

José Julio León*

La Reforma Constitucional y el Principio Democrático

Tras 25 años de vigencia, 15 años después de su entrada en funcionamiento en régimen democrático y 5 años de tramitación mediante, la Constitución de 1980 fue –finalmente– reformada con el propósito de superar los vestigios de autoritarismo presentes en su texto y dar un paso cuasi-definitivo a nivel institucional para concluir la transición a la “plena” democracia. En este trabajo, pretendo verificar que, al menos, en materia de procedimiento de reforma constitucional, nuestra constitución posee aún una estructura muy rígida que se aviene mal con el principio democrático presente en las Bases de la Institucionalidad y que, en consecuencia, debe informar toda la Carta Fundamental.

En primer lugar, intentaré –siguiendo las teorías de autores como Habermas y Alexy– explicar cómo es posible interpretar armónicamente las disposiciones fundamentales que definen a nuestro Estado como democrático y las que establecen la supremacía constitucional y los derechos como límite de la soberanía (I); seguidamente, expondré que esa fundamentación de la “democracia constitucional” sólo justifica un procedimiento agravado de reforma para los valores básicos del ordenamiento, las garantías constitucionales y las bases del régimen democrático; pero sin alcanzar a todo el texto constitucional ni cualquier tipo de procedimiento agravado de reforma (II) y, finalmente, aplicando la distinción entre constitución “abierta/cerrada”, sostendré que la combinación de una constitución rígida en su procedimiento jurídico de reforma y cerrada –sea por lo específico de sus cláusulas o por la acción de la justicia constitucional– hacen revivir con toda su fuerza los argumentos de la “objeción democrática” y los peligros de obstrucción del cambio social (III).

* *Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.*

I

Es claro que poseemos una constitución en el sentido amplio, esto es, un conjunto de normas fundamentales de la comunidad jurídico-política¹. También podemos dar por establecido que poseemos una constitución normativa, en cuanto “sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”². Incluso, es dable afirmar que poseemos una constitución formal en el sentido que le atribuye el constitucionalismo político: 1. El conjunto de normas fundamentales está codificado; 2. El procedimiento para la reforma del texto constitucional ha sido puesto fuera del alcance del legislador ordinario (es un procedimiento agravado), y 3. La Constitución posee una jerarquía normativa superior a la ley³.

Según Aguiló, la constitución formal posee: i) una dimensión constitutiva, ya que crea las formas básicas de la acción jurídica y política –básicamente órganos y procedimientos-; ii) una dimensión regulativa en cuanto regula conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas, y iii) una dimensión valorativa, pues reconoce valores y principios que sirven para dotar de sentido a las formas de acción creadas por la constitución y operan como razones justificativas de los deberes que impone⁴.

Cierto es que la propia noción de ordenamiento jurídico parece precisar de una Constitución que goce de cierta estabilidad.

Como señala Aguiló: “la constitución opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa y la identificación, la unidad y la permanencia del orden jurídico”⁵. En efecto, sabemos que una norma es jurídica (pertenece al conjunto de normas que conforman el Derecho) porque otra norma superior -que es jurídica- autoriza o reconoce su creación; y este razonamiento, aplicado recursivamente, nos lleva a la Constitución. La unidad del régimen jurídico se basa en el ordenamiento y jerarquía de las normas identificadas; y la Constitución como norma superior (“norma de normas”) es una pieza clave en la construcción e interpretación coherente del sistema de normas. Ya Kelsen, en su *Teoría Pura*, había dicho: “Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica”⁶.

¹ Cfr. Kelsen, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), en Kelsen, Hans: “Escritos sobre la democracia y el socialismo”, Madrid, Debate, 1998, pp. 114-115.

² Loewenstein, Karl: “Teoría de la Constitución”, Barcelona, Ariel, 1982, p. 217.

³ Cfr. Aguiló, Josep: “Sobre la constitución del Estado Constitucional” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24 (2001), pp. 441 y ss.

⁴ Cfr. Aguiló, Josep: “Sobre el Constitucionalismo y la resistencia constitucional” en *Doxa* N° 26 (2003), pp. 289-317.

⁵ Aguiló, Josep: “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, op. cit. p. 434.

⁶ Kelsen, Hans; “Teoría Pura del Derecho”. Buenos Aires: Eudeba, 1971, p. 161.

El problema de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico tiene que ver, como ha observado Alexy, con el hecho de que la comprensión de una norma supone la comprensión del sistema al que pertenece, así como la comprensión de un sistema de normas no es posible sin entender las normas particulares que lo integran.⁷ La coherencia es uno de los criterios básicos para la interpretación y la argumentación en el derecho; tiene que ver con las ideas de unidad sistemática, orden y de no contradicción. La unidad tiene que ver con la idea de explicar y justificar el orden sobre la base de unos pocos principios básicos.

La coherencia es, asimismo, una condición del conocimiento del derecho como fenómeno normativo. Como advierte Nino: “Si la ciencia jurídica propusiera que dos prescripciones conflictivas deben ser ambas observadas, habría una contradicción en los presupuestos de la propia ciencia jurídica (...). Esto implica que la ciencia jurídica debe, de alguna manera, reconstruir el sistema como un orden coherente antes de pasar a describirlo como un conjunto de normas jurídicas válidas”⁸.

De consecuencia, conviene detenerse brevemente en torno a lo que para muchos pensadores serios es una paradoja del constitucionalismo; esto es, que la noción de «democracia constitucional» sería un oxímoron, un matrimonio de opuestos o una contradicción en los términos, ya que si un sistema político es democrático, entonces no admite la limitación constitucional a las decisiones de la mayoría y, si es constitucional, no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes⁹.

Como he señalado en otra parte¹⁰, me parece que esa contradicción sólo es real cuando entendemos democracia en un sentido restringido, como el gobierno de las mayorías, y Constitución como un estatuto de Derechos pre-existentes al Estado que necesariamente se sustraen del debate político. Ambos conceptos, no obstante, son entendidos hoy de un modo más amplio, de modo que es posible compatibilizar el principio de supremacía constitucional con el principio democrático (o, dicho en términos habermasianos, la autonomía privada y la pública¹¹).

Por ejemplo, en la teoría de los derechos fundamentales de Alexy¹² se propone una justificación de los Estados constitucionales y democráticos, según la cual ambos

⁷ Cfr. Alexy, Robert; “Teoría del discurso y derechos humanos”. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 42.

⁸ Nino, Carlos: “Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica”. México, Fontanamara, 1993, p. 30.

⁹ Cfr. S. Holmes, “El precompromiso y la paradoja de la Democracia”, en Elster, J. & Slagstad, “Constitucionalismo y Democracia”, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217-262

¹⁰ León, José: “Argumentación e Interpretación Constitucional”, ponencia presentada en la II Jornada Chileno-Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, celebrada en Santiago el 20, 21 y 22 de octubre de 2006 y organizada por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y la Universidad Diego Portales.

¹¹ Cfr. Habermas, Jürgen: “Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, Madrid, Trotta, 2005.

¹² Cfr. Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

principios no sólo pueden coexistir, sino que se presuponen mutuamente, es decir, son interdependientes.

La teoría de Alexy parte del principio del Discurso de Habermas: "Válidas son exactamente las normas de acción que pueden aceptar todos los posibles interesados como participantes en discursos racionales"¹³; y de él deriva el principio del Consentimiento Universal: "una norma sólo puede encontrar consentimiento universal en un discurso, cuando las consecuencias de su observancia general para la satisfacción de los intereses de cada uno puedan ser aceptadas por todos"¹⁴.

Entonces, para Alexy, existe un derecho de libertad general, que se puede formular de la siguiente forma: "Cada uno tiene derecho de juzgar libremente qué es conveniente y qué es bueno, y obrar en consecuencia". La consecuencia de este derecho de libertad general es el derecho de todas las personas a la más alta autonomía posible, y de él se pueden derivar otros derechos, sea que estén conceptualmente contenidos en él —los derechos de libertad de opinión, reunión y prensa; y el derecho de participar en elecciones libres, iguales y secretas— o bien sean medios para un obrar autónomo, como los derechos sociales¹⁵.

El argumento de la Democracia, a su turno, se formula del siguiente modo: 1) El Principio del Discurso puede realizarse aproximadamente a través de la institucionalización jurídica de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad, y sólo por este medio¹⁶; 2) Una democracia en la que las exigencias de racionalidad discursiva pueden realizarse aproximadamente sólo es posible si los derechos humanos y políticos fundamentales rigen y pueden ejercitarse con igualdad de oportunidades, y 3) El ejercicio de tales derechos con igualdad de oportunidades presuponen el cumplimiento de algunos derechos fundamentales no políticos: derecho a la vida, al mínimo existencial y a la enseñanza¹⁷.

En otras palabras, el reconocimiento de los derechos es la fuente de legitimidad del sistema jurídico político y la Constitución, como norma distinta a la ley ordinaria, es la garantía de tales derechos y del correcto funcionamiento de dicho sistema jurídico político. En consecuencia, en un Estado democrático de Derecho el ejercicio del poder político se fundamenta en la protección de los derechos personales y, por esa misma razón, se encuentra limitado, *prima facie*, por tales derechos. Por ello, la

¹³ Habermas, Jürgen: op. cit., p. 172.

¹⁴ Cfr. Alexy, Robert: Teoría del discurso y derechos humanos, op. cit., pp. 68-69. La validez objetiva o institucional de las reglas del discurso viene dada, según este autor: 1º) por tratarse de una competencia perteneciente a la más general forma de vida del hombre: "Quien a lo largo de su vida no ha hecho una aserción ni ninguna fundamentación, no ha tomado parte en la forma de vida humana más elemental (Ibid., p. 83); 2º) todo el que tenga interés en corrección debe hacer uso de esta regla; 3º) para quien no tenga interés en corrección, el cumplimiento objetivo de las reglas le resulta ventajoso a largo plazo (desde el punto de vista de la maximización de la utilidad individual).

¹⁵ Alexy, Robert; Teoría del discurso y derechos humanos, op. cit., pp. 110-113.

¹⁶ Cfr. Habermas, Jürgen: op. cit., pp. 184 y ss.

¹⁷ Alexy, Robert; Teoría del discurso y derechos humanos, op. cit., pp. 129 y ss.

Constitución puede decir –sin incurrir en contradicción– en el artículo 4° que “Chile es una república democrática” y, seguidamente, en el Artículo 5°, inciso segundo, que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...”; lo que se traduce en el principio de supremacía constitucional estampado en el artículo 6°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

II

Ahora bien, de la conciliación del principio democrático con el principio de supremacía constitucional –que inevitablemente acaba sustrayendo del debate político ciertos derechos fundamentales y ciertas reglas básicas del sistema democrático– no se sigue, sin embargo, una justificación (sería ésta una razón necesaria pero no suficiente) para ciertas formas concretas –digamos excesivas– de rigidez constitucional, ni tampoco para la rigidez de todas las normas constitucionales.

La distinción entre constituciones “rígidas” y “flexibles” fue, como sabemos, planteada por Bryce: el criterio relevante radica en “la relación de cada Constitución con las leyes ordinarias y con la autoridad ordinaria que las dicta”¹⁸. Son flexibles las constituciones que proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes ordinarias y según el mismo procedimiento que aquéllas; y son rígidas aquéllas cuyas disposiciones “están por encima de las otras leyes del país que regulan”, no proceden de la misma fuente que las otras leyes y son promulgadas o modificadas por un procedimiento distinto¹⁹, o sea, cuando su modificación exige un procedimiento más complejo (agravado) que el procedimiento legislativo ordinario. Dado que la rigidez es una cualidad graduable, puede haber constituciones más o menos rígidas e, incluso, constituciones inmodificables. Incluso, como ha sugerido De Otto, una constitución flexible puede mantener su superioridad con respecto a la ley ordinaria en la medida que, para reformar la constitución, se requiera que la norma aprobada mediante el procedimiento legislativo ordinario se presente explícitamente como norma de reforma constitucional²⁰.

Por tanto, la tensión entre democracia y constitucionalismo –que siempre está presente en un ordenamiento jurídico que reconoce diversos principios y valores sin establecer *a priori* una jerarquía entre ellos– se manifiesta con mayor claridad y urgencia cuando la expansión de uno de los principios (el fortalecimiento del principio de supremacía constitucional a través de la rigidez excesiva de todo el texto constitucional) conduce

¹⁸ Bryce, James: “Constituciones flexibles y constituciones rígidas”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 19.

¹⁹ Bryce, James: op. cit., p. 20.

²⁰ De Otto, Ignacio: “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 62-63.

a un debilitamiento del otro (en este caso, en un freno para el proceso democrático). De hecho, son muchos los autores que reconocen que Inglaterra, sin tener constitución escrita y teniendo una constitución flexible, tiene un conjunto de normas fundamentales (relativamente estables) que limitan, en cierta medida, lo que los órganos de gobierno pueden hacer. El constitucionalismo, entendido como “gobierno limitado” puede darse, entonces, en una amplia gama de “densidad o robustez conceptual”: desde el *rule of law* británico, pasando por la constitución escrita que establece la separación de poderes y la protección de los derechos, siguiendo con la supremacía constitucional y los procedimientos agravados de reforma, agregando el control judicial de constitucionalidad y concluyendo con la instauración de un determinado modelo político y económico en el texto constitucional²¹.

A su turno, el grado de rigidez de las constituciones depende de factores jurídico-formales tales como: a) El número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para reformar la constitución; b) Los quórum especiales o mayorías exigidas; c) Si exige o contempla la participación del pueblo vía plebiscito. Prácticamente (con la excepción de Inglaterra), casi todas las Constituciones vigentes son más o menos rígidas en términos jurídico-formales²².

La pregunta que surge es la siguiente: si existe un catálogo de derechos que informa y orienta la labor de los poderes públicos, si se establece una separación de poderes y, en particular, un órgano legislativo que representa a los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, y si este órgano debe tomar sus decisiones mediante la regla de la mayoría (procedimiento democrático), ¿cuáles son las razones que justifican que todo el texto constitucional opere como límite de las competencias legislativas, dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones un conjunto de materias? En palabras de Laporta: ¿Qué razones pueden abonar que algunas instituciones y derechos sean “atrincherados” y sustraídos a la decisión democrática?²³

Las razones a favor de la rigidez constitucional son –generalmente- de tipo conservador; basadas en la creencia en ciertos valores relativamente inmutables (como el “iusnaturalismo” que recoge nuestra Constitución al proclamar que los derechos emanan de la naturaleza humana), o bien, en una cierta desconfianza a la “racionalidad” del legislador y de las mayorías, que se justifica como una defensa de las minorías frente al posible desenfreno de esas mayorías (se piensa -como Hobbes- que la irracionalidad, en este caso de las mayorías, requiere de frenos institucionales). Se trata del ideal de Locke frente al de Rousseau, el del gobierno limitado en el cual ni la mayoría puede afectar los intereses individuales protegidos. Una ejemplo de este tipo de argumentación sería la utilizada por Kay, cuando afirma que el principal objetivo de la constitución es controlar el comportamiento futuro del Estado, minimizando la esfera de acción en

²¹ Cfr. Nino, Carlos: “La constitución de la democracia deliberativa”. Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 13-21.

²² Cfr. Ferreres, Víctor: “Una defensa de la Rigidez Constitucional”, en *Doxa* N° 23 (2000), pp. 29-47.

²³ Cfr. Laporta, Francisco: “El ámbito de la Constitución”. *Rev. Doxa* 24 (2001), pp. 459-483.

la que el Estado es capaz de imponerse a los ciudadanos en “formas inaceptables”, y que la función social central de una constitución es la de prevenir “peligros probados” del ejercicio indebido del poder estatal²⁴.

Las sociedades –como dice Elster- han encontrado útil atarse ellas mismas por medio de constituciones, como un modo privilegiado de resolver el problema de la flaqueza de voluntad (sería igual a un acto de inversión: el sacrificio de bienes actuales para disponer de más bienes en el futuro)²⁵. Ello, porque se piensa que una democracia directa tenderá a una política zigzagueante y a una constante reevaluación de los planes pasados; “será incontinente, vacilante e ineficaz”²⁶. Entonces, ciertas instituciones funcionan como un recurso para el compromiso previo, análogamente a lo que hace Odiseo frente a las sirenas. En efecto, se pretende que los ciudadanos necesitan una constitución (más o menos rígida) para prevenir futuros problemas de debilidad de la voluntad, así como Odiseo tuvo que tapar con cera los oídos de su tripulación y ordenarles que lo ataran al palo mayor de la nave para no naufragar. Como dice Elster: “una democracia sumamente desarrollada, para no decir una democracia directa, se basa en el derecho de intervención en todos los dominios, mientras que la democracia constitucional está fundada sobre un conjunto de instituciones estables que no pueden ser anuladas, una vez establecidas... La paradoja de la democracia puede expresarse así: cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras”²⁷. La estrategia de la asamblea constituyente (al estilo de Odiseo) consiste en comprometer (“atar”) a las generaciones posteriores estableciendo una constitución que incluya cláusulas que impiden cambiarla fácilmente.

Sin embargo, como advierte Laporta, esta analogía no funciona correctamente porque entre ambas proposiciones hay diferencias relevantes: 1) Ulises es el mismo en ambos momentos; por el contrario, la sociedad cambia (y entonces surge el problema constitucional de que el padre vincula a los hijos, una generación a la siguiente y los muertos a los vivos). 2) Ulises adopta la decisión en un momento de racionalidad para precaverse de tentaciones futuras (anticipa un momento de irracionalidad, actitud similar a la que uno adopta al “pasar las llaves del auto” cuando va a ingerir alcohol); en el caso de la sociedad, no hay motivos para pensar que se es racional (o más racional) al momento de dictar o aprobar una constitución y se es irracional –o menos racional- al momento de legislar o de pretender modificar la carta fundamental. Por lo demás, el “momento constituyente” puede y suele ser un periodo en el que las fuerzas sociales, políticas y económicas más relevantes (los “poderes fácticos”) forcejean para introducir en el texto constitucional la garantía de sus intereses y prejuicios²⁸.

²⁴ Kay, Richard: “Constitutional Chrononomy” en *Ratio Juris* Vol. 13, N° 1 mayo 2000, pp. 31-48.

²⁵ Cfr. Elster, Jon: “Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad”. México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 66-84.

²⁶ *Ibid.*, p. 150.

²⁷ *Ibid.*, p. 159.

²⁸ Laporta, Francisco: *op. cit.*, p. 464.

Una versión mejorada de ese argumento busca el aseguramiento del mecanismo institucional, esto es, del propio sistema democrático: así, el principio democrático se basa en el reconocimiento de derechos tales como el de participación. Del mismo modo, el derecho a la justicia o el derecho a participar en los asuntos públicos, están en la base y son precondiciones del diseño de la estructura de poderes del Estado, como el poder judicial y el poder legislativo. “El atrincheramiento constitucional de esos derechos obedece seguramente a su condición de puntos de apoyo del edificio institucional, en el sentido de que cabe pensar que los seres humanos optan por construir la comunidad política con sus poderes coactivos a condición, por ejemplo, de que sus conflictos sean resueltos eficaz e imparcialmente y que puedan participar en la elaboración de las leyes que se les van a aplicar. Y puede entonces suponerse que sería contrario al propósito mismo de tales mecanismos institucionales el que fuera posible alterar los mismos puntos de apoyo en que se basan mediante, por ejemplo, una decisión mayoritaria”²⁹.

Está también el argumento de que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente. Como pensó Madison, las limitaciones también pueden ser aptas para promover la libertad. La constitución es un instrumento de gobierno; no sólo limita el poder, también crea y asigna poderes y, desde luego, impone al gobierno una preocupación por el bienestar general. Al optar la constitución por determinados mecanismos institucionales (estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado) esa opción, mediante la rigidez constitucional, se estabiliza y permite que la democracia funcione (en vez de estar permanentemente discutiendo acerca de las abstractas estructuras y procedimientos de gobierno, la deliberación democrática puede enfocarse en las vías concretas para dar satisfacción a las necesidades generales del país). En palabras de Holmes, “(el ejercicio de) la soberanía del presente depende de (aceptar) los previos compromisos del pasado” y, asimismo, “(l)a soberanía popular no tiene ningún significado sin reglas que organicen y protejan el debate público”. Si el pueblo es *legibus solutus*, si todas las reglas básicas están perpetuamente a punto de ser rescindidas, no habrá ninguna posibilidad de registrar, o siquiera de formar, una voluntad pública inteligente³⁰.

La versión fuerte del argumento del “pre-compromiso” viene dada por el respeto por los derechos fundamentales, que se consideran anteriores al Estado mismo. La justificación de la Constitución como garantía de los derechos y como límite al poder ya se encontraba en el artículo 16º de la famosa declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (1789): “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Según Bobbio, el sustrato ético de la democracia viene dado por el respeto de los derechos de libertad y la noción de Estado de Derecho, que implica un poder limitado

²⁹ Ibid., p. 476.

³⁰ Cfr. Holmes, Stephen: op. cit.

por y ejercido a través del Derecho³¹. Peces-Barba considera que la libertad es “la clave de bóveda del fundamento de los derechos humanos, al que apoyan, completan y matizan los otros valores, igualdad, seguridad jurídica y solidaridad. Esa importancia capital deriva de su conexión con los fines últimos del hombre (...) y con su posibilidad para ofrecer un ámbito de comunicación para el intercambio de razones sobre los fines y objetivos³².”

En esta línea de pensamiento, los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que también establecen principios que constituyen los presupuestos del consenso básico del orden constitucional democrático y, por tal motivo, sirven para orientar la labor del intérprete y de los operadores jurídicos en relación con todo el ordenamiento jurídico, al mismo tiempo que legitiman y limitan el poder estatal. Así, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia de fecha 15 de junio de 1981, señala: “Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que (...) han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”. A su turno, el fallo Luth del Tribunal Constitucional Federal alemán señala: “los derechos fundamentales están en primera línea destinados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a las intervenciones del poder público” y, por tanto, son “derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”³³.

Una primera consecuencia de este carácter de los derechos fundamentales, es la que entrega Alexy: dado que tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan la persecución de intereses de la colectividad, pueden ser concebidas como principios, “es posible introducir una carga de argumentación en beneficio de los principios del primer tipo y en contra de los segundos, es decir, una carga de argumentación en beneficio de los bienes individuales y en contra de los bienes colectivos”³⁴.

Dworkin lo plantea en los siguientes términos: “Llamo directriz o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (...). Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”³⁵. Para este autor, los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; mientras que los argumentos políticos se proponen establecer objetivos de carácter colectivo: “Los objetivos colectivos estimulan los intercambios de beneficios y cargas en el seno de una

³¹ Ver Bobbio, N. “Fundamento y futuro de la Democracia” en “Temas”, Ed. Udeval, Valparaíso, 1990.

³² Peces-Barba, Gregorio: “Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría general”, Madrid: Eudema, 1991, p. 193.

³³ Citado por Alexy, Robert: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, op. cit., p. 148.

³⁴ Alexy, Robert: “Teoría de los Derechos Fundamentales”, op.cit., p.101.

³⁵ Dworkin, Ronald: “Los Derechos en Serio”, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 72-73.

comunidad, con el fin de producir algún beneficio global para ésta en su totalidad”³⁶. Sigue Dworkin: “el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos, ni siquiera cuando el beneficio en cuestión sea un incremento del respeto por la ley. (...) Un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese “algo” se haga”³⁷.

Dworkin concluye el capítulo 7 -titulado “Los derechos en serio”- señalando: “La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad e igualdad de éstas serán respetadas”³⁸.

En esta línea, y antes de proseguir nuestro trabajo, cabe preguntarse si el artículo 5° de la constitución tienen o no el efecto de hacer intangibles los derechos, al menos los reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile. A primera vista, pareciera que esta norma constitucional prohíbe al legislador democrático la modificación o reforma de los llamados “derechos humanos” o derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli define los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica...”³⁹. La norma constitucional se impone aquí totalmente a la ley ordinaria e, incluso, según me parece, al poder constituyente futuro.

III

Convengamos en que lo dicho hasta acá sirve para justificar el “atrincheramiento” de los derechos fundamentales y de los mecanismos institucionales básicos que hacen posible el funcionamiento del sistema democrático. No obstante, esta justificación se debilita o falla del todo si un procedimiento agravado de reforma protege instituciones no relacionadas directamente con la democracia misma o los derechos fundamentales. En tales casos, la rigidez de esas cláusulas constitucionales es pasible de la “objeción democrática”, en el sentido que limita las decisiones que, en democracia, el parlamento está llamado a adoptar a través del proceso de deliberación política y por mayoría.

La reforma de la constitución chilena está regulada en el Capítulo XV, en los artículos 127-129 de la Carta Fundamental. El primero de estos artículos señala que los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con

³⁶ Ibid., pp. 158-159.

³⁷ Ibid., pp. 288-289.

³⁸ Ibid., p. 303.

³⁹ Ferrajoli, Luigi: “Derechos y Garantías”, Madrid, Trotta, 1997, p. 37.

las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65 (¿se refiere al número de parlamentarios que pueden suscribir la moción o a las materias de iniciativa exclusiva del Presidente?). El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. En lo no previsto en este Capítulo, se hacen aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórum señalados precedentemente.

El proyecto que aprueben ambas Cámaras pasará al Presidente de la República. Si el Presidente de la República rechazare totalmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras y éstas insistieren en su totalidad por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente deberá promulgar dicho proyecto, a menos que consulte a la ciudadanía mediante plebiscito.

Si el Presidente observare parcialmente un proyecto de reforma aprobado por ambas Cámaras, las observaciones se entenderán aprobadas con el voto conforme de las tres quintas o dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según corresponda, y se devolverá al Presidente para su promulgación.

En caso de que las Cámaras no aprueben todas o algunas de las observaciones del Presidente, no habrá reforma constitucional sobre los puntos en discrepancia, a menos que ambas Cámaras insistieren por los dos tercios de sus miembros en ejercicio en la parte del proyecto aprobado por ellas. En este último caso, se devolverá al Presidente la parte del proyecto que haya sido objeto de insistencia para su promulgación, salvo que éste consulte a la ciudadanía para que se pronuncie mediante un plebiscito, respecto de las cuestiones en desacuerdo.

En suma, respecto al procedimiento de reforma de la Constitución Política, el nuevo texto fundamental sólo innovó haciendo aplicable a éste las normas referidas al proceso de formación de la ley (con quórum elevados) y eliminando el trámite de Congreso Pleno para ratificarlas. Entonces, nuestra constitución contempla tres mecanismos de rigidez constitucional: mayorías cualificadas, veto presidencial y –eventualmente– plebiscito. Ninguno de estos mecanismos es, *per se*, susceptible de la objeción democrática. Sin embargo, la exigencia de una mayoría cualificada para los capítulos VIII (Tribunal Constitucional); XI (Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública); XII (Consejo de Seguridad Nacional) y XV (Reforma de la Constitución), sí lo es.

Siguiendo la línea de razonamiento que hemos propuesto, cabe preguntarse si todos estos capítulos –y sus disposiciones particulares– forman parte del núcleo esencial de la Constitución, compatible y necesario para el resguardo de los derechos fundamentales y del sistema democrático (los *constitutional essentials*, en palabras de Rawls). Bien podría ocurrir que en tales capítulos –así como en los otros que requieren el quórum de 3/5 de integrantes de ambas cámaras– nos encontremos con normas referidas a

asuntos perfectamente triviales (contenidos “espurios”, como los denomina Laporta), cuya inclusión en el texto constitucional tuvo que ver nada más con las circunstancias históricas en que se elaboró la constitución.

Como señala Laporta, “en el caso de la exigencia de *mayorías cualificadas* se produce sin duda una interceptación del proceso democrático así entendido, pues una minoría puede hacer triunfar su posición simplemente oponiéndose al cambio y votando la preservación del *statu quo*. En efecto, la regla de la mayoría establece al menos dos parámetros importantes para los procesos de decisión: en primer lugar, a todos los votos les es atribuido un igual valor, con lo que a efectos del valor de su voto, todos los votantes son tratados como iguales. En segundo lugar, todas las opciones que se someten al procedimiento decisorio basado en la regla de mayoría se someten en pie de igualdad a la consideración de los votantes. La exigencia de mayorías cualificadas ignora esos dos parámetros: da mayor valor a los votos de la minoría que no quiere la reforma constitucional, con lo que los votantes son tratados desigualmente; y se inclina claramente a favor del *statu quo*, pues la posición minoritaria puede triunfar contra la mayoría de los votos”⁴⁰. Por eso, establecer mayorías cualificadas para reformar determinadas disposiciones requiere también una fundamentación basada en los principios básicos del ordenamiento, como la que hemos analizado precedentemente.

De este modo, parece claro que una Constitución excesivamente rígida plantea el problema que Ignacio de Otto ha formulado como enfrentamiento entre el principio de equivalencia de opciones, propio del sistema democrático, y el principio de preferencia a favor de la opción adoptada por la Constitución en los preceptos rígidos o de más difícil reforma. La justificación democrática de las limitaciones a la democracia, insiste este autor, sólo puede encontrarse en la razón que justifica la democracia misma; esto es, los derechos fundamentales⁴¹.

La constitución, entonces, debe flexibilizarse a objeto de compatibilizar el principio democrático -un sistema de gobierno basado en la participación y el libre consentimiento de los gobernados-, que ella misma estatuye como uno de sus valores fundamentales, con los acuerdos constitucionales esenciales -“el coto vedado”-, entendiendo por tales aquellos estrictamente necesarios para permitir la adopción de las decisiones sustantivas que deberían emanar del debate y proceso político, con pleno respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. En otras palabras, la constitución debe dejar de ser un cuerpo normativo estructurado deliberadamente para dificultar el cambio político. Como veremos, para finalizar esta presentación, la concepción de constitución “abierta” y la noción de “resistencia constitucional” no son suficientes para superar los problemas que plantea la rigidez de la carta fundamental.

⁴⁰ Laporta, Francisco: op. cit., pp. 467-468.

⁴¹ De Otto, Ignacio: “Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes”, op. cit., pp. 59-61.

Aguiló—de modo semejante a Kay—sostiene que el constitucionalismo trata de erradicar los males característicos de las dominaciones políticas: la arbitrariedad del poder, el autoritarismo y la exclusión política y social. Ello se traduce, mediante la oposición de las mayorías y minorías en todos sus sentidos relevantes, en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad⁴². Lo cierto, prosigue Aguiló, es que el Estado Constitucional de Derecho aminora pero no suprime las contradicciones que son propias de la política⁴³. Entonces, sugiere este autor, la oposición “abierta/cerrada” predicada de las constituciones resulta interesante de cara al “desarrollo/aplicación” de las constituciones: “Así, una constitución regulativa será abierta cuando permite (en términos regulativos) desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí que son la plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma de la constitución. Por el contrario, serán cerradas las constituciones que al tener un fuerte perfil político e ideológico no permiten (en términos regulativos) desarrollos ideológicos diferentes entre sí sin previamente proceder a la modificación de la constitución”⁴⁴.

En términos similares, Tomás y Valiente—siguiendo a De Otto— señala que “(l)a resistencia de la Constitución puede ser entendida como adaptabilidad a la dinámica política, permitiendo que las diversas opciones políticas puedan alcanzar el poder y convertir en derecho del Estado las distintas expectativas pragmáticas por ellas ofrecidas a los ciudadanos. También como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados pero no definidos. Y además, como resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria (...). La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo”⁴⁵. Para este autor, ello es posible de lograr en la Constitución española gracias a los valores y principios positivizados en la Constitución y aplicados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, como advierte Ferreres, los derechos fundamentales deben reflejar el consenso de la sociedad, es decir, la mayoría de los ciudadanos y sus representantes han de estar de acuerdo con su contenido. Luego, “si la constitución es de difícil reforma, existe el riesgo de que, con el transcurso del tiempo, se produzca el divorcio entre su contenido material y el consenso mayoritario de la sociedad (...). Puede ocurrir que la mayoría no considere “correcto” alguno de los derechos registrados en la Constitución. Y puede suceder también que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos, por no incluir algún derecho “nuevo” que reputa fundamental”⁴⁶. Para este autor, la

⁴² Aguiló, Josep: “Sobre el Constitucionalismo y la resistencia constitucional”, op. cit., p. 291.

⁴³ Ibid., p. 292.

⁴⁴ Ibid., p. 304.

⁴⁵ Tomás y Valiente, Francisco: “La resistencia constitucional y los valores”, en *Doxa* Nº 15-16 (1994), p. 639.

⁴⁶ Ferreres, Víctor: op. cit., p. 33.

Constitución rígida puede evitar el riesgo de “deslegitimación” recurriendo a la abstracción: es decir, empleando términos abstractos al enunciar derechos y admitiendo excepciones implícitas en el ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bien es que hay que ponderar (otra vez –debo advertirlo, pues es relevante para mi siguiente paso argumentativo- vía la justicia constitucional). El problema es que, como admite este autor, la rigidez debe ir acompañada de abstracción; caso contrario, el problema intergeneracional –la objeción democrática- subsiste.

A la vía de la “resistencia constitucional” mediante la “abstracción”, planteada por estos autores, le veo –al menos- dos problemas, que, por ahora, me limitaré a enunciar: En primer lugar, Ferreres, para sustentar su teoría, asume que “*la rigidez tiende a generar abstracción*”, situación que no necesariamente se da en la práctica y, en segundo término, aun cuando eso se diera en la práctica, algunas cláusulas de una constitución rígida pueden tornarse “cerradas” por decisión del Tribunal Constitucional. En tal caso, que es lo que no me parece compatible con el principio democrático, los representantes de la soberanía –el ejecutivo, la mayoría del congreso y la mayoría ciudadana- quedarían “atados de manos” frente a esa decisión.

Por tanto, a mi juicio, la constitución debe abrirse a su desarrollo político-jurídico (legislativo y judicial), tanto por la vía de la modulación, ponderación o aplicación de sus principios –esas “ambigüedades gloriosas”-, como por la vía de un procedimiento de reforma más flexible, si se la quiere liberar efectivamente de la tradición y el autoritarismo –el “peso de la noche”, diría Portales- y conciliar de manera coherente el principio de supremacía constitucional con el principio democrático.