

# Reflexiones sobre una eventual Asamblea Constituyente<sup>1</sup>

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.

Doctor en Derecho Universidad de Oxford,

Máster en Derecho Universidad de Harvard,

Máster en Derecho Universidad de Cambridge,

Magister en Derecho Público

Licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

**RESUMEN:** El ensayo analiza críticamente la noción de que la asamblea constituyente sería el paradigma de legitimidad de una nueva Constitución. Se sostiene que dicha noción asume ciertos significados específicos de legitimidad, constitución y representación, por lo que la consideración de otros significados de estos términos no necesariamente sostendría ese postulado. Además se afirma que la legitimidad de una asamblea constituyente, y de la Constitución que produce, se vincula a aspectos concretos tales como el procedimiento utilizado para la selección de sus miembros y su funcionamiento; el contenido de las decisiones constitucionales, y lo que suceda cuando la nueva Constitución comience su aplicación práctica. Finalmente, recogiendo la experiencia comparada, se propone evitar tres riesgos propios de las asambleas constituyentes: la exclusión de minorías; el *asambleísmo* o invocación y ejercicio de un poder "ilimitado", y su elitismo.

\*\*\*\*\*

## I. Introducción

La campaña presidencial 2013 ha dado lugar a un amplio debate acerca de la necesidad o conveniencia de reemplazar la Constitución de 1980. La discusión de fondo, sin embargo, se ha visto opacada por el debate acerca de la forma y el procedimiento que debería utilizarse para otorgarnos una nueva Constitución. Dos alternativas se han perfilado con fuerza. La primera es la utilización de los mecanismos contemplados en la Constitución de 1980 (i.e., seguir el procedimiento de reforma constitucional contemplado en el Capítulo XV para reemplazar íntegramente el texto constitucional vigente por uno nuevo), lo que radicaría la función constituyente en el Presidente de la República en conjunto con el Congreso Nacional (constituyente derivado). La segunda alternativa

<sup>1</sup> Agradezco la colaboración de mi ayudante de investigación, señorita Beatriz Vergara M.

dice relación con la convocatoria a una asamblea constituyente que redacte una nueva Carta.

La compatibilidad de la opción de convocar a una asamblea constituyente con la actual Constitución ha sido también objeto de controversia. Una postura niega la necesidad de tal compatibilidad, argumentando que dicha asamblea, en cuanto ejercicio de poder constituyente originario<sup>2</sup>, no queda sometida a las normas de la actual Constitución<sup>3</sup>. Otra posición argumenta que, independientemente de que exista o no incompatibilidad entre la asamblea constituyente y la actual Carta, aquella no podría ser declarada. Es así como la asamblea sería convocada por el Presidente de la República mediante un decreto supremo cuya impugnación ante el Tribunal Constitucional requeriría de la mayoría de los diputados o senadores, cuestión que sería políticamente implausible dada la eventual afinidad entre la mayoría de ambas cámaras y el futuro Presidente de la República<sup>4</sup>. Finalmente, están quienes pretenden compatibilizar la asamblea con la Constitución de 1980, mediante una reforma constitucional que agregue a esta última la posibilidad de que el Presidente de la República convoque a una asamblea constituyente.

El presente ensayo pretende ampliar la discusión en torno a la eventual convocatoria de una asamblea constituyente. En lugar de asumir la defensa activista de una postura a favor o en contra de la asamblea, se pretende aportar elementos de técnica constitucional y de derecho comparado que permitan reflexionar sobre esta materia desde una perspectiva jurídica y pragmática.

Finalmente, resulta necesario realizar dos aclaraciones previas. En primer lugar, somos plenamente conscientes de que la decisión de convocar a una asamblea constituyente es esencialmente política, no jurídica. Ello no obstante las enormes consecuencias jurídicas que tal acto provocaría. Si bien el derecho podría señalar el cuándo y el cómo de tal convocatoria, la decisión de invocar al poder constituyente originario no puede deducirse de razonamientos jurídicos. En segundo término, es un gran error pensar que la experiencia comparada no tiene nada que decirnos en estas materias dada la preponderancia en las mismas del contexto doméstico. En efecto, virtualmente la totalidad de nuestra Constitución presente, y de una eventual nueva Constitución, es y será recepcionado del derecho comparado (las instituciones, derechos y principios recogidos en ellas son y serán parte del acervo común del constitucionalismo occidental). Más aún, el derecho comparado permite reconocer patrones, peligros, aciertos, dificultades y carac-

<sup>2</sup> La distinción entre poder constituyente originario y derivado, si bien es ampliamente utilizada en nuestro país, ha tenido detractores. Véase al respecto LINARES (1981) pp. 410-412; SCHMITT (1934) pp. 113-114; BIDART (1964) Tomo I, pp. 159-160.

<sup>3</sup> ZÚÑIGA (2013a); MUÑOZ (2013).

<sup>4</sup> Véase sobre este tema el intercambio epistolar publicado por *El Mercurio* entre los días 6 a 17 de octubre de 2013. Véase también ATRIA (2013) pp. 97 y ss.; y la advertencia que formula PARLETT (2012) pp. 196, 234, etc., sobre esta alianza entre Presidente y "mecanismos populares irregulares".

terísticas comunes a los distintos procesos constituyentes. Por lo mismo, se debe poner atención a lo que aquel nos dice, evitando exagerar nuestra "singularidad".

## II. ¿Es la asamblea constituyente el paradigma de legitimidad constitucional?

Antes de entrar al fondo de esta pregunta debe realizarse varias precisiones. En primer término, la asamblea constituyente es uno de entre varios mecanismos posibles para la creación de una nueva Constitución. En otras palabras, la experiencia comparada demuestra que no es imprescindible recurrir a una asamblea de este tipo, y que tampoco es el mecanismo más utilizado<sup>5</sup>.

Es también necesario destacar que bajo la etiqueta "asamblea constituyente" se esconden una gran variedad de situaciones. No se trata de un modelo único. Es así como la noción de que una asamblea constituyente, al ejercer el poder constituyente originario, adquiere un poder omnímodo, exclusivo y excluyente, es una simplificación. Existen procesos de creación constitucional donde la asamblea constituyente participa del mismo sin monopolizarlo, ya que otros órganos intervienen en el mismo antes y/o después de aquella (e.g., Congreso Nacional, electorado). En otras situaciones, la asamblea se ha sujetado a ciertos lineamientos que han operado como límites sustantivos a su labor. Es el caso de Sudáfrica, donde la Corte Constitucional rechazó el proyecto de Constitución presentado por la asamblea constituyente por no respetar los lineamientos o principios obligatorios pactados previamente<sup>6</sup>.

Otra precisión que nos parece fundamental es que el paradigma de legitimidad en la creación de una Constitución que se vincula a la asamblea constituyente es más complejo. En otras palabras, la asamblea constituyente *no es todo el paradigma*. Éste requiere, *inter alia*, que exista una discusión pública previa, informada, extensa e intensa acerca de la decisión constitucional y su contenido. También requiere participación del pueblo en los inicios del proceso (lo que puede satisfacerse mediante la elección de los miembros de la asamblea), durante el mismo (e.g., sistema de consultas en temas fundamentales o sobre capítulos borradores, comisiones permanentemente abiertas al público, recepción y consideración de propuestas escritas de la comunidad), y en su término (e.g., referéndum confirmatorio del texto aprobado por la asamblea). En consecuencia, la asamblea constituyente es una condición necesaria pero no suficiente para el paradigma de legitimidad en cuestión.

<sup>5</sup> ELKINS et al. (2008) pp. 376-377, identifican 45 métodos distintos, si bien destacan que seis de entre ellos son los más utilizados. Véase también GINSBURG et al. (2009) pp. 54 y ss.

<sup>6</sup> GHAI (--) pp. 8-9; BÖCKENFÖRDE et al. (2011) pp. 48; SZMULEWICZ y TORRES (2013a); SZMULEWICZ y TORRES (2013b).

Adicionalmente, es evidente que la asamblea constituyente no es un mecanismo perfecto, y que sus virtudes y ventajas deben balancearse con sus problemas y desventajas. Por lo mismo, el contexto es fundamental para determinar si la asamblea es la mejor alternativa con que cuenta una sociedad determinada para darse una nueva Constitución.<sup>7</sup>

Realizadas las precisiones anteriores entramos al fondo de la pregunta: ¿es la asamblea constituyente el paradigma de legitimidad constitucional? Al respecto, se presentarán dos tesis: i) depende del sentido que se otorgue a legitimidad, Constitución y representación, y ii) el diablo está en los detalles.

### 1. ¿Qué legitimidad, qué Constitución y qué representación?

Afirmar que la asamblea constituyente es el paradigma de legitimidad constitucional supone adoptar una visión acerca de lo que es legitimidad, constitución y representación. Tales términos, sin embargo, suponen varios significados (no necesariamente excluyentes, sino que muchas veces concurrentes), cuestión que relativiza la asociación entre asamblea constituyente y los conceptos en estudio.

En términos simples, podemos entender la legitimidad como la calidad de algo que merece respeto, obediencia, sometimiento, acatamiento político. Las fuentes de esa legitimidad, sin embargo, son diversas, y han ido variando durante la evolución del pensamiento político (e.g., dinástica, democrática, teocrática). Del mismo modo, se pueden distinguir diversas clases de legitimidad, tales como la de origen (atiende al momento inicial) en contraposición a la de ejercicio (exige una evaluación práctica y continuada en el tiempo). Otra clasificación generalmente utilizada es aquella que distingue entre legitimidad jurídica, sociológica y moral<sup>8</sup>. La primera supone la conformación al orden jurídico (lo que para algunos es un imposible en el caso de una nueva constitución que viene a sustituir el orden jurídico establecido)<sup>9</sup>, la segunda se refiere la obediencia, aceptación o al menos aquiescencia efectiva por parte de una sociedad, y la tercera se resuelve en la conformidad a un orden objetivo de principios y valores (que puede ir desde un "mínimo aceptable" a un grado mucho más exigente de coherencia). Cada una de estas categorías supone, a su vez, distintas fuentes de legitimidad, así como la intervención de diferentes actores.

La idea de asamblea constituyente adopta una visión particular sobre la legitimidad. En efecto, aquella asume que la fuente de la legitimidad es el pueblo, y más precisamente la participación del electorado expresada institucionalmente

<sup>7</sup> HOROWITZ (2006); PARLETT (2012). Contrastar ATRIA (2013) pp. 68 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. FALLON (2005) pp. 1794-1801. Algo similar en BÖCKENFÖRDE et al. (2011) p. 2 (si bien sustituyen la sociológica por la "política").

<sup>9</sup> SCHMITT (1934) pp. 101-104; ZÚÑIGA (2013b) pp. 519-521; MUÑOZ (2013) pp. 76-78.

a través de representantes (los miembros de la asamblea)<sup>10</sup>. En cuanto al tipo de legitimidad, la asamblea constituyente se vincula a la legitimidad de origen (y no a la de ejercicio), y a una legitimidad más bien sociológica. Esto por cuanto la asamblea debiera ser capaz de reflejar con cierta acuciosidad la realidad y los valores del pueblo al que representa, quien a su vez estaría entonces dispuesto a aceptarla y obedecerla.<sup>11</sup> Ello a su vez asume una serie de factores, tales como que el procedimiento de elección de la asamblea constituyente sea inclusivo y democrático, que los principales grupos de la sociedad estén representados en ella, entre otros. Es así como la legitimidad de una asamblea en particular se vincula a cómo se desarrollen una serie de elementos muy concretos, cuestión que analizaremos con mayor detenimiento en la sección siguiente.

En cuanto a la noción de Constitución, aquella puede conceptualizarse desde diversas perspectivas. Una de ellas es de inspiración "contractualista": la Constitución es el pacto político fundamental sobre el cual se estructura la vida en sociedad. Aquella, por tanto, refleja los acuerdos básicos que vinculan a todos los miembros de la comunidad política. En esta visión cobra importancia el procedimiento de creación de la Constitución (en especial la participación que el pueblo haya tenido en él), así como el consenso alcanzado durante su discusión, formulación y puesta en vigencia.

Evidentemente, la aproximación "contractualista" es claramente sinérgica con la idea de una asamblea constituyente, por cuanto esta última asegura, como mínimo, cierta participación del pueblo (aunque sea indirecta) en la determinación de ese pacto político fundamental que regirá a todos los ciudadanos. Adicionalmente, genera expectativas de grados importantes de deliberación y compromiso. En dos palabras, la constitución obliga a todos porque es la creación de todos.

No obstante lo anterior, cabe destacar que la idea de una asamblea constituyente como creadora de la Constitución supone una visión estática del contractualismo. Ello por cuanto la asamblea reflejaría sólo los acuerdos sociales fundamentales existentes en ese momento. Dichos acuerdos, sin embargo, pueden también percibirse en forma dinámica: aquellos van evolucionando en el tiempo, cambiando, siendo sustituidos o adicionados por otros nuevos, o incluso perdiendo vigencia. Desde esta visión dinámica del contractualismo, la asamblea constituyente es irrelevante, ya que lo importante será que los actores jurídicos (y políticos) sean capaces de reconocer la "Constitución viva", i.e., los acuerdos políticos fundamentales existentes en un momento determinado. El origen de la constitución pasa entonces a un segundo plano, y adquieren importancia instituciones tales como la interpretación constitucional, la reforma constitucional, la mutación constitucional, las convenciones o usos, etc.

<sup>10</sup> Cf. ATRIA (2013) pass.

<sup>11</sup> Sobre este vínculo entre pueblo y poder constituyente (si bien no integrando explícitamente la asamblea constituyente), véase DÍAZ (2004) pp. 103 y ss.; 152 y ss.

Ahora bien, existen otras perspectivas para aproximarse a la noción de Constitución. Una de ellas responde a la idea de constitucionalismo como el fenómeno histórico consistente en limitar el poder. Es así como la Constitución se considera primeramente como un instrumento que fija límites efectivos al poder en beneficio de la libertad del ser humano. Reconociendo derechos fundamentales inalienables, dividiendo el ejercicio de las diversas funciones del Estado entre distintos órganos, configurando controles verticales y horizontales, internos y externos, las constituciones han buscado desde siempre "domesticar" el poder del Estado.

Esta noción de Constitución no es incompatible *prima facie* con una asamblea constituyente, la cual puede crear una Constitución que sea un ejemplo en materia de control del poder. Sin embargo, una mirada más cuidadosa demuestra que una asamblea constituyente normalmente (aunque no necesariamente) surge en conflicto con el sistema constitucional vigente. Se trata de un rompimiento, un desborde del orden constitucional invocando el poder constituyente originario, y por lo mismo, se trata de una situación en la cual la Constitución ya no es capaz de limitar el poder. Ello es particularmente alarmante si tal rompimiento es liderado por las autoridades constituidas, ya que aquellas, al invocar al poder constituyente originario, exceden competencias y dejan de someterse a los controles existentes.

Se podría argumentar que no tendría sentido invocar a la Constitución en cuanto límite al poder para objetar una asamblea constituyente, toda vez que esta última sería el producto directo del poder constituyente originario. Esta afirmación, sin embargo, asume que tal relación sería evidente. En la práctica, sin embargo, esto puede representar un problema. En efecto, cuando el procedimiento de convocatoria y funcionamiento de una asamblea constituyente no se contempla en la Constitución vigente (cual es la situación en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos), ¿cómo sabemos que el cuerpo autodenominado asamblea constituyente realmente puede considerarse como tal y ejercer el poder constituyente originario? Esto nos lleva a un problema más general de los procesos de modificación constitucional: cuando no se utilizan los procedimientos previamente establecidos por la Constitución (i.e., reforma constitucional), ¿cómo identificar que nos hayamos frente a poder constituyente (derivado u originario)?<sup>12</sup> Y dada esta falta de certeza, ¿es razonable reconocer a una asamblea un poder tan vasto?

<sup>12</sup> La situación inglesa permite ilustrar mejor este punto. En Inglaterra uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional es el de la supremacía o soberanía parlamentaria. Este principio impide a cualquier Parlamento imponer límites inmodificables a futuros Parlamentos. Pues bien, las Leyes Parlamentarias de 1919-1949 reconocen una importante excepción a este principio, toda vez que definen la forma en que debe expresarse la voluntad del Parlamento para ser reconocida como tal, cuestión que, según la doctrina inglesa, escaparía a la mera voluntad del Parlamento de turno. En el fondo, la necesidad de certeza (cómo se reconoce la voluntad del Parlamento) prima sobre otras consideraciones (la soberanía parlamentaria).

Lo anterior nos lleva a una concepción de Constitución como la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, una suerte de *high law* cuyo contenido conforma y obliga al resto de las normas. La consecuencia directa de la superioridad jerárquica de la Constitución consiste en que, en caso de conflicto con cualquier otra norma jurídica (al menos de derecho interno), aquella primará siempre. En principio, una asamblea constituyente no quedaría sujeta a esta *high law*, pues su propósito es justamente cambiarla. Sin embargo, ¿cómo sabemos que nos hayamos frente a una asamblea que ejerce el poder constituyente originario? Nuevamente tropezamos con el problema de las formas: cómo reconocer el carácter de mecanismos de modificación constitucional a situaciones o fenómenos no previstos en la Constitución.

Finalmente, cabe destacar la noción de constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales. La experiencia del siglo XX nos demostró que el legislador podía rápidamente convertirse en el mayor verdugo de la libertad, de la vida, de la propiedad y de tantos otros derechos<sup>13</sup>. En razón de lo anterior, y como una forma de proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías, se garantizó la revisión de las normas legales a la luz de los derechos fundamentales recogidos en los textos constitucionales. Tales derechos se convierten en el corazón infaltable en toda Constitución<sup>14</sup>, y transforman la visión tradicional de limitación del poder. En palabras de Bidart Campos: "No se reconocen derechos para limitar al poder, sino, a la inversa, se limita al poder para preservar los derechos"<sup>15</sup>.

Esta noción de Constitución no es incompatible con la idea de una asamblea constituyente, pero le impone requisitos de fondo a su trabajo. En otras palabras, la legitimidad de la Constitución no dependerá tanto del procedimiento de su creación (si bien este procedimiento también puede ser evaluado a la luz de su respecto a los derechos fundamentales involucrados, tales como el derecho a la participación política, libertad de expresión, etc.), sino de si la Constitución resultante constituye un buen medio de protección de derechos fundamentales (tanto por lo que ella reconoce, como por lo que omite, y también por las garantías jurisdiccionales concedidas). Usando las categorías mencionadas, el énfasis aquí es en la legitimidad de ejercicio y en la moral, no en la de origen y en la sociológica, que son las que se relacionan más directamente con la asamblea constituyente. En definitiva, para esta visión de la Constitución la asamblea en sí no presenta un valor o disvalor relevante, y no hace la Constitución más o menos legítima.

<sup>13</sup> BACHOF (1985) p. 48; FAVOREU (1994) p. 22; CEA (2001).

<sup>14</sup> Al punto que constituciones que originalmente no contenían un catálogo de derechos, como la francesa, se han visto en la obligación de incorporarlos en virtud de complejos y conflictivos procesos jurídicos, tales como la invocación de constituciones pasadas o del derecho internacional escrito y consuetudinario.

<sup>15</sup> BIDART (1987) p. 52.

En síntesis, la asamblea constituyente se presenta como el ideal de legitimidad de una Constitución sólo bajo una de las visiones posibles de ésta –la contractualista–, y lo hace sólo desde una de las dos perspectivas posibles –la estática y no dinámica. Bajo otras visiones de lo que es una Constitución, la asamblea se presenta como problemática o irrelevante.

En cuanto a la noción de representación y de democracia representativa, la asamblea constituyente se vincula a ciertas visiones de aquellas. Es así como se asume una representación formalista, donde la relación entre el representante y el representado consiste en una autorización previa (el representante “ha recibido un derecho a actuar que no poseía antes, y el representado se ha hecho responsable de las consecuencias de esa actuación como si lo hubiese realizado el mismo”<sup>16</sup>), cual es la elección del miembro de la asamblea. El problema de concebir la representación de esta manera es que puede ser sólo forma y nada de sustancia: el representante actúa por el representado, pero *lo que hace*, el contenido de sus actuaciones, no es relevante si las formalidades autorizatorias se han cumplido<sup>17</sup>. Evidentemente, esto restringe mucho las posibilidades de evaluar tal representación. Podría señalarse que la asamblea constituyente no es incompatible con otras formas de representación (e.g., sustantiva, descriptiva, virtual)<sup>18</sup>, y más aún, que la reunión o superposición de diversas maneras de representar es particularmente bienvenida. Sin embargo, el punto es que normalmente las asambleas constituyentes no aseguran estos otros tipos de representación: pueden darse o no, según el caso. Cuando estas representaciones no ocurren, nos parece que la reducción de la representación a su vertiente exclusivamente formalista perjudica sensiblemente la legitimidad de la asamblea, afectando a su vez su calidad de “paradigma” de legitimación de las constituciones.

Un punto relacionado a lo anterior dice relación con la aproximación que se tenga hacia la democracia representativa. En términos simples y esquemáticos, existen dos opciones principales. O se la considera como un sustituto insatisfactorio pero inescapable de una superior –pero hoy imposible– democracia directa, o se la ve como una mejora respecto de esta última. Mejora por cuanto permite la deliberación, la creación de “lo político” mediante la discusión libre y honesta entre los representantes. Esta visión, a su vez, requiere representantes autónomos de la voluntad de sus representados, capaces de discutir con libertad y sin definiciones o posturas previas inamovibles.

Nos parece que la asamblea constituyente se vincula mejor a la segunda visión, toda vez que enfatiza la deliberación política como forma idónea para alcanzar

<sup>16</sup> PITKIN (1967) pp. 38-39. Traducción propia.

<sup>17</sup> LAPORTA (1989) p. 136.

<sup>18</sup> PITKIN (1967); MANSBRIDGE (2003).

un pacto político fundamental. Al contrario, una postura más cercana a una democracia directa prefiere vías que aseguren un control popular mayor sobre la toma de decisiones (e.g., referéndums), o al menos que los miembros de la asamblea se hallen sujetos a las instrucciones de sus electores, cuestión que debiera reflejarse en el resultado final. No obstante lo anterior, hay quienes han destacado que, en la práctica, las asambleas constituyentes están lejos de ser un buen escenario para la deliberación política. Ello principalmente debido al ambiente de crispación que suele darse en sus procedimientos, la aparición de divisiones profundas acerca de cuestiones fundamentales, así como la presión impuesta por la existencia de plazos para cerrar la discusión y entregar resultados<sup>19</sup>.

En síntesis, cuando se afirma que la asamblea constituyente es un paradigma de legitimidad de las Constituciones, se está haciendo referencia a ciertas visiones de lo que se puede entender por legitimidad, constitución y representación. Por lo mismo, si bien no se trata de un enunciado falso, aquel debe ser calificado, de forma de explicitar los supuestos que aquel encierra.

## 2. El diablo está en los detalles

Como señaláramos previamente, la legitimidad de la asamblea constituyente está vinculada a una serie de elementos muy concretos. En esta sección analizaremos algunos de ellos.

### a) *El Procedimiento*

En primer término, las características del procedimiento de elección de sus miembros, y de funcionamiento posterior, son de gran importancia. Una primera cuestión a determinar es su fin último: ¿se trata de obtener el mayor bien social, la mejor fórmula constitucional?<sup>20</sup>, ¿o más bien el procedimiento debe buscar que el proceso sea el mejor reflejo de las preferencias existentes en la sociedad?, ¿o en realidad debe apuntar a encarnar con la mayor fidelidad un ideal de justicia procedimental?<sup>21</sup> Esta pregunta es esencial, ya que condicionará todo el procedimiento. Así, por ejemplo, el sistema electoral será más proporcional si se intenta reflejar con mayor exactitud las distintas posturas existentes en una sociedad, pero será más mayoritario si se considera que la mejor Constitución exige cierta unidad de principios que es incompatible con una gran diversidad de opiniones. Del mismo modo, énfasis en la justicia procedimental puede imponer requisitos de imparcialidad, o de compromiso, al

<sup>19</sup> HOROWITZ (2006) p. 10.

<sup>20</sup> La determinación de qué se debe entender por "mejor Constitución" también se vincula a los objetivos que se persigan al crear la nueva carta. Ver GHAI (--) pp. 2-4.

<sup>21</sup> Cfr. BEITZ (1989) Part I.

funcionamiento interno de la asamblea que puedan dificultar el fiel reflejo de las preferencias de la sociedad en el resultado final. Otras características del procedimiento que pueden verse claramente influidas por el fin que se adopte son el tamaño y los quórum de funcionamiento y de decisión, tanto del pleno como de las comisiones, así como la integración de estas últimas. Es así como sociedades multiculturales y multigrupales pueden demandar números altos de representantes (para acomodar a todos los grupos y subgrupos relevantes), cuestión que a su vez puede afectar tanto la calidad del trabajo (en parte por la dificultad de poner de acuerdo a tantos), como la justicia procedimental (e.g., sobredimensión de ciertos grupos para darles visibilidad suficiente).

En todo caso, la situación se vuelve más compleja si se considera que no siempre estos fines se adoptan como exclusivos y excluyentes, sino que se sobreponen con mayor o menor fuerza relativa, haciendo muy desafiante diseñar un procedimiento armónico.

Adicionalmente, el procedimiento también se relaciona con la idea de democracia representativa y de representación que se tenga, así como a la noción de Constitución que se adopte, tal y como señalamos en la sección precedente. Así, por ejemplo, una visión más bien desconfiada de la democracia representativa potenciará mecanismos de participación y de control de la ciudadanía durante el funcionamiento de la asamblea, así como posteriores (e.g., referéndum confirmatorio del texto constitucional preparado por la asamblea). Del mismo modo, una visión de la Constitución como instrumento de defensa de los derechos fundamentales puede traducirse en la revisión del texto aprobado por parte del tribunal constitucional respectivo, o de una institución semejante.

Otro elemento importante cuando se trata del procedimiento son las negociaciones previas a la convocatoria a asamblea constituyente. En efecto, es un error pensar que el proceso de creación constitucional comienza con dicha convocatoria: a ella precede un período, que puede durar años, en que las fuerzas políticas acuerdan, entre otras materias, algunas características fundamentales del procedimiento<sup>22</sup>. Ello puede incluir los énfasis del mismo, plazos, acuerdos sobre ciertos mínimos que deberá considerar la nueva Constitución, e incluso limitaciones a lo que tratará y acordará la asamblea. Considerar estas negociaciones es relevante, porque de algún modo “desmitifica” o “desidealiza” el proceso constituyente, demostrando que por muy absoluto que se declare el poder constituyente originario invocado por la asamblea constituyente, en los hechos aquel está condicionado por una realidad política. Volvemos por tanto a una de las aclaraciones que hicieramos en la introducción: el llamado a una asamblea constituyente es una decisión eminentemente política. Y es ingenuo

<sup>22</sup> GHAI (--) pp. 11 y ss. Véase también GINSBURG et al. (2009) p. 5.4.

pensar que dicha decisión es “simple”, i.e., sólo circunscrita a convocar a la asamblea, la que quedará en completa libertad para determinar el procedimiento, las formas y el fondo de la nueva Constitución. Por el contrario, la decisión política de llamar a una asamblea constituyente es compleja, y normalmente incluye (expresa o implícitamente) precisiones, restricciones y límites al proceso (y eventualmente al resultado) de lo que está comenzando. Podría señalarse que tales limitaciones carecen de fuerza real en cuanto la asamblea es soberana para respetarlas o no. Cabe a este respecto recordar, sin embargo, que la asamblea constituyente estará normalmente compuesta por miembros de los mismos partidos políticos que dominan las instituciones permanentes del Estado (fundamentalmente Presidencia de la República y Congreso Nacional), por lo que suponer que la asamblea se va a apartar completamente de las negociaciones políticas previas nos parece un error. Son los mismos actores quienes participan en ambos procesos (negociaciones previas y asamblea constituyente). Más aún, son los mismos actores quienes ocuparán las nuevas instituciones del Estado. Por lo mismo, el desconocimiento de los acuerdos alcanzados por la elite política, la misma que deberá seguir gobernando en conjunto, nos parece muy improbable. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los diseñadores del proceso constituyente puedan controlarlo a cabalidad. Tal y como demuestra el derecho comparado, tales procesos suelen desarrollar una dinámica propia difícil de predecir<sup>23</sup>. De ahí que la importancia de que las negociaciones previas establezcan limitaciones realistas, especialmente en cuanto al fondo.

Un asunto relacionado con lo anterior que también debe considerarse es la integración de actores distintos a los partidos políticos. Si bien el rol crucial e indispensable de estos en la democracia contemporánea los convierte en protagonistas obligados del procedimiento de creación de una nueva constitución, ello no implica que monopolicen dicho proceso. Es así como la experiencia latinoamericana reciente muestra cómo se ha intentado recoger en la composición de la asamblea un rango de movimientos y agrupaciones que excede a los partidos políticos. Dicha integración complementaria de la asamblea permite matizar la representación política “clásica” (formalista y ordenada según coordenadas ideológicas), con una representación de carácter más “descriptivo”. La representación descriptiva es aquella en que el representante es similar (“refleja”) al representado en una o varias formas, normalmente porque comparten un atributo o característica<sup>24</sup>. Por ejemplo, una mujer, un indígena, un magallánico representa a las mujeres, los indígenas o los magallánicos de una forma que es complementaria a la del representante que fue elegido en razón de su partido político. La representación descriptiva intenta

<sup>23</sup> GINSBURG et al. (2009) p. 5,11.

<sup>24</sup> PITKIN (1967) cap. 4. También ha sido denominada *typical representation* (NODLINGER (1968) p. 115); *sociological* (SARTORI (1999) p. 2; DUGUIT (2005) pp. 104-105), o *identity representation* (BRITO Y RUNCIMAN (2008) pp. 80,110 y ss.

producir un “efecto microcosmos”, i.e., que el cuerpo representativo sea un reflejo de la comunidad política que representa<sup>25</sup>. De esta manera, cuando la asamblea constituyente se integra con representantes descriptivos (en forma complementaria y no sustitutiva de los representantes “ideológicos”), la legitimidad del proceso puede verse aumentada, ya que se permite la integración de grupos normalmente excluidos<sup>26</sup>.

Otro elemento relevante son las reglas de transición, i.e., las que van a regir durante el proceso de creación de una nueva Constitución.<sup>27</sup> Tales reglas pueden ser el resultado de las negociaciones previas antes mencionadas, o pueden ser otorgadas por la misma asamblea constituyente. El problema es cómo se formalizan estas reglas de transición. En estricto rigor, no pueden ser dictadas por las autoridades instituidas, ya que estarían sepultando el Estado de Derecho al crear una institucionalidad y una normativa diversa a la establecida por la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente, sin competencia para ello. Si lo hace la asamblea constituyente, al menos se resuelve en parte el problema de legitimidad al invocar al poder constituyente originario como fuente de la normativa transitoria. Sin embargo, esta alternativa presenta la dificultad de que la asamblea puede entrar en conflicto directo con los órganos constituidos, con el agravante de que no existe normativa alguna aplicable a la solución de tales conflictos. Tal ha sido la experiencia de algunos países latinoamericanos (e.g., Bolivia, Ecuador). La asamblea reclamará siempre supremacía en razón del poder constituyente originario, pero no hay garantía de que los otros órganos acepten esta argumentación, particularmente porque no se puede deducir “automáticamente” que la competencia para dictar una nueva Constitución lleve aparejada la facultad de dictar reglas de transición. Ello es aún más evidente cuando el procedimiento constituyente excede a la asamblea (e.g., existe un referéndum confirmatorio del texto propuesto), pues en tal caso aquella no se puede arrogar el ejercicio (al menos exclusivo) del poder constituyente originario.

Otro elemento a considerar es cómo se integran los expertos al trabajo de redacción de la nueva constitución. Al margen del componente político, aquella es una norma jurídica, y como tal debe ser construida tomando en consideración las técnicas, el lenguaje y las consecuencias jurídicas que tendrá. Por lo mismo, un proceso constituyente serio no puede cerrarse a los expertos en derecho constitucional, quienes además harán presente elementos tan importantes como la tradición chilena y la experiencia comparada en las diversas materias que se discutan<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> PITKIN (1967) p. 75.

<sup>26</sup> MANSBRIDGE (1999) 648 y ss.; BRITO Y RUNCIMAN (2008) p. 116. Cfr. GHAI (--) p. 22.

<sup>27</sup> Véase GHAI (--) pp. 12-16.

<sup>28</sup> HOROWITZ (2006) p. 15; GHAI (--) pp. 30-31.

## b) El Fondo

Existen dos maneras de plantear este tópico. La primera consiste en afirmar que la legitimidad de una asamblea constituyente no puede dissociarse de la legitimidad de la Constitución que produce, la que a su vez, particularmente la de tipo moral (ver la sección II.1 precedente), no puede escindirse de su contenido. En otras palabras, una asamblea constituyente *no puede decidir cualquier cosa* y plasmarla en un proyecto de nueva Constitución. La segunda forma de acercarse a este problema es afirmando que aun cuando la legitimidad de la asamblea pueda efectivamente ser puramente procedimental, escindiéndola de la legitimidad de la Constitución que produce, esta última depende de ciertos factores de fondo, y por lo tanto, la asamblea constituyente no puede considerarse como un paradigma de la legitimidad de la Constitución que crea toda vez que la legitimidad de la primera no basta para asegurar la legitimidad de la segunda.

Cabe también destacar que vincular la legitimidad de una asamblea constituyente, o de una Constitución, a ciertos elementos de fondo de esta última es indudablemente polémico, sea porque sólo debieran considerarse las características del procedimiento pero nunca el resultado, sea porque los parámetros utilizados son objeto de controversia. No obstante lo anterior, y sin entrar en la gran discusión acerca de las visiones opuestas que al respecto sostengan diversas escuelas de pensamiento jurídico (particularmente el iusnaturalismo y positivismo), creemos que aun adoptando una posición puramente pragmática resulta evidente que existen ciertos elementos de fondo que no son transables en el constitucionalismo actual (lo que evidencia una superposición de las legitimidades sociológica y moral).

Es así como un primer elemento fundamental en toda Constitución contemporánea es la protección de las minorías. Este elemento es tan importante que, tal y como señalábamos previamente, una forma de concebir una Constitución es justamente como un mecanismo de protección de las minorías. Por lo mismo, si aquella falla en este cometido carece de la legitimidad suficiente, y se hace cómplice de los abusos que se puedan cometer a su amparo (o al menos en su silencio).

Ahora bien, una de las formas más importantes de defensa de las minorías es a través de la protección de los derechos fundamentales, lo que nos lleva a un segundo elemento fundamental en toda Constitución. Si bien existen distintas formas de entender la naturaleza y la fuente de los derechos fundamentales, una visión fuerte de los mismos necesariamente implica reconocer que aquellos, al menos en su esencia, escapan a la disponibilidad del mismísimo poder constituyente<sup>29</sup>, tal y como lo reconoce el artículo 5° de la Constitución de

<sup>29</sup> Véase LOEWENSTEIN (1976) pp. 192 y ss.; BACHOF (1985) p. 41; SILVA (1997) Tomo I, pp. 102-104.

1980 al declarar que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana. Por lo mismo, existe un mínimo de protección de los derechos fundamentales que, a nuestro juicio, opera como un requisito de fondo de legitimidad de todo proceso constituyente. Dada la importancia contemporánea otorgada a los derechos fundamentales, tanto a nivel jurídico como político, esta afirmación no debiera causar mayor sorpresa.

Un tercer elemento de fondo a considerar es el derecho internacional. No cabe duda que aquel goza hoy de una creciente influencia sobre los ordenamientos nacionales. Ello no sólo se refiere a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, sino también a los tratados de protección de inversiones, las normas de derecho supranacional emanadas de instituciones tales como la Unión Europea, la costumbre internacional, la jurisprudencia emanada de tribunales internacionales y supranacionales, etc. Este conjunto de normas jurídicas vincula cada vez más fuertemente a los Estados, incluso con la expectativa de influir en las determinaciones de rango constitucional. Un ejemplo reciente es el de la Constitución de Hungría, la cual ha estado sujeta a una serie de cuestionamientos por su supuesta incompatibilidad con el derecho internacional en general, y de la Unión Europea en particular. Otro ejemplo aun más evidente es el de Bosnia-Herzegovina y el caso *Sejdić*<sup>30</sup>, en el cual la Corte Europea de Derechos Humanos encontró una contradicción entre los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos y la Constitución nacional, ordenando la modificación de esta última para permitir el acceso de personas de cualquier etnia a las más altas magistraturas del Estado<sup>31</sup>.

Adicionalmente, cabe considerar que vincular la legitimidad de una asamblea constituyente al contenido de la Constitución que propone destaca la importancia de la discusión y negociación previas a la convocación de dicha asamblea. En otras palabras, la posibilidad de que las fuerzas políticas principales logren un acuerdo básico en torno a los contenidos fundamentales y/o indisponibles de la futura Constitución puede ser de gran ayuda para evitar problemas de legitimidad futuros. Así lo demuestra la experiencia Sudafricana, donde tales acuerdos permitieron modificar el proyecto original de Constitución emanado de la asamblea constituyente, evitando un conflicto acerca de la legitimidad de la nueva Constitución.

Finalmente, es importante resaltar que se han planteado otros límites a la potestad constituyente, tales como los valores jurídicos y políticos fundamentales de la comunidad (tales como la justicia), el bien común, el sentido común, la realidad, y las "exigencias permanentes del fin propio de la sociedad política"<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* (2009).

<sup>31</sup> MCCRUDDEN y O'LEARY (2013) cap. 7.

<sup>32</sup> SILVA (1997) Tomo I, pp. 102-103. Véase también PEREIRA (1998) p. 76; BIDART (1964) pp. 172-173. Contrastar con ZÚÑIGA (2013b) pp. 529-530.

### ***c) El proceso ex-post***

La celebración de una asamblea constituyente no es el final del camino. Después que aquella produce una nueva Constitución (la cual puede o no ser sometida a trámites posteriores, tales como su ratificación popular vía referéndum), comienza la difícil tarea de aplicación práctica de la misma, a través de la cual obtendrá y/o comprobará su legitimación sociológica.

Podría pensarse que lo que suceda en esta etapa escapa a la esfera de acción propia de la asamblea constituyente. Es cierto que aquella ya ha cumplido su labor, y normalmente habrá dejado de existir como tal. Sin embargo, nos parece implausible sostener que las acciones y decisiones adoptadas por la asamblea sean inocuas para el proceso posterior de aplicación y legitimación de la nueva Constitución. Así, por ejemplo, un proceso deliberativo abierto a la comunidad, una asamblea preocupada de informar constantemente acerca de las decisiones que va adoptando, una deliberación que considera y pondera las eventuales consecuencias de las decisiones que se adoptan, una visión clara del impacto de tales decisiones sobre el ordenamiento jurídico vigente, el respeto a las tradiciones constitucionales nacionales, entre otros, pueden ser de gran ayuda en el proceso posterior de legitimación constitucional. Lo anterior no significa, sin embargo, que la asamblea sea la principal responsable de lo que ocurre en esta etapa, sino sólo que aquella puede contribuir a que sea un éxito o un fracaso, y que por lo tanto no corresponde eximirla de toda responsabilidad al respecto.

Ahora bien, al sostener que la legitimidad sociológica que desarrolla una Constitución dependerá de un proceso que escapa al control (aunque no a la influencia) de la asamblea constituyente, estamos nuevamente retornando a la idea de que la legitimidad de una Constitución no se agota en su creación mediante una asamblea ad hoc.

### **III. Algunas advertencias: lo que hay que evitar**

Nos parece que la experiencia comparada nos puede otorgar orientaciones respecto de qué debemos evitar si queremos que la asamblea constituyente y la Constitución que ella crea no queden expuestas a cuestionamientos serios respecto de su legitimidad. En esta sección analizaremos tres de ellas.

En primer término, es absolutamente indispensable que concurren a ella, si no todos, los principales sectores políticos. No es concebible una asamblea constituyente que no considere a las minorías políticas (al menos a las relevantes), ya que su inclusión es una garantía mínima de consideración de sus intereses y opiniones, de representatividad de la sociedad en su conjunto, y de delibe-

ración política real (informada y contrastada). Por lo mismo, la inclusión de las minorías debe ser no sólo *cuantitativa*, sino también *cualitativa*, i.e., no basta con incorporar un número relevante de representantes de la minoría, sino que adicionalmente se necesitan otras medidas tales como la utilización de quórum significativos en ciertos asuntos (incluso cercano al veto en el caso que se trate de materias que afectan directa y primordialmente a alguna minoría, y que le resulten esenciales<sup>33</sup>); la integración de los diversos comités y comisiones con miembros de tales minorías; la imposibilidad de forzar el cierre anticipado del debate sin una mayoría calificada; la asignación proporcional de los tiempos en los debates en sala y comisión; la construcción integrada de la agenda, etc.

La no inclusión de las minorías relevantes hierde de muerte la legitimidad de cualquier asamblea constituyente, lo que eventualmente puede redundar en la rápida sustitución de la misma, e incluso en el revanchismo de los excluidos en primer término. Útil a este respecto es la experiencia de Venezuela, donde la ínfima representación de la oposición al régimen chavista en la asamblea que dio lugar a la Constitución de 1999 ha resultado en que el actual líder opositor haya manifestado insistentemente la necesidad de convocar a una nueva asamblea constituyente en cuanto la oposición alcance el poder. Este "sistema circular", donde quien se hace del poder crea una nueva Constitución, no sólo destruye completamente el concepto mismo de legitimidad constitucional, sino que es la negación del constitucionalismo, ya que el poder deja de estar sujeto al derecho.

Un segundo problema es evitar el *asambleísmo*, i.e., la situación en que la asamblea constituyente, invocando el poder constituyente originario, asume en los hechos un poder omnímodo, amenazando e interviniendo los poderes constituidos mediante normas de transición abusivas. Según la célebre frase de Lord Acton, el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente... Peor aún si consideramos que no existen mecanismos claros de *accountability* de la asamblea y de sus miembros, más allá de un eventual referéndum confirmatorio del texto constitucional propuesto, el cual es a todas luces insuficiente para el propósito que estamos analizando.

En relación al punto anterior, es útil recordar que la asamblea Constituyente *no es el pueblo*. Es su representante, nada más ni nada menos. El poder constituyente originario pertenece a este y no a aquella, cuestión que es importante recalcar, particularmente durante el funcionamiento de la asamblea constituyente.

Un tercer problema es el elitismo propio del mecanismo de la asamblea constituyente, el cual puede exacerbarse al punto de dañar considerablemente la

<sup>33</sup> Cfr. MANSBRIDGE (1999) pp. 634-635 y nota 9.

legitimidad del proceso. Este elitismo es consecuencia de una serie de factores. Es así como los miembros de las asambleas tienden a ser políticos profesionales, miembros de los partidos dominantes, los mismos que controlan los poderes democráticos constituidos. De igual modo, la temática propia de la creación constitucional exige conocimientos y perspectivas que restringen enormemente la capacidad de la población para participar, o incluso informarse adecuadamente, del proceso en cuestión. Esto se ve exacerbado por la especificidad y multiplicidad de los temas en discusión. Adicionalmente, aun cuando exista un referéndum confirmatorio del texto propuesto por la asamblea, el pueblo sólo puede decidir si acepta o rechaza el mismo como un todo (excepcionalmente pueden realizarse preguntas específicas y separadas sobre algunos temas fundamentales), cuestión que, más allá de las formalidades, en gran medida lo excluye del proceso constituyente. Todo lo anterior es, en cierta medida, inevitable. Sin embargo, es posible adoptar ciertas medidas que reduzcan el elitismo involucrado en este proceso. En efecto, la integración de la asamblea puede abrirse a miembros externos a los partidos políticos, o incluso se puede vedar a los parlamentarios en ejercicio y otros altos funcionarios del Estado participar en la elección para miembros de la asamblea constituyente. Del mismo modo, se puede desarrollar un procedimiento de consulta permanente de la asamblea y sus comisiones a la población, y/o presentar resultados parciales del trabajo constituyente sin esperar a contar con un texto completo del proyecto de nueva Constitución. Más aún, la discusión previa a la convocatoria a la asamblea puede identificar ciertos temas de interés para la opinión pública, así como sus posturas acerca de los mismos, cuestiones que pueden guiar el trabajo de la asamblea. En definitiva, existen una serie de mecanismos que permiten atenuar el carácter elitista de la asamblea, de forma de no exagerar más allá de lo razonable la ficción de que es el pueblo quien se está dando una nueva Constitución. Lo anterior, por tanto, requiere un esfuerzo consciente y permanente de acercar la discusión constitucional a la población, y de seguir sus directrices cuando ello sea posible. El problema es que tales esfuerzos, en la actualidad, parecen ser escasos y minimalistas<sup>34</sup>.

#### IV. Conclusiones

1. La discusión actual acerca de la necesidad o conveniencia de dictar una nueva Constitución a través de una asamblea constituyente es esencialmente política. Desde el derecho, sin embargo, es posible profundizar el debate, superando una serie de caricaturas y generalizaciones, explicitando los su-

<sup>34</sup> GINSBURG et al. (2009) pp. 5.6-5.8. Véase también HOROWITZ (2006) p. 15, quien señala que ciertas fases de la creación de una nueva Constitución deben ser menos "transparentes" o abiertas a la participación popular, de modo que los expertos puedan efectivamente "diseñar" la nueva constitución. GHAI (--) pp. 4-5, valora la participación popular en los procesos constituyentes, pero también llama la atención sobre sus problemas.

puestos que subyacen en diversas argumentaciones, identificando malentendidos, y atendiendo a las lecciones que nos da la experiencia comparada. En definitiva, las cosas no son tan simples como el debate político las presenta.

2. Afirmar que la asamblea constituyente es el paradigma de legitimidad de las Constituciones es inexacto y simplista. Dicho postulado asume ciertas nociones específicas de legitimidad, constitución y representación, en circunstancias que estos conceptos presentan múltiples significados. En efecto, se enfatiza sólo la legitimidad de origen y la sociológica; se considera a la Constitución únicamente como pacto político fundamental (en un sentido estático y no dinámico), y se acepta una representación entendida como un mecanismo exclusivamente formal (aunque con apertura a nociones más complejas y exigentes) que permite una mejor forma de democracia (representativa y deliberativa).
3. No toda asamblea constituyente es legítima, o lo es en el mismo grado. Su legitimidad, incluso en un sentido limitado, se vincula directamente a factores concretos tales como el procedimiento que se utilice para la negociación, convocatoria y funcionamiento de la asamblea; el contenido de las decisiones que aquella adopte, e incluso lo que suceda después que cese en su cometido.
4. Ni la mejor y más legítima asamblea constituyente garantiza la legitimidad de la Constitución que produce, porque la legitimidad de esta última no depende completamente de la asamblea, aunque exista un vínculo entre ellas.
5. Es necesario desfetichizar la asamblea constituyente. Más allá de su gran simbolismo, la identificación de la asamblea con el pueblo para los efectos de ejercer el poder constituyente originario es una ficción que no debe llevarse demasiado lejos.
6. Problemas que deben evitarse en procesos de este tipo son la exclusión de minorías relevantes, la exageración de los poderes "ilimitados" de la asamblea, y el refuerzo de sus caracteres marcadamente elitistas.

## V. Bibliografía

### 1. Libros y capítulos de libro

ATRIA, Fernando (2013): *La Constitución Tramposa* (Santiago, LOM Ediciones) 160 pp.

BACHOF, Otto (1985): *Jueces y Constitución* (Madrid, Civitas Ediciones) 72 pp.

BEITZ, Charles (1989): *Political Equality* (New Jersey, Princeton University Press) 253 pp.

BIDART, German (1987): *La Interpretación y el Control Constitucional de la Jurisdicción Constitucional* (Madrid, Ediar) 353 pp.

BRITO, Mónica y RUNCIMAN, David (2008): *Representation* (Cambridge, Polity) 213 pp.

DÍAZ, Sergio (2004): *Teoría de la Reforma Constitucional* (Buenos Aires, Ediar) 800 pp.

DUGUIT, León (1005: *L'État, les gouvernants et les agents* (Paris, Dalloz) 774 pp.

FAVOREU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales* (Madrid, Ariel) 160 pp.

LINARES, Segundo (1981): *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (3ª edición, Buenos Aires, Plus Ultra) Tomo II

LOEWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución* (2ª edición, Barcelona, Ariel) 539 pp.

MCCRUDDEN, Christopher, y O'LEARY, Brendan (2013): *Courts and Consociations*, (Oxford, Oxford University Press) 188 pp.

MUÑOZ, Fernando (2013): "'Chile es una República Democrática': La Asamblea Constituyente como Salida a la Cuestión Constitucional", en *Anuario de Derecho Público 2013* (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 60-94.

NORDINGLER, Eric (1968): "Representation, Governmental Stability, and Decisional Effectiveness", en PENNOCK, Ronald y Chapman, John (editors), *Representation* (Nueva York, Atherton Press) pp. 108 -127.

PEREIRA, Antonio (1998): *Teoría Constitucional* (Santiago, Editorial Conosur) 590 pp.

PITKIN, Hanna Fenichel (1967): *The Concept of Representation* (Berkeley, University of California press) 323 pp.

SCHMITT, Carl (1934): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Revista de Derecho Privado) 451 pp.

SILVA, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

## 2. Artículos e Informes

BOCKENFORDE, Markus; HEDLING, Nora y WAHIU, Winluck (2011): "A Practical Guide to Constitution Building", International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Disponible en: [www.constitutionnet.org/files/cb-handbook-all-chapters-050112.pdf](http://www.constitutionnet.org/files/cb-handbook-all-chapters-050112.pdf) [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

CEA, José Luis (2001): "La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 12 N°1 pp. 107-118.

ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y BLOUNT, Justin (2008): "The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval", *Temple Law Review*, Vol. 81 N°2: pp. 361-382.

FALLON Jr., Richard (2005): "'Legitimacy and the Constitution'", *Harvard Law Review*, Vol. 118 N°6, pp. 1787-1853.

GHAJ, Yash (--): "The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making", International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Disponible en: [www.constitutionnet.org/files/the\\_role\\_of\\_constituent\\_assemblies\\_-\\_final\\_yg\\_-\\_200606.pdf](http://www.constitutionnet.org/files/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf) [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary, y BLOUNT, Justin (2009): "Does The Process of Constitution-Making Matter?", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 5: pp. 5.1 – 5.23.

HOROWITZ, Donald (2006): "Constitution-Making: A Process Filled With Constraint", *Review of Constitutional Studies*, Vol. 12 N°1: pp. 1-17.

LAPORTA, Francisco (1989): "Sobre la Teoría de la Democracia y el Concepto de Representación Política". Disponible en: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6\\_06.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_06.pdf) [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

MANSBRIDGE, Jane (1999): "Should Blacks Represent Blacks and Women Represent Women? A Contingent 'Yes'", *The Journal of Politics*, Vol, 61 N°3: pp. 628-657.

MANSBRIDGE, Jane (2003): "Rethinking Representation", *The American Political Science Review*, Vol. 97 N°4: pp. 515-528.

PARTLETT, William (2012): "The dangers of Popular Constitution-Making", Vol 38 N° 1: pp. 193-238.

SARTORI, Giovanni (1999): "En Defensa de la Representación Política", *Claves*, N° 91: pp. 2-6.

SZMULEWICZ, Esteban, y TORRES, Christopher (2013a): "Procesos Constituyentes Originarios. Algunas experiencias comparadas. Parte I", *Informe* (Centro de Estudios del Desarrollo), N°1042: pp. 1-6.

SZMULEWICZ, Esteban, y TORRES, Christopher (2013b): "Procesos Constituyentes Originarios. Algunas experiencias comparadas. Parte II", *Informe* (Centro de Estudios del Desarrollo), N°1043: pp. 1-6.

ZÚÑIGA, Francisco (2013a): "Poder Constituyente, Derecho Constitucional Transitorio y Controles", Ponencia XLIII Jornadas de Derecho Público, Concepción, 4 y 5 de octubre de 2013. Disponible en: [www2.udec.cl/XLIIIjornadasderechopublico/ponencias/Constitucional/PODER%20CONSTITUYENTE%20D%C2%BA%20CONST%20TRANSITORIO%20Y%20CONTROL%20DE%20JURIDICIDAD%20\(1\).doc](http://www2.udec.cl/XLIIIjornadasderechopublico/ponencias/Constitucional/PODER%20CONSTITUYENTE%20D%C2%BA%20CONST%20TRANSITORIO%20Y%20CONTROL%20DE%20JURIDICIDAD%20(1).doc) [Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2013].

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2013b): "Nueva Constitución y Operación Constituyente. Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente", *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1: pp. 511-540.

### 3. Jurisprudencia

Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina (2009), Corte Europea de Derechos Humanos