría al propósito de alcanzar amplios acuerdos constitucionales se ha revigorizado gracias a la incorporación del art. 133 inc. 3º de la Constitución. Esta justificación se presenta en doctrina por dos vías de argumentación íntimamente relacionadas. Por una parte (a), la regla podría justificarse como una consecuencia de la distinción entre decisión y consenso: la amplia zona de casos de indecisión que fuerza la regla simétrica de 2/3 forzaría a los partícipes a aplazar la decisión en pos de la búsqueda de un acuerdo. Por otra parte (b), la regla podría justificarse gracias a la distinción entre decisión colectiva y consentimiento individual: la regla permitiría que las minorías puedan prestar su consentimiento a la decisión colectiva.

El primer argumento sostiene que sería fundamental para una “democracia republicana”, en los términos del constitucionalista alemán Werner MAIHOFFER, que se alcancen “tantos acuerdos como sea posible, tantas decisiones de la mayoría como sea imprescindible”.³⁸

“es evidente que para las decisiones de los poderes públicos en una *democracia organizada según los principios republicanos*, el principio republicano del acuerdo tiene primacía sobre el principio democrático de la decisión de la mayoría. Pues si, conforme al principio republicano, la legitimación óptima de las decisiones de los poderes públicos se identifica sólo con el mayor grado posible de identidad con los intereses y la voluntad de los gobernados, como en el caso del consenso entre gobernantes y gobernados, entonces las decisiones conforme al principio democrático, esto es por mayoría y bajo disenso, sólo puede aspirar a la *legitimidad relativa* de una decisión de emergencia”.³⁹

política condujo en el constitucionalismo temprano a la consideración de las constituciones como el producto y la expresión del consentimiento efectivo de los asociados. Esto presupondría la unanimidad en el contrato social. Ilustrativo en este contexto es JELLINEK, Georg, *Das Recht der Minoritäten*, Alfred Holder, Viena, 1898, pp. 9-13. Sobre este desarrollo véase, además, JÄGER, Wolfgang, “Mehrheit, Minderheit, Majorität, Minorität”, en: BRUNNER, v. Otto; CONZE, Werner; KOSELLECK, Reinhart (Eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. III, Stuttgart, Klett-Cotta, 2004, pp. 1025-1032, y HOFMANN, Hasso; DREIER, Horst, “Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz”, en: SCHNEIDER, H.P.; ZEH, W. (Dir.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: ein Handbuch*, De Gruyter, Berlin - New York, 1989, p. 166.

³⁸ MAIHOFFER, Werner, “Prinzipien freiheitlicher Demokratie”, en: BENDA, E., MAIHOFFER, W.; VOGEL, H. (Eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, De Gruyter, Berlin, 1995, p. 472.

³⁹ MAIHOFFER, cit (n. 38), p. 474.

Así, mientras las decisiones de la mayoría emergerían como un deber heterónomo para quienes disienten, el principio del consenso expresaría en cambio una mayor identidad de intereses entre el grupo de decisión y los destinatarios de las decisiones colectivas. Esto contribuiría a la legitimidad porque “los intereses de todos los involucrados son considerados de manera más óptima en comparación a los casos de regulaciones unilaterales tomadas por quienes tienen el poder de decisión”.⁴⁰

Este argumento se vincula con la extendida opinión según la cual la regla de la mayoría constituiría una mera aproximación a la regla de decisión ideal por antonomasia: la unanimidad.⁴¹ El presupuesto de esta opinión radica en que las mayorías impondrían su decisión a las minorías: así, una decisión sería, en términos ideales, más legítima mientras menor sea el número de individuos disidentes forzados a obedecerla.⁴² Así, para Maihofer, las “decisiones tomadas por la mera mayoría de los involucrados, en tanto no sean necesarias, [no tienen] ninguna justificación”.⁴³

Hasta aquí sin embargo no deja reconocerse ningún argumento a favor de la mayoría calificada, menos a favor de su aplicación en asambleas representativas. Por supuesto es correcta la idea conforme a la cual los procedimientos de formación de la voluntad colectiva deben estructurarse con el objetivo de que sus resultados sean reconocidos como válidos por la mayor cantidad de destinatarios posible. Los procedimientos de decisión políticas se encuentran en general estructurados para alcanzar el mayor grado de consenso o de aceptación posible, y cuando tal aceptación es alcanzada puede considerarse que tales decisiones son al menos *prima facie* legítimas.⁴⁴ Sin embargo, la idea de alcanzar el mayor grado de participación y de consenso de todos los involucrados no se opone a la toma de decisión por mayoría. Pensar que *debe preferirse* el principio del consenso al principio de la mayoría equivale a pensar que debe preferirse la pretensión de obtener el consentimiento de

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Ya en BURKE, Edmund, *Appeal from the new to the old whigs*, citado por STREIFTHAU, Klaus, *Die Souveränität des Parlaments: Ein Beitrag zur Aufnahme des Souveränitätsbegriffes in England im 19. Jahrhundert*, Fischer, Stuttgart, 1963, p. 102, nota 395. Véase además, Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Scientia, Aalen, 1963, pp. 24 y ss; HEUN, cit. (n. 33), pp. 100 y ss.

⁴² Véase HOFMANN y DREIER, cit. (n. 37), p. 189.

⁴³ MAIHOFFER, cit. (n. 38), p. 475.

⁴⁴ Por ejemplo, ZIPPELIUS, Reinhold, “Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat”, en: ACHTERBERG, N.; KRAWIETZ, W. (Eds.), *Legitimation des modernen Staates. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1981, 15 (1981), pp. 87 y ss.

la mayor cantidad de destinatarios posibles al principio conforme al cual la decisión tomada por una mayoría debe considerarse la decisión del grupo. Pero por supuesto ambos principios –el procedimiento deliberativo abierto e inclusivo y el principio de la mayoría– son completamente compatibles. Este argumento podría querer afirmar, interpretado caritativamente, que todo procedimiento de formación de la voluntad colectiva que permita y estimule la toma de decisiones por parte del grupo más amplio posible de partícipes debe preferirse a los procedimientos de formación de la voluntad colectiva que aspiran al reconocimiento de sólo una parte de los destinatarios. Pero el principio de la mayoría no aspira al reconocimiento excluyente de la mayoría, ni menos a ignorar a las minorías y excluir sus aportes a la deliberación pública. El principio de la mayoría y el principio del acuerdo no son mutuamente excluyentes; y la contraposición entre consenso y decisión, en procedimientos deliberativos ordenados y formalizados, resulta en último término engañosa.

b) Legitimidad bajo la amenaza de un veto de la minoría

El argumento a favor de la regla de la mayoría calificada no puede obtenerse de la equívoca contraposición entre el principio del consenso y el de la decisión.⁴⁵ Incluso ante un consenso amplio es necesario tomar una decisión; y la pregunta no es si puede renunciarse a ella, sino cuál regla de decisión debe gobernar el proceso de formación de la voluntad colectiva. En realidad, el argumento central a favor de la regla de la mayoría calificada radica en la idea de que una decisión consentida por el mayor número de destinatarios sería más legítima que una decisión rechazada por una parte de sus destinatarios. Así, una decisión unánime sería más legítima que una decisión de la mayoría; y, luego, una decisión tomada por una mayoría de 2/3 sería más legítima que una decisión tomada por la mitad más uno. La conclusión de este argumento pareciera ser que las reglas de decisión que se aproximen a la regla de la unanimidad serían progresivamente más legítimas, pues asegurarían el mayor espacio de libertad al individuo: “los costos externos de la acción colectiva”, en la influyente formulación de Buchanan y Tullock, serían minimizados.⁴⁶

⁴⁵ Rasgos evidentes de tal equívoca contraposición pueden encontrarse en la influyente obra de Arendt Lijphart. En particular, véase Lijphart, cit. (n. 7); y Lijphart, Arend, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, Yale University Press, New Haven, 2012.

⁴⁶ Buchanan, James; Tullock, Gordon, *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*, University of Michigan Press, Michigan, 2008, pp. 85 y ss. y 88.

Un derecho de veto suspensivo, como el del art. 133 inc. 3º de la Constitución, contribuiría a la legitimidad de las decisiones de la convención constitucional porque aseguraría procedimentalmente que las decisiones sean tomadas con el consentimiento de las minorías: una decisión tomada por mayoría calificada contaría con un consentimiento de más convencionales que una decisión tomada por la mayoría (absoluta o simple). En palabras del célebre constitucionalista Konrad HESSE:

“En los casos en que se requiere para una decisión de una mayoría calificada se aproximan el principio de la mayoría y el principio del consenso. En esto se expresa el significado del acuerdo libre para el orden básico democrático: los fundamentos de este orden deben basarse en el más amplio reconocimiento y consentimiento posible, porque sólo el reconocimiento y el consentimiento garantizan la solidez de lo público. Que una minoría de bloqueo [*Sperrminorität*] pueda por esta vía oponer su voluntad a la voluntad de la mayoría debe aceptarse no sólo en pos de este resultado integrador, sino también en interés de la protección de las minorías”.⁴⁷

Este argumento, convincente a primera vista, descansa sin embargo sobre presupuestos tan frágiles y equívocos, que su conclusión no puede ser generalizada. El argumento descansa en particular en dos premisas muy cuestionables.

En primer lugar, confunde la aceptación efectiva de los destinatarios de las decisiones colectivas con la legitimidad normativa de una decisión. Es evidente que los destinatarios de las decisiones colectivas —en este caso, los destinatarios del nuevo orden constitucional a ser plebiscitado— pueden aceptar en los hechos una decisión ilegítima; de la misma forma en que los convencionales constituyentes pueden en los hechos tomar una decisión —por 2/3 o por unanimidad— que desde el punto de vista normativo debe ser considerada ilegítima. Sin más, no puede deducirse la legitimidad de una decisión colectiva de su votación favorable en la convención.⁴⁸ La discusión relevante acerca de la contribución a la legitimidad de las reglas de decisión colectiva se plantean en estricto rigor en el marco de un concepto normativo de legitimidad: la pregunta es si la regla de los 2/3 contribuye de manera más efectiva que la regla de la mayoría a la aceptación como justificada de

⁴⁷ HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 64 y ss.

⁴⁸ Compárese sin embargo con ZIPPELIUS, cit. (n. 44), pp. 88-94.

las decisiones (no) tomadas por la convención de parte de sus destinatarios. Pero que la convención constitucional (no) haya tomado una decisión por 2/3 —o por unanimidad, si se quiere— no representa ninguna razón, sino a lo más un indicio, para considerar tal (in)decisión como justificada.⁴⁹

De hecho, considerar el (no) haber tomado una decisión por los 2/3 como legítimo —o como un “acuerdo ampliamente compartido”—, depende decisivamente de la regla de decisión que gobernó el procedimiento de formación de la voluntad colectiva. Una decisión (no) tomada por los 2/3 de la convención no equivale, desde el punto de vista normativo, a una decisión que *debió* ser tomada por los 2/3 de la convención.⁵⁰ Un “acuerdo ampliamente compartido” que (no) se alcanzó forzado por, o a consecuencia de, una regla de decisión que otorga un veto suspensivo a la minoría de la convención no puede considerarse igualmente legítimo que un consenso alcanzado libremente, esto es, sin la amenaza de que la minoría podrá bloquear el procedimiento de formación de la voluntad colectiva. De hecho, entonces, la regla de los 2/3 no permite, sino al contrario obstaculiza, considerar las decisiones de la convención constitucional como un consenso amplio alcanzado libremente. La regla de los 2/3, a lo más, permite interpretar las decisiones de la convención constitucional como una voluntad no rechazada por ninguna minoría de 1/3.

En segundo lugar, este argumento a favor de la regla de los 2/3 como aproximación al consenso básico o amplio confunde el carácter de las votaciones de la convención constitucional con el consentimiento de los destinatarios de la decisión. El argumento considera que mientras más alta sea la exigencia de mayoría en las votaciones de la convención habría un mayor consentimiento de los destinatarios de la decisión. Es decir, una distribución desigual del derecho de voto en la convención constitucional contribuiría a la aceptación de las decisiones de la convención (en tanto justificadas), en la medida en que precisamente tal desigualdad posibilitaría

⁴⁹ Sobre el concepto normativo de legitimidad, véase HABERMAS, Jürgen, “Legitimationsprobleme im modernen Staat”, en: KJELMANSEGG, P., *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1976, p. 39, donde sugiere como concepto de legitimidad la “Anerkennungswürdigkeit einer politischen Ordnung” (la capacidad de un sistema político de ser digno de reconocimiento). Véase además, fundamental, HABERMAS, Jürgen, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985, pp. 203-305.

⁵⁰ DAHL, Robert, *Democracy and its critics*, Yale University Press, New Haven, 1989, p. 153, expresa este argumento, que evoca la falacia naturalista: “it is one thing to say that if everyone approves a policy it surely ought to be adopted (the Pareto principle). And it is quite another to say that a policy should be adopted *only if* everyone approves”.

que la mayor cantidad de destinatarios presten su consentimiento. Este argumento presupone, así, que el voto de los convencionales constituyentes representa o expresa el consentimiento de los destinatarios, de forma tal de que el consentimiento de 2/3 representaría el consentimiento de más destinatarios.

Esta extendida intuición es falsa tanto por razones conceptuales como por razones contextuales. Conceptualmente, a este argumento subyace una confusión entre votaciones representativas y consentimiento.⁵¹ Considerar que la minoría de la convención presta el consentimiento de la minoría de los destinatarios es tan falso como considerar que la mayoría de la convención (o del Congreso) otorga el consentimiento de la mayoría de los destinatarios.⁵² Esto equivale a dar por resuelto precisamente el problema que se discute, socavando con ello el carácter heterónomo de las decisiones representativas.⁵³ Es un *non sequitur* deducir un mayor consentimiento de los destinatarios del hecho de que una decisión haya sido tomada por los 2/3 de los convencionales constituyentes. En realidad, por razones conceptuales, las decisiones (o la falta de decisión) es acordada por la “convención constitucional” en tanto órgano colectivo, no por sus 2/3; y la (in)decisión debe pretender alcanzar, no presuponer, el consentimiento de todas y todos los destinatarios.

Esta réplica se refuerza en el presente contexto del acuerdo y de la reforma constitucional. Pues la decisión colectiva tomada por la convención constitucional se encuentra sometida al plebiscito ratificatorio consagrado en el art. 142 de la Constitución. Es decir, precisamente la propia Constitución

⁵¹ Así HESSE, cit. (n. 47), p. 63: “dado que el acuerdo con toda seguridad corresponde a los intereses de los gobernados y que el cumplimiento de la decisión tomada puede depender del consentimiento de los afectados, se deja reconocer una tendencia hacia el principio del acuerdo también en la práctica política”. Así también, BOBBIO, Norberto, “Die Mehrheitsregel: Grenzen und Aporien”, en: GUGGENBERGER, B.; OFFE, C. (Eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie: Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984, pp. 111 y ss.: “si el problema [de la regla de decisión colectiva] se considera bajo el aspecto de los valores de la libertad y la igualdad, entonces parece no haber duda de que dichos valores serían garantizados en mejor medida por la regla de la unanimidad que por la regla de la mayoría.

⁵² Por eso la idea del parlamentarismo moderno evoca la teoría de Sir Thomas SMITH, según la cual el consentimiento del parlamento es “taken to be every man’s consent”. Al respecto, LLOYD, Howell, “Constitutionalism”, en: BURNS, J. H. (Ed.), *The Cambridge History of Political Thought 1450–1700*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 274.

⁵³ Así, correctamente KJELMANSEGG, Peter, *Das Experiment der Freiheit*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1988, pp. 62 y ss.; además BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Demokratie und Repräsentation: zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion”, en: BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, pp. 381 y ss.

impide considerar la decisión de la convención constituyente como un “amplio acuerdo” expresivo del consenso de los destinatarios. Si fuera cierto que la decisión de 2/3 representa un “acuerdo ampliamente compartido” consentido por los destinatarios, el plebiscito del art. 142 sería espurio. Y el plebiscito del art. 142 se resolverá, por muy buenas razones, mediante la regla de la mayoría. Para que la decisión de la convención constitucional pueda ser considerada un consenso político amplio deben cumplirse varias condiciones procedimentales, muchas de las cuales poco tienen que ver con la regla de la mayoría calificada.

c) La indecisión de la convención constitucional

La conclusión negativa de la sección anterior es que la desigualdad del voto de los convencionales constituyentes generada por el art. 133 inc. 3º de la Constitución no se justifica como una vía para asumir, en términos generales, que las decisiones (no) tomadas por la convención constitucional constituyen un “amplio acuerdo compartido” o un consenso básico ampliamente legitimado. Si la (in)decisión de la convención constitucional admite ser reconocida como legítima en tanto consenso básico depende de instituciones procedimentales y deliberativas distintas de la regla de la mayoría calificada de 2/3, no en cambio del hecho de hacer depender la decisión del veto suspensivo de una minoría de los convencionales.

La segunda consecuencia de la regla de decisión del art. 133 inc. 3º, además de la vulneración de la igualdad del voto de los convencionales constituyentes, es la relajación del carácter decisivo de la convención constitucional. La regla de decisión del art. 133 inc. 3º hace que la convención no pueda tomar una decisión en los casos en que ninguna de las alternativas alcance el voto favorable de los 2/3 de los convencionales. Esta consecuencia estructural de la regla de los 2/3 del acuerdo podría ser usada para justificar su implementación en el proceso de creación de una nueva Constitución. Así, la regla de los 2/3 podría reducir las decisiones de la convención constitucional a aquellos casos en que se presente un acuerdo entre los 2/3 de los convencionales: cuando no exista tal resultado no habría una decisión del órgano constituyente. En otras palabras, este argumento afirma que la regla del art. 133 inc. 3º se justificaría porque sería razonable esperar que la falta de decisión de la convención constitucional obtenga un mayor reconocimiento como legítima que la decisión de la convención

tomada por una mera mayoría simple o absoluta de sus convencionales.⁵⁴

¿Por qué podría pensarse que no tomar una decisión sería más legítimo que una decisión mayoritaria de la convención? Una primera razón para pensar que la falta de decisión podría aspirar a mayor legitimidad que la decisión mayoritaria ha emergido, curiosamente, del lado de los constitucionales que se han posicionado críticamente frente a la mayoría calificada del art. 127 inc. 2º para la reforma constitucional. A diferencia de esta regla que favorece el *statu quo*, sostiene este argumento, las materias no decididas por la convención constitucional producto del art. 133 inc. 3º de la Constitución debieran ser, en último término, materias de decisión legislativa. Y para tales materias, parece suponer este argumento, la decisión legislativa posterior debiera someterse no a una mayoría calificada, sino a la regla de la mayoría simple o absoluta. Así, el art. 133 inc. 3º de la Constitución fuerza a que la convención constitucional no tome decisiones demasiado concretas, con el fin de que sean resueltas por el legislador ordinario una vez la nueva Constitución se encuentre aprobada.⁵⁵

Un segundo argumento podría sostener, en íntima conexión con la discusión anterior (*supra*, b), que una decisión de la convención constitucional tomada por regla de la mayoría podría afectar los intereses de las minorías.⁵⁶ Y relacionado con esto, que la regla de los 2/3 forzaría a que las decisiones de la convención constitucional gocen de un grado de abstracción suficiente como para englobar o integrar los intereses de las minorías.⁵⁷ Dado que

⁵⁴ GAUS, Gerald, "The (Severe) Limits of Deliberative Democracy as the Basis for Political Choice", *Theoria*, 2008, 55 (117), pp. 26-53, ha desarrollado un interesante, aunque incorrecto, argumento en este sentido. El argumento es incorrecto porque confunde un concepto descriptivo (apoyo efectivo a una decisión) con uno normativo (regla de decisión).

⁵⁵ Véase sin embargo AYLWIN, cit. (n. 35), quien bajo el párrafo de "integridad" considera, equivocadamente, que la "presión de la ciudadanía debiese favorecer (...) a la minoría en aras de una Constitución íntegra". Aylwin en este punto parece no considerar adecuadamente las propiedades estructurales de la regla de la mayoría calificada simétrica.

⁵⁶ Para una introducción, HEUN, cit. (n. 33), pp. 227 y ss.; DREIER, Horst, "Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1986, 17, pp. 107 y ss.; ZIPPELIUS, cit. (n. 44), p. 91. Crítico al respecto, DAHL, cit. (n. 50), pp. 168 y ss.

⁵⁷ Así, Kelsen, cit. (n. 41), pp. 53 y ss.; Scheuner, Ulrich, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1973, pp. 55 y ss.; Heun, cit. (n. 33), pp. 251 y ss. Afirma Hillgruber, Christian, "Mehrheitsprinzip", en: Kube, H.; Mellinshoff, R.; Morgenthaler, G.; Palm, U.; Puhl, T.; Seiler, C. (Eds.), *Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, Band I, C. F. Müller, Heidelberg, 2013, p. 662, que "la exigencia de mayoría calificada, como la contemplada (...) para la reforma constitucional, no aumenta la legitimidad democrática de una decisión política, sino sirve al propósito de proteger a las minorías". El argumento no da en el blanco, pues en una democracia no se protege a todos los intereses de cualquier minoría, sino sólo a aquellas que es legítimo proteger. Una

cada grupo de 1/3+1 puede vetar suspensivamente una decisión, la regla simétrica de 2/3 o bien produce múltiples casos de indecisión en el órgano constituyente o bien incentiva la toma de decisiones abiertas, generales y abstractas.⁵⁸ Si se presenta, por ejemplo, una controversia acerca de si el tribunal constitucional debiera estar autorizado a la revisión abstracta de las decisiones legislativas, bastará con el desacuerdo de 1/3 + 1 de los convencionales para que la decisión no pueda ser tomada. Una posible salida a esta situación de indecisión sería, luego, establecer un tribunal constitucional pero no puntualizar sus atribuciones.

Todas estas posturas, aunque por razones diferentes, consideran justificado que la regla de la mayoría calificada del art. 133 inc. 3º o bien vuelva menos probable la decisión de la convención constitucional o bien fuerce a que ella adquiera un contenido general y abstracto. El argumento más utilizado, pero quizás el más equívoco y, para este caso fuera de lugar, afirma que la mayoría calificada sirve al propósito de proteger a las minorías. En el caso del art. 133 inc. 3º, sin embargo, no puede reconocerse un vínculo de justificación entre la regla de la mayoría calificada y la protección de las minorías políticas. Por de pronto, por razones conceptuales y contextuales. No constituye un derecho de las minorías políticas el poder bloquear una decisión de un órgano colectivo.⁵⁹ Y adicionalmente los derechos de las minorías políticas no están en juego en el procedimiento de creación constitucional regulado en los arts. 130 y ss. de la Constitución. La convención *no puede* afectar los derechos fundamentales de los individuos ni las minorías, porque su competencia se reduce a la mera redacción de un texto constitucional a ser ratificado plebiscitariamente (art. 135 de la Constitución), porque las minorías cuentan con vías de reclamación ante la afectación de sus procedimentales (art. 136), y porque la competencia de la convención es limitada en términos materiales (art. 135 inc. 4º).⁶⁰ El

democracia no puede eximir de la necesidad de legitimación a ningún individuo o grupo.

⁵⁸ Sobre este efecto en las decisiones comunitarias europeas, véase TSEBELIS, George, *Bridging Qualified Majority and unanimity Decision-Making in the EU*, Institut für Höhere Studien, Viena, 2013, *passim*.

⁵⁹ Véase PARDO, cit. (n. 5), pp. 480 y s. También al respecto, SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 6ª ed., pp. 32 y ss. En este argumento yace un evidente riesgo de un gobierno de la minoría o quizás de un poder constituyente de minoría. Véase DAHL, cit. (n. 50), pp. 159, 185 y ss.; en un contexto algo diferente, PITKIN, Hanna, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley, 1967, pp. 64 y ss.

⁶⁰ Sobre estas limitaciones materiales, véase MATUS, Jean Pierre, "Nueva Constitución: una hoja en blanco con tinta invisible", columna en *Ciper Chile* (Ciper Académico), 9 de enero de 2020, disponible en línea: <https://ciperchile.cl/2020/01/09/nueva-constitucion-una-hoja-en-blanco-con-tinta-invisible/>,

argumento de la protección de las minorías no es pertinente para la discusión sobre la justificación del art. 133 inc. 3° de la Constitución.

En segundo lugar, no puede descartarse que, en ciertos casos y de manera contingente, las decisiones generales y abstractas expliciten un acuerdo o un consenso entre los convencionales constituyentes. Pero, siguiendo la discusión anterior, no hay ninguna razón para asumir que, en general, toda decisión abstracta y general que tome el órgano constituyente representa un consenso que expresa sus genuinos intereses. Para que este fuera el caso, habría que demostrar que la regla del art. 133 inc. 3° de la Constitución contribuye procedimentalmente a que las decisiones que se tomen en la convención constitucional expresen intereses ampliamente compartidos. Para ello, habría que dar por demostrado precisamente lo que se encuentra en discusión: la contribución del art. 133 inc. 3° a la legitimidad de las decisiones colectivas. Es el veto que tiene 1/3 de la convención constitucional lo que fuerza a la convención a no decidir (por ejemplo, la revisión judicial preventiva). El argumento del consenso abstracto de los 2/3 pierde de vista que *la decisión en orden a no tomar una decisión* (a autorizar la revisión judicial preventiva, en el ejemplo) corresponde a 1/3 de los convencionales constituyentes incluso en los casos en que la mayoría de los convencionales estaría por tomar una decisión (a favor de la revisión judicial preventiva). El veto suspensivo sigue siendo una forma de veto minoritario, incluso cuando se trate no de favorecer el *statu quo*, sino de evitar una decisión cualquiera. Desde el punto de vista normativo, dichas decisiones abstractas y generales deberían ser el producto de una deliberación libre de la convención constitucional, no del veto de una minoría de sus convencionales: que 1/3 de la convención imponga tales decisiones abstractas y generales no contribuye a la legitimidad procedimental de las decisiones de la convención.

En ciertos contextos, podría ser beneficioso que la Constitución contenga reglas generales y abstractas. Esos beneficios, desde luego, no pueden ser evaluados de forma independiente de cómo se alcancen tales resultados. Pero, además, tales beneficios son contingentes y más limitados de lo que parece a primera vista. El amplio margen de indecisión de la convención puede conducir a la dictación de una Constitución nominal en que arriesgue devenir en irrelevante. Ello podría afectar significativamente sus posibilidades de ratificación plebiscitaria y generar adicionalmente

problemas de separación de funciones en el orden constitucional posterior. Al menos en dos ámbitos. Por una parte, una Constitución abstracta difumina la delimitación democrática que cabe reconocer entre el poder constituyente y la potestad de reforma constituida.⁶¹ Una Constitución abstracta podría conducir a que el legislador —u otras funciones constituidas— deban tomar decisiones que materialmente podrían haber sido tomadas por la convención constitucional. La Constitución podría devenir en una habilitación general al legislador para tomar decisiones que, en otros sistemas y en otros momentos constitucionales, habrían sido consideradas materias de decisión constitucional.

En principio, si esta potestad recayere indubitadamente en el legislador, el margen de objeciones democráticas se reduciría. Pero que lo no decidido por la convención quede abierto para ser discutido no implica que la discusión recaerá en la legislación. Pues no puede descartarse que la nueva Constitución distribuya las competencias de otra forma. Asumir sin más que la decisión corresponderá al legislador, sin considerar las nuevas reglas de distribución de competencias entre las potestades normativas futuras, puede ser el reflejo de un exceso de confianza que podría ocasionar una implementación subóptima de la convención constitucional. Nada asegura que la nueva Constitución no consagrará una mayoría calificada también para la legislación, sobre todo considerando el sentido performativo que tiene el hecho de que la propia convención se vea sometida a la regla de 2/3.⁶² Y todo parece indicar, paradójicamente, que las reglas de distribución de competencia en la Constitución serán también abstractas y generales. A mayor abstracción constitucional, más posibilidades existe de que las funciones constituidas entren en conflicto.⁶³ Y ese conflicto debiera resolverse echando mano o bien a las mismas reglas constitucionales abstractas y generales, o bien al ejercicio sin fundamento legal de poder político, a la costumbre o por último a las decisiones jurisprudenciales y doctrinarias tomadas bajo la vigencia de la Constitución de 1980. El amplio margen de indecisión de la convención constitucional puede conducir, en consecuencia, a una política

⁶¹ SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München - Leipzig, 1928, pp. 75-87, 99-121.

⁶² Sobre este sentido performativo, HABERMAS, cit. (n. 29) (*Faktizität*), pp. 135 y ss. Esto hace que la convención considere que una condición de legitimidad de los procesos de formación de la voluntad colectiva radica en los 2/3, lo que ciertamente es falso, como se argumenta en este trabajo.

⁶³ MÖLLERS, Christoph, *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2008, pp. 90 y ss.

sin apoyo normativo expreso en la Constitución (a un ejercicio fáctico de poder) o a la supervivencia, por vía jurisprudencial e interpretativa, de la Constitución de 1980, ahora como orden constitucional material.

VI. CONCLUSIÓN: UN CONSTITUCIONALISMO CALIFICADO

La conclusión general a la que se ha arribado en este artículo es que el supuesto fundamento de la regla de decisión del art. 133 inc. 3º, esto es, posibilitar un consenso constitucional amplio, no admite ser generalizada. Considerar las decisiones de la convención constitucional como un acuerdo ampliamente compartido resulta abiertamente contingente; y en ningún caso puede darse por demostrado que la regla de los 2/3 contribuya a tal propósito. La regla otorga un veto a la minoría para evitar la decisión de la convención: la voluntad de la minoría en orden a no decidir vale más que la apreciación de la mayoría de los convencionales. La regla del art. 133 inc. 3º de la Constitución configura un voto desigual en la convención constitucional, lo que incentiva, en definitiva, que la Constitución no contenga ninguna regla que afecte los intereses de las minorías: la mejor forma de alcanzar esta situación es regulando poco, de manera muy general y tratando de no tomar ninguna decisión de relevancia. Esta abstracción y generalidad, alcanzada a costa de la decisión mayoritaria de la convención, podría generar una indeseada infra-regulación constitucional, lo que en último término podría conducir a una Constitución poco importante y normativamente escuálida. Ello podría generar una ampliación de la distancia entre la Constitución formal y material, en una disolución del límite entre el poder constituyente y el poder constituido, y en problemas de separación de funciones constituidas, todo lo que en último término podría redundar en el ejercicio de poder político sin fundamento constitucional y en una validez póstuma de la Constitución de 1980. Hay, en consecuencia, buenas razones para pensar que la regla de 2/3 consagrada en el art. 133 inc. 3º de la Constitución reduce las posibilidades de que el texto de nueva Constitución emanado de la convención constitucional sea ratificado en el plebiscito.

La discusión acerca de la falta de fundamento general de la regla de la mayoría calificada simétrica del art. 133 inc. 3º de la Constitución es una discusión de teoría constitucional relevante al menos por cuatro razones. En primer lugar, toda discusión político-constitucional tiene que descansar en una teorización adecuada de sus conceptos y fundamentos, sobre todo

en contextos de redefinición constitucional como el que atraviesa Chile. La discusión política que antecedió al acuerdo evidencia cierta sub-teorización de algunos conceptos fundamentales del constitucionalismo moderno que pueden impactar negativamente en la transparencia y vitalidad del debate público democrático. En segundo lugar, la discusión sobre el fundamento de la regla constitucional de los 2/3 es crucial para evitar malentendidos respecto a su valor normativo en el propio procedimiento de creación constitucional. El trabajo de la convención constitucional y la generalidad del proceso de creación constitucional chileno estará significativamente teñido por el veto suspensivo de su minoría. La convención podría considerar que la regla de los 2/3, así, es parte fundamental de la legitimidad de su funcionamiento, lo que podría redundar en su inclusión en el texto de nueva Constitución. Pensar sin embargo que la legitimidad de una decisión constitucional depende de la regla de la mayoría calificada es falso,⁶⁴ por lo que discutir acerca de sus fundamentos contribuye a la mejora de la deliberación colectiva de la propia convención.

En tercer lugar, la discusión sobre la estructura y fundamento del art. 133 inc. 3° de la Constitución no sólo tiene relevancia teórica, sino también práctica. Pues la reforma constitucional que consagra la convención constituyente no regula en todos sus detalles las competencias, procedimientos y vías de aplicación de la regla de decisión consagrada en el art. 133 inc. 3° de la Constitución. Luego, cabe a la propia convención el interpretar y consagrar su implementación. La discusión sobre el fundamento de la regla de la mayoría calificada se constituye, así, en un relevante criterio de interpretación teleológica de los arts. 130 y ss. de la Constitución, y en particular, la forma en que se aplicará la regla de la mayoría calificada del art. 133 inc. 3°. El desarrollo de criterios de implementación del art. 133 inc. 3° de la Constitución, si bien urgente, no puede ser abordado en el presente trabajo.

Por último, tener claridad sobre el funcionamiento y el fundamento de la regla de la mayoría calificada del art. 133 inc. 3° de la Constitución permite interpretar los resultados de la convención constitucional de forma más transparente. La tesis que se ha sostenido es que las decisiones tomadas por la convención bajo la regla de los 2/3 del art. 133 inc. 3° de la Constitución no puede ser interpretada, sin más, como un acuerdo ampliamente compartido o como un consenso básico reconocido como legítimo. Hay buenas razones, en cambio, para interpretar las decisiones de la convención constitucional

⁶⁴ SCHMITT, cit. (n. 61), pp. 16-20.

meramente como una voluntad no rechazada por una minoría de 1/3 de los convencionales. Que ella exprese un consenso básico o un acuerdo amplio es contingente y depende de instituciones deliberativas distintas a la regla de la mayoría calificada. Y, asimismo, las decisiones que no tome la convención constitucional no pueden ser interpretadas ni como una habilitación implícita al legislador ni como una expresión de un acuerdo amplio y abstracto sobre materias de importancia constitucional. Las decisiones que no tome la convención son interpretables sólo como la voluntad de una minoría política de 1/3 de los convencionales constituyentes en orden a bloquear una decisión colectiva. Lamentablemente no es posible esperar más de un constitucionalismo calificado, gobernado por el veto de una minoría política.

BIBLIOGRAFÍA

a) Doctrina y documentos citados

ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Yale University Press, New Haven, 1981.

ARENDT, Hannah, *On Revolution*, The Viking Press, New York, 1963.

ATRIA, Fernando, *La Constitución tramposa*, LOM ediciones, Santiago, 2013.

BEITZ, Charles, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton University Press, Princeton, 1989.

BOBBIO, Norberto, "Die Mehrheitsregel: Grenzen und Aporien", en: GUGGENBERGER, B.; OFFE, C. (eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie: Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, "Demokratie und Repräsentation: zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion", en: BÖCKENFÖRDE, E.W., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991.

BRENNAN, Geoffrey; LOMASKY, Loren, *Democracy and Decision: The Pure Theory of Electoral Preference*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*, University of Michigan Press, Michigan, 2008.

BUSCH, Tania; QUEZADA, Flavio, "Regla de la mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile", *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, 2013, 78 (1).

CHRISTIANO, Thomas, "The Significance of Public Deliberation", en: BOHMAN,

J.; REHG, W. (Eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

DAHL, Robert, *Vorstufen zur Demokratie-Theorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976.

DAHL, Robert, *Democracy and its critics*, Yale University Press, New Haven, 1989.

DREIER, Horst, "Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat", *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1986, 17.

GAUS, Gerald, "The (Severe) Limits of Deliberative Democracy as the Basis for Political Choice", *Theoria*, 2008, 55 (117).

GOODIN, Robert; LIST, Christian, "Special Majorities Rationalized", *British Journal of Political Science*, 2006, 36 (2).

GOSSE, Axel, "The Intergenerational Case for Constitutional Rigidity", *Ratio Juris*, 2014, 27 (4).

HABERMAS, Jürgen, "Legitimationsprobleme im modernen Staat", en: KIELMANSEGG, P. (Ed.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1976.

HABERMAS, Jürgen, *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1985.

HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997.

HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.

HEUN, Werner, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen, Struktur, Begrenzungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

HILLGRUBER, Christian, "Mehrheitsprinzip", en: KUBE, H.; MELLINGHOFF, R.; MORGENTHAUER, G.; PALM, U.; PUHL, T.; SEILER, C. (Eds.), *Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, Vol. I, C. F. Müller, Heidelberg, 2013.

HOFMANN, Hasso, *Legitimität und Rechtsgeltung: Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.

HOFMANN, Hasso; DREIER, Horst, "Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz", en: SCHNEIDER, H.-P.; ZEH, W. (Eds.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland: ein Handbuch*, De Gruyter, Berlin-New York, 1989.

KELSEN, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Scientia, Aalen, 1963.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James, "What Sort of Political Equality Does Deliberative Democracy Require?", en: BOHMAN, J.; REHG, W. (Eds.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

LUPHART, Arend, *Thinking about Democracy: Power Sharing and Majority*

Rule in Theory and Practice, Routledge, New York, 2008.

LIPHART, Arend, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-six Countries*, Yale University Press, New Haven, 2012.

LLOYD, Howell, "Constitutionalism", en: BURNS, J. H. (Ed.), *The Cambridge History of Political Thought 1450 – 1700*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

JÄGER, Wolfgang, "Mehrheit, Minderheit, Majorität, Minorität", en: BRUNNER, O.; CONZE, W.; KOSELLECK, R. (Eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. III, Klett-Cotta, Stuttgart, 2004.

JELLINEK, Georg, *Das Recht der Minoritäten*, Alfred Hölder, Viena, 1898.

JIMÉNEZ, Guillermo; MARSHALL, Pablo; MUÑOZ, Fernando, "La debilidad de las súper-mayorías", *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, XLI (2).

KIELMANSEGG, Peter, *Das Experiment der Freiheit*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1988.

MAIHOFFER, Werner, "Prinzipien freiheitlicher Demokratie", en: BENDA, E., MAIHOFFER, W.; VOGEL, H. (Eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, De Gruyter, Berlin, 1995.

MAY, Kenneth, "A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Rule", *Econometrica*, 1952, 20 (4).

MÖLLERS, Christoph, *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2008.

PARDO, Diego, "¿Maior et sanior pars? Una justificación de la regla de la mayoría parlamentaria", *Ius et Praxis*, 2016, 22 (2).

PARDO, Diego, *Das Rechtfertigungsdefizit des qualifizierten Mehrheitserfordernissen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

PITKIN, Hanna, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley, 1967.

RAE, Douglas, "Decision-rules and individual values in constitutional choice", *The American Political Science Review*, 1969, 63 (1).

RAE, Douglas, "The Limits of Consensual Decision", *The American Political Science Review*, 1975, 69 (4).

RIKER, William, *Liberalism against Populism: a Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, W.H. Freeman and Company, San Francisco, 1982.

SADURSKI, Wojciech, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

SARTORI, Giovanni, "Selbstzerstörung der Demokratie?" en: GUGGENBERGER, B.; OFFE, C. (Eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie - Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984.

SCHEUNER, Ulrich, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1973.

SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München - Leipzig, 1928.

SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 6a ed.

SIERRA, Lucas, "La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática", en: SIERRA, Lucas; MACCLURE, Lucas, *Frente a las mayorías: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011.

STREIFTHAU, Klaus, *Die Souveränität des Parlaments: Ein Beitrag zur Aufnahme des Souveränitätsbegriffes in England im 19. Jahrhundert*, Fischer, Stuttgart, 1963.

TSEBELIS, George, *Bridging Qualified Majority and unanimity Decision-Making in the EU*, Institut für Höhere Studien, Viena, 2013.

VERDUGO, Sergio, "Regla de la mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales", *Actualidad Jurídica (U. del Desarrollo)*, 2009, 20 (II).

VERDUGO, Sergio, "Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales", *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2012, XXXIX (2).

YOUNG, Iris Marion, "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, 1989, 99 (2).

b) Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile

Ley 18.918, Orgánica Constitucional de Congreso Nacional

Ley 17.977, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional

c) Otros documentos

AA.VV., "'El acuerdo por la paz y la nueva Constitución' no es una trampa", opinión publicada en *Ciper Chile*, 18 de noviembre de 2019, disponible en línea: <https://ciperchile.cl/2019/11/18/el-acuerdo-por-la-paz-social-y-la-nueva-constitucion-no-es-una-trampa/>, consultada al 6 de abril de 2020.

AYLWIN, Sebastián, "Quorum de 2/3 y hoja en blanco. ¿Cuán lejos de Jaime Guzmán se redactará la nueva Constitución?", opinión publicada en *Ciper Chile* (Ciper Académico), 21 de enero de 2020, disponible en línea: <https://ciperchile.cl/2020/01/21/quorum-de-2-3-y-hoja-en-blanco-cuan-lejos-de-jaime-guzman-se-redactara-la-nueva-constitucion/>, consultada el 7 de abril de 2020.

FERMANDOIS, Arturo, "El cuórum de 2/3 es la esencia de una Constitución",

entrevista en *Radio Pauta*, 30 de noviembre de 2019, opinión disponible en línea: <http://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/24099-profesor-arturo-fermandois-el-cuorum-de-2-3-es-la-esencia-de-una-constitucion>, consultada el 7 de abril de 2020.

MATUS, Jean Pierre, “Nueva Constitución: una hoja en blanco con tinta invisible”, columna publicada en *Ciper Chile* (Ciper Académico), 9 de enero de 2020, disponible en línea: <https://ciperchile.cl/2020/01/09/nueva-constitucion-una- hoja-en-blanco-con-tinta-invisible/>, consultada el 7 de abril de 2020.

Noticia: “Más de 30 abogados constitucionalistas explican controversias por quórum de 2/3 en acuerdo para una nueva Constitución”, *El Desconcierto*, publicada el 17 de noviembre de 2019, disponible en línea: <https://www.eldesconcierto.cl/2019/11/17/mas-de-30-abogados-constitucionalistas-explican-controversias-por-quorum-de-2-3-en-acuerdo-para-una-nueva-constitucion/>, consultada el 6 de abril de 2020.

SENADO, “Proyecto de reforma constitucional sobre dominio público de las aguas”, Moción Parlamentaria, *Boletín* n° 6124-09, 30-09-2008, en línea: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=6124-09, consultada el 6 de abril de 2020.