

Link: <https://www.ciperchile.cl/2020/10/22/los-2-3-y-la-innegable-existencia-de-los-jugadores-con-veto/>

El acuerdo de noviembre que nos trajo hasta el plebiscito de este domingo establece que una nueva constitución debe ser aprobada por 2/3 los constituyentes. Hoy se debate si esa aprobación debe ser "artículo por artículo" o, además, debe incluir una aprobación final. Hace dos semanas Felipe Castro argumentó en CIPER que una votación final le da poder de veto a la minoría, pues si la nueva constitución no logra los 2/3, seguiría operando el texto actual. El constitucionalista Sebastián Soto responde aquí a Castro. Usando como ejemplo a tres personas que negocian un contrato, argumenta que lo racional es que cada uno apruebe el contrato parte por parte y luego los tres le den una aprobación final. Sostiene, además, que el derecho a veto existe en el acuerdo de noviembre y es un error negarlo. "Si hay un sector que quiere mantener la constitución vigente, lo podrá hacer si tiene un tercio. No es eso a lo que hay que temer pues ese comodín es parte de las reglas del juego.

La pregunta entonces es otra: ¿ dónde y cómo debemos distribuir ese veto para generar mecanismos de cooperación, confianza y precompromiso?" Felipe Castro escribió hace algunos días una interesante columna en la que critica, desde la teoría de juegos, la idea que algunos hemos planteado de exigir una aprobación final por 2/3 del proyecto de nueva Constitución que eventualmente proponga la Convención. Hay que celebrar la mirada fresca y novedosa que introduce Castro a un tema que no puede ser capturado solo por el derecho público. Es demasiado lo que está en juego para dejarlo únicamente entregado a los constitucionalistas. Como hemos visto en los últimos años, muchos de los profesores de derecho constitucional han predicado una confianza excesiva en las soluciones constitucionales para problemas muy poco constitucionales. La mirada desde otras áreas del derecho permite entonces "desconstitucionalizar" las preguntas.

Castro sostiene que exigir una votación final por 2/3 de la Convención " favorece a aquellos que quieren mantener la Constitución tal cual; en cambio, la aplicación de los 2/3 por artículo, teniendo un plebiscito de salida como cierre, favorece la colaboración entre los agentes políticos ". En esto Castro no está solo.

Otros también han afirmado que la votación final de un texto por 2/3 entregaría un poder de veto a las minorías (Guiloff y Lovera, Engel et al, Couso y Escudero, entre otros, en cartas del Mercurio). La pregunta en la Convención no solo es si quiero que tal materia esté en la ley o en la Constitución. La pregunta subyacente en todo el proceso es otra que no podemos olvidar: esa pregunta es si queremos 'esta nueva Constitución' o nos quedamos con la vigente. Es cierto que el plebiscito resolvió si la ciudadanía quiere una nueva Constitución; pero no resolvió si quería 'cualquier' Constitución Compartir cita Quiero mostrar por qué ese argumento no me parece convincente. Intentaré hacerlo desde las bases del análisis económico del derecho pese a que, a diferencia de Felipe Castro, esa no es mi especialidad.

Pero hacerlo desde esa perspectiva facilita dejar fuera un importante argumento a favor de la votación por los 2/3 (generar un texto coherente y con integridad que responda al "canon de totalidad", como ha escrito Alejandro Vergara) y concentrarnos exclusivamente en los intereses en juego y en la negociación. Para partir creo fundamental construir mi planteamiento sobre una premisa que Castro y, en general, todos quienes hemos reflexionado sobre el futuro procedimiento, consideramos esencial: generar un procedimiento que facilite la cooperación. Castro nos recuerda, utilizando la fábula de la rana y el escorpión, que en este tipo de procedimientos debemos poner atención al "problema de los compromisos" para así ir generando lógicas de cooperación.

Anota que " la lógica de los 2/3 por artículo es un juego repetido en el cual cada sector tiene la oportunidad de crear una fama de cooperación incitando al otro a hacerlo ". Y agrega que en caso de haber una aprobación artículo por artículo por 2/3 y una votación final por el mismo quórum " cada jugador (decidiría) romper el acuerdo e ir por su estrategia dominante inicial ". Después de todo, sentencia, " jugar por una última vez es como jugar una vez ". Coincido con Castro en que debemos aproximarnos a un diseño óptimo del proceso pensando en la forma de crear lógicas de cooperación que generen confianzas y hagan exigible los compromisos asumidos.

Para hacerlo no podemos olvidar que, como destacan Cooter y Ullen, "las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación" [1]. A mi juicio, la forma de eliminar esos obstáculos requiere combinar un procedimiento circular que someta a permanente revisión el texto en elaboración y una distribución del requisito de los 2/3 a lo largo del proceso, es decir, no solo en las votaciones de artículos, sino que también en la votación del texto que

Los 2/3 y la innegable existencia de los jugadores con veto

10 de octubre de 2020. Fuente: CiperChile

El acuerdo de noviembre que nos trajo hasta el plebiscito de este domingo establece que una nueva constitución debe ser aprobada por 2/3 los constituyentes. Hoy se debate si esa aprobación debe ser "artículo por artículo" o, además, debe incluir una aprobación final. Hace dos semanas Felipe Castro argumentó en CIPER que una votación final le da poder de veto a la minoría, pues si la nueva constitución no logra los 2/3, seguiría operando el texto actual. El constitucionalista Sebastián Soto responde aquí a Castro. Usando como ejemplo a tres personas que negocian un contrato, argumenta que lo racional es que cada uno apruebe el contrato parte por parte y luego los tres le den una aprobación final. Sostiene, además, que el derecho a veto existe en el acuerdo de noviembre y es un error negarlo. "Si hay un sector que quiere mantener la constitución vigente, lo podrá hacer si tiene un tercio. No es eso a lo que hay que temer pues ese comodín es parte de las reglas del juego. La pregunta entonces es otra: ¿ dónde y cómo debemos distribuir ese veto para generar mecanismos de cooperación, confianza y precompromiso?" Felipe Castro escribió hace algunos días una interesante columna en la que critica, desde la teoría de juegos, la idea que algunos hemos planteado de exigir una aprobación final por 2/3 del proyecto de nueva Constitución que eventualmente proponga la Convención. Hay que celebrar la mirada fresca y novedosa que introduce Castro a un tema que no puede ser capturado solo por el derecho público. Es demasiado lo que está en juego para dejarlo únicamente entregado a los constitucionalistas. Como hemos visto en los últimos años, muchos de los profesores de derecho constitucional han predicado una confianza excesiva en las soluciones constitucionales para problemas muy poco constitucionales. La mirada desde otras áreas del derecho permite entonces "desconstitucionalizar" las preguntas.

Castro sostiene que exigir una votación final por 2/3 de la Convención " favorece a aquellos que quieren mantener la Constitución tal cual; en cambio, la aplicación de los 2/3 por artículo, teniendo un plebiscito de salida como cierre, favorece la colaboración entre los agentes políticos ". En esto Castro no está solo.

Otros también han afirmado que la votación final de un texto por 2/3 entregaría un poder de veto a las minorías (Guiloff y Lovera, Engel et al, Couso y Escudero, entre otros, en cartas del Mercurio). La pregunta en la Convención no solo es si quiero que tal materia esté en la ley o en la Constitución. La pregunta subyacente en todo el proceso es otra que no podemos olvidar: esa pregunta es si queremos 'esta nueva Constitución' o nos quedamos con la vigente. Es cierto que el plebiscito resolvió si la ciudadanía quiere una nueva Constitución; pero no resolvió si quería 'cualquier' Constitución Compartir cita Quiero mostrar por qué ese argumento no me parece convincente. Intentaré hacerlo desde las bases del análisis económico del derecho pese a que, a diferencia de Felipe Castro, esa no es mi especialidad.

Pero hacerlo desde esa perspectiva facilita dejar fuera un importante argumento a favor de la votación por los 2/3 (generar un texto coherente y con integridad que responda al "canon de totalidad", como ha escrito Alejandro Vergara) y concentrarnos exclusivamente en los intereses en juego y en la negociación. Para partir creo fundamental construir mi planteamiento sobre una premisa que Castro y, en general, todos quienes hemos reflexionado sobre el futuro procedimiento, consideramos esencial: generar un procedimiento que facilite la cooperación. Castro nos recuerda, utilizando la fábula de la rana y el escorpión, que en este tipo de procedimientos debemos poner atención al "problema de los compromisos" para así ir generando lógicas de cooperación.

Anota que " la lógica de los 2/3 por artículo es un juego repetido en el cual cada sector tiene la oportunidad de crear una fama de cooperación incitando al otro a hacerlo ". Y agrega que en caso de haber una aprobación artículo por artículo por 2/3 y una votación final por el mismo quórum " cada jugador (decidiría) romper el acuerdo e ir por su estrategia dominante inicial ". Después de todo, sentencia, " jugar por una última vez es como jugar una vez ". Coincido con Castro en que debemos aproximarnos a un diseño óptimo del proceso pensando en la forma de crear lógicas de cooperación que generen confianzas y hagan exigible los compromisos asumidos.

Para hacerlo no podemos olvidar que, como destacan Cooter y Ullen, "las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación" [1]. A mi juicio, la forma de eliminar esos obstáculos requiere combinar un procedimiento circular que someta a permanente revisión el texto en elaboración y una distribución del requisito de los 2/3 a lo largo del proceso, es decir, no solo en las votaciones de artículos, sino que también en la votación del texto que

debe plebiscitarse. ¿Por qué es este sistema el que mejor favorece la cooperación y protege los compromisos? Es eso lo que analizaré a continuación. LA LÓGICA DEL CONTRATO Pensemos en tres partes negociando un contrato. Cualquiera puede no suscribirlo y en tal caso el contrato fracasa. Las tres partes deben decidir el procedimiento: si ir acordando cláusula por cláusula o agregar al final la posibilidad de hacer una evaluación global de todo el contrato. Cada una de las tres partes tiene asuntos que le interesan y que están dispuestos a negociar.

Las tres partes también tienen prioridades de máxima intensidad: "A" quiere incorporar un período de vacancia del contrato; "B" quiere someter el contrato a la jurisdicción de Nueva York; y a "C" le interesa incluir una cláusula de confidencialidad de cierta información. ¿Qué pasaría si el contrato se va cerrando cláusula por cláusula sin la posibilidad de una evaluación global? ¿Cuál sería la natural actitud de las tres partes si el procedimiento que se adopta para negociar el contrato las vincula desde el momento en que acordaron una cláusula sin importar el contenido de las demás? No hay que olvidar que el análisis económico del derecho siempre insiste en la racionalidad de los actores, que éstos maximizan sus propios intereses [2]. Por lo mismo, las reglas del juego deben construirse sobre esta realidad. En el ejemplo que hemos dado, un procedimiento "cláusula por cláusula" impediría cualquier cooperación. Así "A" no estaría disponible a acordar las cláusulas de confidencialidad sin conocer la regla de vacancia. De hecho, es probable que "A" no esté disponible a acordar ni la cláusula más superflua si tal acuerdo la vincula hasta el final.

Ella solo celebrará el contrato si hay una cláusula de vacancia y, por lo mismo, no es racionalmente sensato que acuerde el contenido del contrato sin ese antecedente esencial. ¿Quién en esa posición haría algo distinto? La evaluación final, es decir, la posibilidad de decidir si firma o no el contrato cuando ya esté íntegramente escrito, es entonces la fórmula racional. Pero no es solo eso: es también una que genera cooperación, confianzas y precompromisos. Esto último suele olvidarse: Castro y otros solo destacan que la evaluación final es una fórmula de veto. Y es cierto, lo es. Pero también es un mecanismo para la cooperación, las confianzas y los precompromisos. Hay cooperación porque facilita que las partes empiecen a negociar partiendo, como siempre en estas dinámicas, por lo más fácil y avanzando hacia los temas difíciles. Hay confianza porque a medida que se avanza se van conociendo y generando vínculos vitales para el éxito de las negociaciones. Y hay precompromisos porque cada parte va colaborando paulatinamente a la formación de las cláusulas que constituirán un todo; pero es solo un precompromiso porque sabemos que el compromiso determinante llegará con la decisión final.

La votación final por 2/3 es otra fórmula para evitar el atrincheramiento y generar un procedimiento cooperativo, que construye espacios de confianza y facilita los precompromisos. Compartir cita LA LÓGICA DE LA CONVENCION Si, como ha escrito Posner, "desde un punto de vista económico, es apropiada la analogía entre las constituciones y los contratos" [3], podremos acordar que la dinámica de la Convención no debiera ser muy distinta. Ante todo, y esto no debemos olvidarlo, existen "jugadores con veto" [4]. Todo el camino constitucional que nace a partir del 15.11.2019 es un camino que considera la existencia de jugadores con veto. Si hay un sector que quiere mantener la constitución vigente, lo podrá hacer si tiene un tercio. No es eso a lo que hay que temer pues ese comodín es parte de las reglas del juego. La pregunta entonces es otra: ¿dónde y cómo debemos distribuir ese veto para generar mecanismos de cooperación, confianza y precompromiso? Me parece que los críticos de la votación final por 2/3 evitan esta pregunta.

Piensen que agotar el veto en la "parte", permitirá imponer el "todo". Eso es, al menos, incorrecto desde el análisis económico del derecho y cualquier teoría de negociación [5]. Puede ser racional desde otro punto de vista: por ejemplo, quien espero sea un futuro convencional me decía que exigir los 2/3 solo en cada artículo nos lleva a una mejor disyuntiva que exigirlo también en la votación final. En la primera, sostenía, se decide si queremos que esa materia esté en la constitución o, por defecto, en la ley. En la segunda, en cambio, decidimos si queremos o no una nueva constitución. Verlo así es sensato, pero incompleto. Es incompleto porque la pregunta en la Convención no solo es si quiero que tal materia esté en la ley o en la constitución. La pregunta subyacente en todo el proceso es otra que no podemos olvidar: esa pregunta es si queremos "esta nueva constitución" o nos quedamos con la vigente. Es cierto que el plebiscito resolvió si la ciudadanía quiere una nueva constitución; pero no resolvió si quería "cualquier" constitución. Esa decisión queda entregada, al final, a la ciudadanía en el plebiscito de salida. Pero no podemos soslayar que este plebiscito solo se activa si la Convención propone un texto de reemplazo. Por eso en la Convención, al menos en teoría, siempre 1/3 tendrá la posibilidad de decidir que prefiere la Constitución vigente a una propuesta de reemplazo si ésta no contempla ciertos contenidos.

Especial Especial CIPER/Académico: un aporte para participar en el debate constitucional Leer Especial Información adicional Baquedano barroco, desafíos para los monumentos del futuro Ver link Información adicional Pensando una nueva agenda para los pueblos indígenas a partir de la encuesta CIIR Ver link Información adicional Chile en su "Momento Gramsciano" (y las limitaciones de una salida tipo nueva socialdemocracia europea) Ver link EVITANDO EL ATRINCHERAMIENTO ¿Cómo evitar entonces el atrincheramiento de ese tercio? La forma racional de hacerlo es por la vía de un procedimiento que promueve la cooperación, la confianza y el precompromiso. Y para ello no hay solo una fórmula, sino que varias. Un procedimiento circular es una de ellas. Es decir, que el texto de nueva constitución avance de comisiones a pleno en un constante ir y venir que permita agregar voluntades y mejorar contenidos. Así el texto nunca está cerrado sino hasta el final.

La forma en que se votan los informes es otra fórmula: el proceso legislativo muestra que en las primeras etapas se acepta la división de votaciones en el pleno (esto es, pedir votación separada de un artículo, inciso o incluso palabra) pero en las últimas etapas el pleno solo aprueba o rechaza (ej. Informe comisión mixta). Así, en algún momento del procedimiento los compromisos que se adquieren en las comisiones deben votarse en conjunto para generar mecanismos a través de los cuales hacerlos exigibles. De lo contrario cada parte seguiría votando a favor de aquello que le gusta y en contra de lo que le disgusta. Que no se pueda dividir la votación evita este riesgo. Como esas hay múltiples otros mecanismos propios del proceso legislativo que deben adaptarse a esta nueva instancia en búsqueda de la cooperación. La votación final por 2/3 es otra fórmula para evitar el atrincheramiento y generar un procedimiento cooperativo, que construye espacios de confianza y facilita los precompromisos. Esto ya que permite avanzar y comprometerse paulatinamente en las cláusulas menos importantes sin que ello implique renunciar a las herramientas de veto esenciales para negociar las cláusulas más importantes.

Incluso un convencional que no crea en el mercado sabe que habrá "logrolling", esto es, transacción de votos (yo voto por lo tuyo si tú votas por lo mío). Esto pues, como nos recuerda Cooter, "en las legislaturas como en los mercados todos pueden beneficiarse de una buena negociación" [6]. Para que haya cooperación y confianza el procedimiento de la Convención debe tener un mecanismo que permita que, aprobando cláusulas individuales, en algún momento sea posible evaluar si fueron o no incorporadas las cláusulas esenciales.

Compartir cita Como en el caso del ejemplo del contrato, las tres partes -A, B y C- pueden avanzar, construir confianzas, generar vínculos y adquirir precompromisos sabiendo que nada está cerrado pues el contrato solo será suscrito cuando se haya negociado todo: lo poco importante y lo muy importante. Si no hay algo como esto en la Convención, no habrá cooperación para avanzar siguiendo las vías del procedimiento regular pues nadie entregará su comodín. Solo se avanzará, si algo, por vías informales intentando definir las cláusulas esenciales. Por lo anotado es que si lo que se busca es un mecanismo cooperativo, la votación final por 2/3 o algún método semejante es imprescindible. Castro, y con él otros más, plantean que esta votación le

entrega una ventaja a quienes prefieren el statu quo. Permitiría, nos dice, que cada jugador decida romper el acuerdo e ir por su estrategia dominante rompiendo los precompromisos. Pero esto es improbable, ante todo, porque no es racional ir aprobando las partes para oponerse al todo. Si hay un grupo cuya estrategia dominante es mantener la Constitución vigente, no aprobará ni las partes ni el todo. Por lo demás, hay que restarle dramatismo a la votación final por 2/3 pues, en los procesos circulares, ella es solo el natural término de las negociaciones anteriores. No hay “una” votación final sino que hay varias que, en la medida que no alcancen el quórum, vuelven una y otra vez a la comisión respectiva para seguir negociando los últimos temas del texto.

Dicho desde el análisis económico del derecho, es el momento para hacer el análisis costo beneficio imprescindible en toda negociación: “cuando el paquete total llega a ser votado, los costos totales de cada votante no deben ser mayores a los beneficios totales recibidos. Si todos votan a favor, entonces los beneficios totales deben exceder los costos totales” [7]. Esa operación se va construyendo norma a norma pero solo es posible resolverla en la votación final.

En definitiva, si creemos que no es razonable exigir que A, B y C acuerden las cláusulas del contrato una a una sin saber el destino de aquellas que son esenciales en el acuerdo que los vinculará; tampoco es razonable exigir lo mismo en la Convención. Para que haya cooperación y confianza el procedimiento de la Convención debe tener un mecanismo que permita que, aprobando cláusulas individuales, en algún momento sea posible evaluar si fueron o no incorporadas las cláusulas esenciales. Un procedimiento como este evita el atrincheramiento y reconoce que la pregunta fundamental no es si hay o no veto sino que cómo lo distribuimos en el proceso para promover que la negociación avance. Por eso es que necesitamos una o más votaciones finales por 2/3 del texto de nueva constitución que proponga la Convención. NOTAS Y REFERENCIAS [1] COOTER, ROBERT Y ULEN, THOMAS. 2002. Derecho y economía. Fondo Cultura Económica.

P. 238. [2] O como anota Cento Veljanovski para rebatir las críticas a este supuesto, “si las personas no se comportan de una forma predecible, entonces la idea de que podemos regular las sociedades a través de leyes e incentivos no resultaría sustentable. Sin embargo, la base de los negocios, del derecho y de la actividad social es el supuesto de que, en promedio, las personas responden en formas predecibles.” VELJANOVSKI, CENTO. 2006. Economía del derecho. Un texto introductorio. Ediciones UDP. P. 52. [3] POSNER, RICHARD. 2000. Análisis económico del derecho. Fondo Cultura Económica. P. 578.

[4] El concepto es de Tsebelis quien señala que éstos son “un cierto número de actores individuales o colectivos (que) tiene(n) que estar de acuerdo en el cambio propuesto”. TSEBELIS, GEORGE. 2006. Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas. Fondo Cultura Económica. P. 2. [5] Olvidar esa pregunta es olvidar otra de las premisas que ha aportado el análisis económico del derecho a los procesos de toma de decisiones. Al respecto ver los debates sobre los sistemas de agregación de preferencias y la forma en que éstos pueden cambiar la decisión final. SINGER, MARCOS. 2007. Una práctica teoría de juegos. Estrategias para cooperar y competir. Ediciones UC. Cap. VI. [6] COOTER, ROBERT. 2000. The strategic constitution. Princeton University. P. 51. [7] MASHAW, JERRY. 1997. Greed, chaos & governance. Using public choice to improve public law. Yale University Press.

P. 18. Este artículo es parte del proyecto CIPER/Académico, una iniciativa de CIPER que busca ser un puente entre la academia y el debate público, cumpliendo con uno de los objetivos fundacionales que inspiran a nuestro medio. CIPER/Académico es un espacio abierto a toda aquella investigación académica nacional e internacional que busca enriquecer la discusión sobre la realidad social y económica.

Hasta el momento, CIPER Académico recibe aportes de seis centros de estudios: el Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (COES), el Centro de Estudios Interculturales e Indígenas (CIIR), el Instituto Milenio Fundamentos de los Datos (IMFD), el Centro de Investigación en Comunicación, Literatura y Observación Social (CICLOS) de la Universidad Diego Portales, el Observatorio del Gasto Fiscal y el Instituto Milenio para la Investigación en Depresión y Personalidad (MIDAP). Estos aportes no condicionan la libertad editorial de CIPER. #SoyCiperista Apoya el periodismo independiente Ver lista de donaciones