

Sobrevaloraciones, subvaloraciones, simplificaciones y riesgos del actual proceso constituyente¹

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS J.

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD DE OXFORD;

Máster en Derecho

UNIVERSIDAD DE HARVARD;

Máster en Derecho

UNIVERSIDAD DE CAMBRIDGE;

Magíster y Licenciado en Derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO Y DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.

Director del Centro de Justicia Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

(CHILE)

I. Introducción

A nombre del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, quisiera agradecer su presencia en esta mañana, para conversar acerca de uno de los temas más importantes de la actualidad nacional, cual es el eventual cambio constitucional. Quisiera también expresar nuestro reconocimiento a todas aquellas personas que han hecho posible la celebración de este seminario, a quienes estamos profundamente agradecidos.

Sobre la materia que nos convoca, comienzo señalando claramente que la decisión sobre si debemos cambiar o no nuestra Constitución, acerca de cómo y cuándo lo hacemos, tiene un carácter eminentemente político. Al Derecho Constitucional le corresponde, sin embargo, asesorar esta decisión, señalando opciones, modalidades y alternativas para la misma.

En este contexto, intentaré en esta exposición hacer un análisis crítico del proceso constituyente actual, destacando algunas sobrevaloraciones, subva-

¹ Exposición presentada en el seminario "¿Asamblea Constituyente, Reforma Constitucional o Proceso Constituyente?", organizado por el Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo, celebrado el 31 de julio de 2015, en Santiago de Chile.

loraciones y simplificaciones que pueden observarse en él, así como algunos riesgos que deben ser evitados.

II. Sobrevaloraciones

Quisiera destacar, en el actual proceso constituyente, dos sobrevaloraciones que me parecen dañinas. En primer lugar, la desmesurada importancia que se ha dado a la forma sobre el fondo. Desde el primer momento, el énfasis ha sido acaparado por la forma, el procedimiento que debemos utilizar para cambiar la Constitución. En contraste, el fondo, vale decir los contenidos de la Carta que debieran cambiarse, ha estado relegado a un muy discreto segundo plano.

En efecto, salvo algunas propuestas iniciales y todavía bastante vagas, no existen proyectos definidos de nueva Constitución. Por lo mismo, no ha existido una verdadera discusión acerca de los mismos, lo que a su vez afecta el eventual consenso que pudiera surgir en torno a un cambio constitucional. En otras palabras, si hoy no existe consenso, en parte puede deberse a que es imposible que este se desarrolle si no existen propuestas concretas que puedan motivarlo.

Insistimos: tal y como lo demuestra la experiencia comparada, el centro de la discusión deben ser las materias de fondo, no de forma, verdadero requisito para alcanzar los acuerdos indispensables para modificar o sustituir una Constitución.

En segundo término, se han exagerado increíblemente las potestades y capacidades del Poder Constituyente, como si fuera ilimitado, absoluto, omnímodo. Esta ficción ha sido llevada demasiado lejos. Hoy el Poder Constituyente, incluso el originario, está sujeto a una serie de limitaciones. Veamos algunos ejemplos.

Una primera limitación al Poder Constituyente dice relación con la realidad del Derecho Constitucional contemporáneo. En efecto, los contenidos de las Constituciones tienen un número limitado de variaciones. Los países occidentales usamos un conjunto finito de las mismas. Así, por ejemplo, en materia de régimen de gobierno, existe el presidencialismo y el parlamentarismo, así como algunas fórmulas intermedias como el semipresidencialismo... y no hay mucho más. En cuanto a la forma de Estado, existe el Unitario, el Federal, tal vez el Regional, y un par de situaciones más excepcionales. Del mismo modo, los catálogos de derechos fundamentales son similares en la gran mayoría de las Constituciones, sin perjuicios de ciertas variaciones, modulaciones o contextualizaciones. En definitiva, cuando creamos una Constitución, las elecciones que podemos hacer en relación a sus contenidos están fuertemente acotadas por la uniformidad del Derecho Constitucional contemporáneo en una serie de materias.

Una segunda restricción al Poder Constituyente viene impuesta por la realidad política. Los procesos constituyentes se insertan en un proceso político, y son normalmente consecuencia de un acuerdo previo del mismo carácter, el cual supone ciertas coordenadas o marco de referencia. Así, por ejemplo, existen instituciones que en teoría podrían adoptarse por una nueva Constitución, pero que quedan fuera de ese marco, y que por lo tanto no son *realmente* consideradas. Es el caso de los senadores designados, figura que si bien existe en diversos ordenamientos constitucionales (e.g., Bélgica, Italia, India, Turquía, Reino Unido), sería imposible de defender en la realidad política nacional actual. En definitiva, todo proceso constituyente se inserta en un contexto político que limita severamente las opciones del mismo.

Otra limitación fundamental al Poder Constituyente dice relación a nuestra tradición constitucional. En efecto, existen ciertos principios, normas e instituciones que ya forman parte de nuestro "ADN constitucional", y que por lo mismo no quedan sujetos a los vaivenes e incertidumbres de un Poder Constituyente absoluto. Con el perdón del público no abogado, me parece evidente que a nadie se le ocurriría, por ejemplo, abandonar nuestro artículo 7°. Se trata de la "regla de oro" del Derecho Público chileno, aquella que ha dado lugar al aforismo de que en Derecho Público sólo se puede hacer aquello que ha sido expresamente autorizado. Este precepto constituye hoy una parte esencial de nuestro constitucionalismo, por lo que me parece absurdo pensar que pudiera ser eliminado por una nueva Constitución. Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 5° del actual texto constitucional. Aquel señala que "el ejercicio de soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". A mi parecer, dicha renuncia es irrevocable: jamás podrá el Estado invocar la soberanía para vulnerar derechos fundamentales de las personas. Este principio pareciera no ser discutible, y por tanto sería un error ponerlo a disposición del Poder Constituyente, quienquiera que lo ejerza.

Una última restricción que quisiera mencionar al Poder Constituyente es el respeto a los derechos fundamentales y la protección de las minorías. Sería francamente impensable, e indefendible, que una nueva Constitución pretendiera preterir derechos tales como la libertad de expresión, religión o conciencia, o el derecho a la vida, por dar algunos ejemplos. Si bien existe cierto espacio para que cada Constitución consagre, desarrolle e incluso limite estos derechos, cuesta pensar que alguien pudiera afirmar que el Poder Constituyente no se encuentra vinculado por aquellos.

Existen otros ejemplos de limitaciones al Poder Constituyente, algunas más polémicas que otras (e.g., Derecho Internacional), que no podré desarrollar por razones de tiempo. Insisto, sin embargo, que es un error llevar demasiado lejos la ficción de un Poder Constituyente absoluto e ilimitado. Simplemente, eso no existe.

III. Subvaloraciones

Quisiera ahora referirme brevemente a dos subvaloraciones que se pueden observar en el actual proceso constituyente.

La primera se refiere al rol de los expertos, y en particular de los conocedores del Derecho Constitucional. Estoy consciente que defender a los expertos en el contexto actual es políticamente incorrecto, ya que se los asocia a elitismo y a una suerte de “expropiación” de facultades que le corresponderían al pueblo.

Pues bien, permítanme decirles que los expertos son absolutamente indispensables para un proceso constitucional exitoso. Ellos son quienes deben ir orientando el proceso en cuestión, señalando dificultades, ofreciendo alternativas, señalando consecuencias, denunciando peligros, aportando las lecciones de la experiencia chilena y comparada, etc. La misma elección de palabras, la forma de redactar, requieren de conocimiento y experiencia. Más aún, debemos recordar que la Constitución es norma jurídica, y que al día siguiente de terminarse el proceso constituyente tendrá que ponerse en práctica como tal. Por lo mismo, una alta calidad técnica (incluyendo conceptualizaciones y redacciones precisas), resulta imprescindible.

Una segunda cuestión que ha sido subvalorada en el actual proceso constituyente dice relación con las negociaciones previas. Tal y como demuestra el Derecho Comparado, países que deciden crear *en democracia* una nueva Constitución (que es nuestra situación, y que no debe equipararse a la creación de constituciones en momentos de transición desde regímenes no democráticos a democráticos), comienzan con negociaciones preliminares, las que normalmente duran años. Tales acuerdos se refieren tanto al procedimiento de cambio como al fondo, vale decir, a las cuestiones sustanciales que ameritan la sustitución de una Constitución por otra.

Las negociaciones previas son muy importantes. Aquellas otorgan un piso político al proceso, ayudando a crear un “momentum” constitucional sobre la base de ciertos consensos básicos y fundamentales para el ejercicio de la función constituyente. En ocasiones, como en la experiencia sudafricana, estas negociaciones son vinculantes. En este caso, el Tribunal Constitucional revisó, e incluso rechazó parcialmente, la propuesta de Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente, precisamente por su disconformidad con el marco impuesto a la misma por las negociaciones previas.

Nuevamente, destacar la importancia de estas negociaciones resulta políticamente incorrecto, dado el actual desprestigio de la elite política y la demanda de ciertos grupos de reconocer un protagonismo total y excluyente al pueblo, o

a la Asamblea Constituyente. Sin embargo, insisto, la experiencia comparada es clara en señalar que las negociaciones previas son un presupuesto fundamental de un cambio constitucional exitoso.

IV. Simplificaciones en torno a la Asamblea Constituyente

Hemos hablado de sobrevaloraciones y subvaloraciones en el actual proceso constituyente. Ahora me gustaría mencionar algunas simplificaciones que se observan en el mismo, particularmente en relación a la Asamblea Constituyente. Al margen de las bondades o problemas de este mecanismo, no cabe duda que se han desarrollado verdaderos mitos que vale la pena aclarar.

En primer término, es importante señalar que la Asamblea Constituyente no es la única forma de crear Constituciones en estados democráticos. Aquella es uno de los modelos posibles, entre varios otros. No es, por tanto, imprescindible. Y si bien la tendencia es hacia su mayor utilización, tampoco es el mecanismo elegido en la mayoría de los casos. Basta entonces de simplificar en esta materia: el cambio democrático de una Constitución no *exige* una Asamblea Constituyente.

En segundo lugar, utilizar una Asamblea Constituyente para crear una nueva Constitución no significa que aquella deba ser omnipotente. Aquí no existe un solo modelo, sino que una variedad de los mismos. Existen procesos constituyentes en que participa una Asamblea Constituyente, pero sin monopolizar dicho proceso, al que concurren otros actores, tales como el Presidente de la República, el Congreso Nacional y el pueblo, vía elecciones y plebiscitos. También pueden participar entidades regionales o locales, tribunales como el Constitucional, etc. Más aún, es posible imponer marcos y reglas a las asambleas Constituyentes, gracias a la participación de otros actores en el proceso, tal y como demuestra el caso sudafricano.

En tercer término, y tal vez lo más evidente, la Asamblea Constituyente no es una panacea. Aquella presenta problemas importantes, tales como posible manipulación, elitismo y populismo. Los acuerdos de expertos pueden resultar no sólo menos relevantes, sino también más difíciles de alcanzar. Las minorías pueden verse atropelladas o desconocidas. En fin, no pretendo explayarme en esto por falta de tiempo, pero es importante desacralizar la Asamblea Constituyente y demostrar que presenta elementos preocupantes que deben ser considerados.

Finalmente, quisiera referirme con un detenimiento algo mayor a la simplificación consistente en mostrar a la Asamblea Constituyente como el paradigma de la legitimidad de una nueva Constitución. En otras palabras, sin Asamblea Constituyente no habría Constitución legítima. Esta afirmación es incorrecta,

o al menos exagerada, ya que descansa en visiones muy particulares de lo que es legitimidad y de lo que es una Constitución.

Permítaseme recordar que legitimidad, en términos simples, es la calidad de algo que merece respeto, obediencia, sometimiento, acatamiento político. Si bien sus fuentes y conceptualizaciones han variado en el tiempo (dinástica, democrática o popular, teocrática), quisiera destacar dos clasificaciones que me parecen relevantes.

La primera distingue entre legitimidad de origen y de ejercicio. Una atiende al momento inicial, mientras que la otra a una evaluación que es más bien práctica y continuada en el tiempo.

La segunda distinción relevante es aquella que clasifica la legitimidad en legal, sociológica y moral. En términos muy simples, la legitimidad legal se refiere a la conformidad con el orden jurídico existente. La legitimidad sociológica es la coherencia con los valores y decisiones del pueblo, lo que permite la aquiescencia efectiva por parte de la sociedad. Finalmente, la legitimidad moral surge de la conformidad a un orden objetivo de principios y valores.

Como es evidente, los tipos de legitimidad antes señalados no son excluyentes. Por el contrario, el ideal es que aquellos confluyan y se superpongan.

Ahora bien, cuando se afirma que la Asamblea Constituyente es quien le otorga legitimidad a una Constitución (siendo la única que supuestamente podría hacerlo), se están asumiendo *ciertos* tipos de legitimidad y no otros. Es así como se estaría enfatizando la legitimidad de origen, ignorando completamente la de ejercicio. Del mismo modo, se estaría apuntando a una legitimidad sociológica (el pueblo obedecería la Constitución porque aquella reflejaría sus preferencias, dado que sus redactores serían representantes de ese mismo pueblo). En contraste, la legitimidad legal se hace irrelevante (algunos termocéfalos han defendido derechamente su desconocimiento, creando una Constitución en democracia a través del quebrantamiento del sistema constitucional vigente). De igual forma, la legitimidad moral tampoco se vincula a la Asamblea Constituyente, ya que lo importante para aquella será el resultado del trabajo de la Asamblea, el que será más o menos moralmente legítimo según su conformidad a un orden objetivo de valores.

En síntesis, la Asamblea Constituyente, en cuanto mecanismo de creación de una nueva Constitución, puede ayudar a que ésta goce de legitimidad de origen y sociológica. A su vez, no nos dice nada de su legitimidad de ejercicio, legal o moral. Por lo mismo, es de un simplismo inaceptable afirmar que utilizar una Asamblea Constituyente, *per se*, convertirá a la Constitución que ella cree en legítima.

Lo anterior nos lleva a una discusión adicional, íntimamente ligada a lo señalado. Se trata del sentido que damos a la palabra Constitución. A este respecto, existen diversas formas de entender lo que es una Constitución. Una de ellas la concibe como el pacto político fundamental, el acuerdo básico de la comunidad política que permite la vida en común y que sirve de cimiento al orden político y jurídico. La noción de una Asamblea Constituyente como creadora de una nueva Constitución se relaciona estrechamente a esta idea de Constitución. En efecto, ya que la Constitución es un pacto, las partes del mismo deben participar en su configuración. Esto se realiza de dos maneras interrelacionadas: i) eligiendo a miembros de la Asamblea Constituyente, y ii) participando en las discusiones y decisiones a través de sus representantes, quienes defenderían los intereses y preferencias de su electorado.

Cabe precisar, sin embargo, que el mecanismo de Asamblea Constituyente se aviene muy bien con una de las posibles versiones de la noción “pactista” de Constitución. En efecto, cuando afirmamos que la Constitución es un pacto, podemos hacerlo en un sentido estático o dinámico. En la primera alternativa, la Constitución es un pacto que se celebra una vez, en el origen de la misma, y que luego simplemente se aplica. Esta es la noción que se vincula a la Asamblea Constituyente. Una segunda alternativa consiste en considerar a la Constitución como un pacto que se va renovando permanentemente. En otras palabras, la comunidad política está continuamente celebrando un pacto fundamental al que llamamos Constitución. Para esta perspectiva, el origen de la Constitución –así como el posible uso de una Asamblea Constituyente para crearla– es irrelevante. Lo importante es la actualidad del pacto, no su “historicidad”.

Ahora bien, existen otras formas de entender la Constitución además de como pacto. Una posibilidad es verla como un límite efectivo al poder. La Constitución, al configurar el poder del Estado, lo delimita, estableciendo controles, contrapesos, sanciones, etc. Es por ello que la evolución del constitucionalismo siempre ha ido ligada a la limitación del poder: a quién debe limitarse, de qué forma, cómo mejorar los mecanismos de control, etc. Esta noción de Constitución no es incompatible con una Asamblea Constituyente, ya que va más ligada al contenido y efectividad del texto constitucional que a cómo aquel fue creado. No obstante lo anterior, si la Asamblea Constituyente se impone quebrantando el orden constitucional establecido (en vez de ser instaurada de acuerdo al mismo), surge una paradoja. En efecto, y volviendo a lo señalado al comienzo de esta exposición, si se invoca el Poder Constituyente para cambiar un orden institucional “desde fuera” del mismo, entonces ese poder surge como algo que pretende no estar limitado o controlado, al menos desde la perspectiva del ordenamiento vigente, que normalmente va a ser el único capaz de presentar un control efectivo. Por lo mismo, una Asamblea Constituyente que quiera ser coherente con la idea de Constitución como límite efectivo al poder, debe surgir dentro del marco de la institucionalidad vigente.

Otra forma de entender la Constitución es como un instrumento para la protección de los derechos fundamentales. Esta visión, por tanto, impone requisitos de fondo o contenido a toda creación que quiera llamarse Constitución. Se relaciona, por tanto a la legitimidad moral, en cuanto una Constitución será legítima en la medida que efectivamente reconozca y cautele derechos fundamentales. Como ya señalamos, sin embargo, la Asamblea Constituyente se relaciona a otros tipos de legitimidad, y no garantiza que la nueva Constitución tenga legitimidad moral. Más aún, bajo esta noción de Constitución los derechos fundamentales se constituyen en un límite a la libertad de elección de la Asamblea Constituyente, a su capacidad de decisión, y en definitiva, a su poder. Por todo lo anterior, la noción de Constitución como instrumento para la protección de los derechos fundamentales no es plenamente consistente con el mecanismo de Asamblea Constituyente.

Una última noción de Constitución que quisiera destacar es como norma jurídica superior. Esta visión nos recuerda que la Carta Magna no posee sólo una dimensión política, sino también jurídica, constituyéndose en la base de todo el ordenamiento. Para ello, la Constitución requiere una alta calidad técnica, lo que a su vez supone conocimiento especializado en su creación. La Asamblea Constituyente, si bien no es incompatible con dicha alta calidad técnica, tampoco la garantiza. Lo fundamental a este respecto será la forma e intensidad con que el procedimiento de creación constitucional integre a los expertos.

En definitiva, podemos observar que la Asamblea Constituyente enfatiza una visión de Constitución, entre varias posibles, como pacto fundamental entendido de una forma estática. En contraste, otras formas de entender la Constitución no guardan especial cercanía al mecanismo de la Asamblea Constituyente. Más aún, en ciertas ocasiones podrían entrar en tensión.

En razón del escaso tiempo asignado, no puedo seguir ilustrando otras simplificaciones del actual proceso constituyente. Sólo quisiera agregar dos consideraciones adicionales. La primera es que el paradigma de legitimidad que invoca la Asamblea Constituyente dice relación con la participación popular. En otras palabras, es la participación del pueblo lo que convertiría la Constitución en legítima. Sin perjuicio de insistir que lo anterior sólo puede referirse a ciertos tipos de legitimidad y no a otros, es necesario aclarar que el paradigma en cuestión exige mucho más. La participación del pueblo en el proceso constituyente no puede limitarse exclusivamente a votar por sus representantes a la Asamblea Constituyente, sino que exige que aquel intervenga: i) antes de la redacción de la nueva Constitución (e.g., información, discusión, consultas); ii) durante (e.g., acceso a comisiones de trabajo del cuerpo redactor de la Constitución, publicidad de borradores), y iii) después (referéndum aprobatorio). En términos simples, si queremos invocar la participación popular como fuente

de legitimidad de la Constitución, no basta con que esta haya sido aprobada por una Asamblea Constituyente.

Finalmente, quisiera aclarar que no toda Asamblea Constituyente producirá Constituciones legítimas. Ello no sólo por lo antes explicado, en cuanto a que ciertas nociones de legitimidad y de Constitución no son tributarias de la Asamblea Constituyente. Sino porque incluso aquellas nociones de legitimidad y Constitución que sí se vinculan a la Asamblea Constituyente exigen a esta una serie de requisitos para producir constituciones legítimas. Sin entrar en detalles, debemos pensar en la forma de convocatoria; en los requisitos impuestos a los candidatos a miembros de la Asamblea; en el sistema electoral utilizado; en los quórum de adopción de acuerdos y de cierre de debate; en el espacio otorgado a las minorías, etc. En definitiva, insistimos en la idea de que igualar Asamblea Constituyente a Constitución legítima es una simplificación de tal magnitud que no puede dejarse pasar por alto.

V. Riesgos a evitar

El último punto de esta exposición dice relación con la presentación de ciertos riesgos que nuestro eventual proceso constituyente debe evitar. En efecto, a la luz de la experiencia comparada, pueden identificarse ciertos peligros que deben ser conjurados a tiempo. Me referiré brevemente a tres de ellos.

Tal vez el riesgo más evidente dice relación con la creación “circular” de constituciones. Me refiero con esto a la imposición de un texto constitucional por una mayoría circunstancial a una minoría. Dicha minoría rechaza la legitimidad de la Constitución, y cuando accede al poder convertida en nueva mayoría, cambia la Constitución por otra que, a su vez, se impone a la nueva minoría (antigua mayoría). Es el muy probable caso de Venezuela, donde la oposición ha anunciado repetidamente su intención de deshacerse de la Constitución chavista una vez que obtenga el poder.

Evidentemente, el fenómeno antes descrito es tremendamente nocivo. Más allá de la falta de raigambre y “sentimiento” constitucional (Loewenstein), un proceso de creación “circular” de constituciones destruye la razón de ser de una Carta Fundamental. Aquella no logra ser ni un pacto fundamental de la sociedad política, ni un límite efectivo al poder, ya que se convierte en un factor de dominación transitorio de ciertos grupos sobre otros.

Un segundo riesgo relevante lo denominaré “asambleísmo”, el que consiste en creer que la Asamblea Constituyente puede asumir un poder total y absoluto, abriendo una suerte de Caja de Pandora en que toda institución y principio es discutible, y donde los poderes constituidos quedan como rehenes de la

buena voluntad de la Asamblea. Tal y como se explicó hacia el comienzo de esta exposición, el Poder Constituyente absoluto es una ficción que no debe llevarse demasiado lejos. También afirmamos que las Asambleas Constituyentes no tienen por qué monopolizar el proceso constituyente. Agreguemos a lo anterior que, recordando a Lord Acton, el poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente...quien sea que lo ejerza...Una Asamblea Constituyente que se ubica a sí misma sobre toda clase de control y rendición de cuentas, es un órgano peligroso para las personas y para la democracia. Una reflexión final a este respecto: es importante no olvidar que el soberano es el pueblo, no la Asamblea, y que la soberanía no es delegable.

Finalmente, un tercer riesgo a tener presente es la creación de una Constitución técnicamente deficiente. Aquí surgen diversas consideraciones: la necesidad de evitar apresuramientos innecesarios; la indispensable participación de expertos, particularmente dado el carácter de norma jurídica vinculante de la Constitución; la importancia de que la presión por alcanzar compromisos no signifique sacrificar la coherencia y consistencia del texto constitucional, etc. Es fundamental que recordemos que el proceso de creación de una nueva Constitución es sólo el primer paso. Una vez aprobada, deberá aplicarse, y el mayor o menor éxito de esa implementación dependerá en gran medida de la calidad técnica de la nueva Carta.

VI. Consideraciones Finales

Termino esta breve exposición con algunas consideraciones finales, aplicables a nuestro actual proceso constituyente, cualquiera sea en definitiva el mecanismo que adoptemos para llevarlo adelante.

En primer término, la decisión de crear una nueva Constitución es una decisión eminentemente política. Por lo mismo, se requiere un acuerdo previo de la misma naturaleza que le otorgue piso y marco político a este proceso. Adicionalmente, se hace indispensable un liderazgo político extraordinario para conducirlo y concluirlo exitosamente, tal y como lo demuestra la experiencia comparada.

En segundo lugar, es importante destacar que la legitimidad del cambio constitucional necesita conjugar tres dimensiones: legal, sociológica y moral. Toda Constitución, adicionalmente, debe atender a la legitimidad no sólo en su origen, sino también durante su aplicación. Por lo mismo, resulta sumamente equivocado menospreciar y descuidar alguno de los tipos de legitimidad mencionados, como parecen hacer quienes intentan imponer la Asamblea Constituyente como mecanismo suficiente y necesario para obtener una Constitución legítima.

En tercer término, es necesario advertir que no se puede crear una Constitución excluyendo a las minorías políticas relevantes. Una inclusión meramente formal, que no alcanza a la toma de decisiones y que no supone verdadera deliberación, tampoco es suficiente. De no respetarse esta exigencia, surgirá una Constitución no sólo con su legitimidad muy disminuida, sino también inestable.

Finalmente, no debemos nunca olvidar que las constituciones se crean para ser aplicadas. Durante todo el proceso constituyente, resulta imprescindible tener la mirada puesta en “el día siguiente”, vale decir, en el enorme esfuerzo que demandará la implementación de la nueva Constitución y la adecuación de todo el sistema jurídico (y político) a la misma. En esta labor, los agentes que interpretarán y aplicarán la nueva Constitución serán fundamentales, en especial el Tribunal Constitucional.