



## Modelo *madisoniano* y modelo continental: Dos visiones sobre la reforma constitucional

por Gonzalo Candia Falcón  
Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Investigador Asociado IRP

### 3 Claves

1. Se distinguen dos visiones acerca de la noción de Constitución. Una corresponde a la *Madisoniana* o Republicana, que entiende la Constitución como un mecanismo de control y límite al poder político. La otra visión es la Continental, para la cual la Constitución representa un límite al poder político sólo en lo procedimental, en la medida que el poder normativo de la voluntad soberana es absoluto.
2. Desde esa perspectiva, la visión Republicana, más próxima al modelo chileno, enfatiza el elemento contramayoritario de la Constitución, acento que es menos marcado en el modelo Continental.
3. En una visión *Madisoniana* el camino lógico para reformar es la evolución constitucional a partir de las instituciones existentes. Por su parte, la visión Continental es más proclive al camino de la Asamblea Constituyente, mecanismo que merece serios reparos

### 1. Introducción

Es un hecho de público conocimiento que buena parte del debate público del último tiempo ha estado centrado en la discusión en torno a la necesidad de (a) introducir reformas a la Constitución o bien de (b) cambiar la Carta Fundamental. De hecho, el programa de la Presidenta Michelle Bachelet lo incluyó como uno de sus ejes programáticos en la pasada elección presidencial. Prueba de ello es el capítulo que su programa dedica a una futura y posible reforma constitucional.<sup>1</sup>

El debate en torno a la temática constitucional mencionada permite apreciar diferencias no sólo respecto a la calificación del mérito de ciertas normas constitucionales

específicas (como aquella que permite al Tribunal Constitucional controlar la constitucionalidad de proyectos de ley durante su tramitación), sino que también permite identificar las distintas visiones existentes en el espectro político acerca de lo que una constitución es y representa. Solamente entendiendo eso es posible comprender adecuadamente las diferencias en torno a los distintos proyectos constitucionales que se plantean al país.

En este contexto, este Mirada Pública busca dos objetivos: (a) identificar las visiones constitucionales que operan como el subtexto del actual debate constitucional en Chile y (b) analizar cuál es el mecanismo más apto para una potencial reforma constitucional. El siguiente Mirada

Pública sobre este debate revisará el mérito constitucional de ciertas propuestas del programa presidencial en torno a la reforma constitucional.

En ese sentido, este Mirada Pública –en primer lugar— distinguirá dos visiones en torno a la naturaleza de una constitución. Básicamente, es posible identificar dos grandes visiones en torno al constitucionalismo en el Chile de hoy. Una primera visión la llamaremos *madisoniana* o *republicana* en la medida que se identifica con el ideal contramayoritario planteado por James Madison. En efecto, dentro de dicho paradigma, la constitución es una norma jurídica que busca establecer límites al poder político, en especial al poder legislativo. Por el contrario, una segunda visión, que llamaremos

continental, entiende que el principal propósito de la constitución es establecer los canales procedimentales dentro de los cuales se expresará la voluntad soberana del pueblo, cuyo poder normativo es absoluto y total.

Son esas las dos grandes visiones constitucionales que sirven de subtexto para la discusión constitucional hoy en Chile. Su comprensión permite entender, entonces, la posición de muchos actores en torno a cuestiones constitucionales críticas como la pertinencia de convocar una asamblea constituyente, la promoción del Estado social y democrático de derecho como alternativa al clásico modelo de *rule of law*, o simplemente las atribuciones propias del Tribunal Constitucional.

Tras concluir ese análisis, analizaremos los potenciales mecanismos que podrían utilizarse para una futura reforma constitucional. En ese sentido, indicaremos que, básicamente, ellos son dos. El primero está representado por la vía institucional, esto es, por el procedimiento establecido por la propia Constitución. El segundo, está representado por la asamblea constituyente, modelo que no está contemplado dentro del actual texto constitucional. El análisis concluirá que la mejor vía para una potencial reforma es la institucional, en la medida que la misma promueve estabilidad y acuerdos políticos dotados de suficiente proyección.

Otro Mirada Pública abordará algunas de las propuestas exhibidas por el programa de la Presidenta Bachelet: (a) la consagración del estado social y democrático de derecho junto a la judicialización de los derechos sociales; (b) la eliminación de instrumentos normativos contramayoritarios; y (c) cuestiones vinculadas al derecho a la vida y a la libertad religiosa.

#### 1. LOS MODELOS CONSTITUCIONALES MADISONIANO Y CONTINENTAL: DOS VISIONES

Las visiones constitucionales modernas son herederas de las grandes revoluciones que acontecieron durante el siglo XVIII. Mientras el modelo constitucional forjado en la revolución norteamericana buscó establecer una constitución que perseguía no sólo encausar la expresión del poder soberano por medio de instituciones, sino limitar el ejercicio de dicho poder por medio de distintos factores, el modelo constitucional heredero de la revolución francesa buscó potenciar al máximo la expresión de la voluntad soberana por medio del establecimiento de un Estado fuerte e intervencionista.<sup>2</sup> La figura intelectual detrás del primer modelo es James Madison, verdadero padre de la constitución norteamericana. Detrás de la visión constitucionalista de cuño francés y revolucionario se encuentran Rousseau y Sieyès. Su representante contemporáneo más destacado es Carl Schmitt.



La Moneda desde la Plaza de la Constitución

### 1.1. EL CONSTITUCIONALISMO MADISONIANO

El constitucionalismo *madisoniano*, que también podemos llamar republicano, está fundado sobre una profunda desconfianza respecto de la disciplina institucional de la voluntad popular. En efecto, Madison argumenta que el riesgo real para la institucionalidad de la nueva república no está en una posible tiranía impuesta desde el poder ejecutivo sino en una establecida desde el legislativo.<sup>3</sup> En efecto, Madison observa que, dentro de una democracia representativa, “es contra la ambición emprendedora de [el órgano legislativo] contra la que el pueblo debe sentir sospechas y agotar todas sus precauciones.” Ello por cuanto “la potestad legislativa es ejercida por una asamblea a la que la influencia que piensa que tiene sobre el pueblo le inspira una confianza intrépida en su propia fuerza”<sup>4</sup> Además, Madison concluye, los poderes constitucionales del legislativo “son a la vez más extensos y menos susceptibles de determinarse con precisión”<sup>5</sup>, lo que podría favorecer la expansión de las atribuciones legislativas en detrimento de las potestades de los otros poderes del Estado.

El constitucionalismo *madisoniano* o *republicano* busca establecer límites tanto sustantivos como procedimentales a la expresión institucional de la voluntad popular que es la ley. En efecto, la constitucional norteamericana en su versión original:

(a) estableció un congreso bicameral, que dividió el Congreso en dos cámaras de forma tal que ninguna pudiese concentrar la plenitud de la autoridad legislativa; (b) diferenció los procesos de elección e integración de las cámaras, de modo que una cámara fuese más política y otra más reflexiva; (c) entregó al Presidente facultades de veto; (d) prohibió la promulgación de cierto tipo de leyes, como aquellas que produjeran efectos retroactivos; (e) entregó a la Corte Suprema facultades para controlar los actos del legislativo, y (f) impuso quórums y procedimientos especiales de reforma constitucional, que limitaban la capacidad del Congreso para efectuar cambios constitucionales drásticos e imprevistos.

La visión misma de Madison respecto de las asambleas constituyentes es de profunda desconfianza. Madison reconocía que, si bien el origen de la autoridad constitucional era el mismo pueblo, no era recomendable invocar dicha autoridad de forma frecuente en la medida que ella podría afectar la estabilidad del sistema institucional del país debido a la excitación de las pasiones políticas que podrían afectar un debate reflexivo en torno a las disputas constitucionales.<sup>6</sup> De hecho, Madison analizó los casos donde asambleas constituyentes eran convocadas para resolver cuestiones institucionales críticas en su tiempo y concluyó que en ellas siempre existió una aproximación binaria respecto de los problemas, en los que el espacio para

un debate moderado y las posibilidades de llegar a conclusiones consensuadas eran muy menores debido a que en esos debates era “la pasión y no la razón la que inspir[aba] sus decisiones.”<sup>7</sup>

Es por ello que, bajo un modelo madisoniano, los conflictos político-constitucionales generados por la invasión de un poder del Estado en las atribuciones de otro debe resolverse de forma preferente a través de la propia institucionalidad y evitando hacer invocaciones al pueblo soberano en la medida que ello fuese posible.

### 1.2. EL CONSTITUCIONALISMO CONTINENTAL

Así como el modelo constitucional madisoniano surgió a la luz de la revolución norteamericana y es heredero de los desarrollos institucionales heredados de Gran Bretaña, el modelo constitucional de cuño continental es un producto intelectual heredado de la revolución francesa y cuyos principales autores son Jean-Jacques Rousseau y Joseph Sieyès. Dicho modelo fue posteriormente profundizado por Carl Schmitt durante el siglo XX.

Esta concepción continental, heredera intelectual de la revolución francesa, está fundada en la conocida distinción entre poder constituyente y poder constituido. El poder constituyente puede ser conceptualizado como la facultad que tiene la comunidad política para

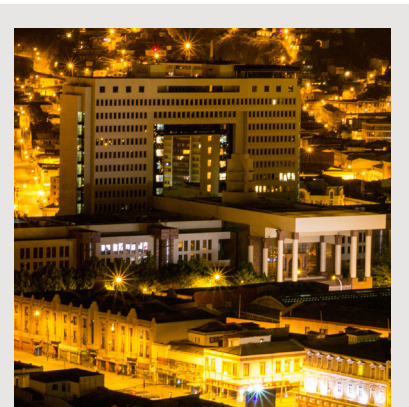
dotarse de esquemas constitucionales enteramente nuevos. Ello en la medida que esa comunidad política denominada nación “es anterior a todo, es el origen de todo” y constituye “el Derecho mismo”<sup>8</sup>. Es por eso que la voluntad de esa nación, en palabras de Carl Schmitt, existe y es anterior a todo tipo de procedimiento constitucional. En ese sentido, “ninguna ley constitucional ni constitución puede conferir el poder de dictar una nueva constitución y prescribir la forma en la que aquel es ejercido.”<sup>9</sup> El poder constituyente actúa como una suerte de divinidad que goza de la más completa discrecionalidad para configurar la identidad del nuevo modelo constitucional. Es por eso que el órgano que ejerce ese poder constituyente –dentro de esta lógica– actúa como una “dictadura comisarial” o “dictadura soberana”. Dicha dictadura “no está (...) limitada en su contenido”<sup>10</sup>

En cuanto institucionalidad, esta visión constitucional es partidaria de restringir al máximo cualquier tipo de definición sustantiva que restrinja la actuación del poder legislativo, en el cual se expresa preferentemente la voluntad soberana. Es por ello que repudia todo tipo de control jurídico-político sobre las decisiones del legislativo en la medida que esas restricciones constituyen una restricción contramayoritaria antidemocrática. Esta fue la razón fundamental por la cual todas las constituciones originadas en la Francia revolucionaria apuntaron a reconocer de forma absoluta la primacía del poder legislativo. En ese sentido,

dichos modelos constitucionales buscaron “[privar] casi totalmente de verdaderos y auténticos contrapesos (...) en el plano legal y constitucional [al poder legislativo]”.<sup>11</sup> Ello con el objeto que la voluntad general “[no] pudiese ser traicionada, o simplemente enturbiada y confundida, por aquellos jueces y administradores, que tenían la obligación de aplicarla y ejecutarla”<sup>12</sup>

En plena sintonía con lo anterior, el constitucionalismo continental heredero de la revolución francesa es sumamente crítico del establecimiento de quórum supramayoritarios en las constituciones para la aprobación de ciertas leyes en la medida que esos quórum dificultan la expresión radical de la voluntad popular. Para esta concepción, ni siquiera la modificación constitucional debiese estar sujeta a quórum especiales. Sin embargo, aun cuando ese quórum supramayoritario existiese, ello no sería óbice para cambiar la constitución a través de procedimientos informales, dado que el poder constituyente se encontraría por sobre todo tipo de normativa constitucional previa.

Lo anterior permite entender una pregunta que recientemente formuló el profesor Louis Michael Seidman a sus colegas norteamericanos: ¿Por qué orientar nuestras discusiones políticas a través de los canales establecidos por la constitución? ¿Por qué, “si estamos convencidos (...) que el curso de una determinada acción es el correcto (...) debemos adoptar



Congreso Nacional de Chile

otro sólo debido a que un conjunto de palabras escritas en un papel (...) nos restringe?"<sup>13</sup> Seidman responde esta pregunta retórica reafirmando que la voluntad popular tiene plena autoridad para ignorar los mandatos constitucionales en la medida que ello fuese necesario. Esa visión responde necesariamente al modelo constitucional continental.

En conclusión: aquello que caracteriza el núcleo de la posición constitucional revolucionaria es su hipervalorización de la voluntad soberana, sea expresada por medio de un órgano legislativo o constituyente. En ese sentido, la constitución sólo buscaría regular los procedimientos a través de los cuales se expresa esa voluntad.

### 1.3. EL MODELO CONSTITUCIONAL CHILENO: ¿MADISONIANO O CONTINENTAL?

La Constitución chilena representa una instancia de las denominadas constituciones "autoritarias transformadoras".<sup>14</sup> En ese sentido, se trata de una constitución redactada durante un gobierno autoritario que (a) estableció mecanismos electorales para el retorno a la democracia e (b) instituyó una serie de instituciones y objetivos destinados a "constreñir el futuro régimen democrático".<sup>15</sup>

Este tipo de constituciones, en la práctica, "busca transferir poder a los dirigentes democráticos, pero sometidos a ciertas limitaciones".<sup>16</sup> A pesar de aquello, las constituciones autoritarias transformadoras estarían dotadas de una suerte de vocación de permanencia en la medida que ellas recogen instituciones propias de todo sistema democrático, tales como el principio de separación de poderes, la responsabilidad política de las autoridades, la independencia del poder judicial, etc.<sup>17</sup> En ese sentido, las constituciones autoritarias transformadoras se encontrarían más cerca de modelos constitucionales democráticos que puramente autoritarios o totalitarios.<sup>18</sup>

Ahora bien, propio de toda constitución autoritaria transformadora es el establecer ciertos mecanismos contramayoritarios que, aplicados durante la implementación de la transición democrática, permitan mantener ciertos equilibrios políticos que impidan cambios radicales dentro de la estructura diseñada para la transición política. En ese contexto puede entenderse la incorporación en el modelo original de la constitución de 1980 de senadores institucionales, de un Consejo de Seguridad Nacional con amplias atribuciones y de un Tribunal Constitucional con potestades para revisar la constitucionalidad de proyectos de ley en trámite o aprobados. Además, se protegieron ciertas áreas legislativas sensibles a través del establecimiento de quórums

supramayoritarios para la aprobación de ciertos tipos de leyes. En ese sentido, las constituciones autoritarias transformadoras contienen elementos propios del modelo madisoniano.

Ahorabien, también es propio de las constituciones autoritarias transformadoras el evolucionar para poder mantenerse en el tiempo. En ese sentido la constitución chilena implementada en 1980 ha variado sustantivamente a lo largo de los años. De hecho, ha sufrido dos cambios profundos acaecidos en 1989 y 2005. En general, dichas reformas apuntaron a eliminar ciertas instituciones contramayoritarias respecto de las cuales existía un consenso político acerca de su ineficacia dada la evolución política del país. Así, por ejemplo, por medio de la reforma constitucional de 2005 desaparecieron los senadores institucionales y vitalicios y se redujeron drásticamente las atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional. Todo ello se hizo sin necesidad de generar un nuevo proceso constituyente, sino acudiendo a los procedimientos institucionales que la misma constitución preveía.

Hoy, en sus rasgos generales, la Constitución chilena tiene mucho más de común con un modelo madisoniano de constitucionalismo que con uno continental. En efecto, la Constitución contiene mecanismos contramayoritarios que buscan imponer una cierta disciplina institucional a la expresión de la voluntad popular,

tales como la existencia de: (a) un Tribunal Constitucional con facultades de revisión *a priori* y *a posteriori* y (b) la existencia de ciertos quórumos supramayoritarios en áreas políticamente sensibles, tales como educación u orden público económico. Han sido precisamente estas instituciones las que han estado en el centro de la discusión constitucional de los últimos tres años. Ello en la medida que ambas estarían inspiradas en “una desconfianza a la soberanía popular”<sup>19</sup>, lo que “no es propio de un sistema democrático (...) y contribuye a la deslegitimización del sistema político”<sup>20</sup>

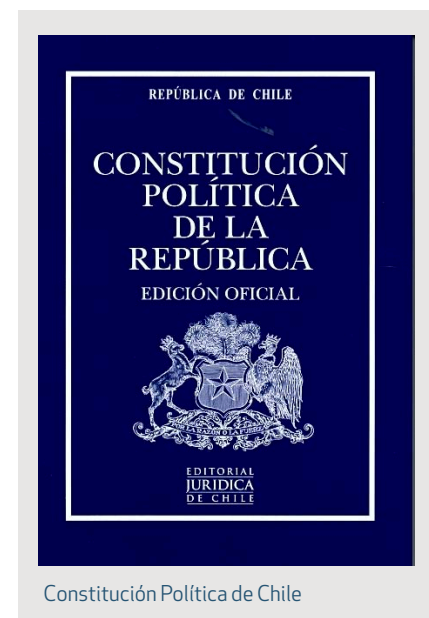
En ese sentido, las propuestas de reforma constitucional pueden entenderse, desde una perspectiva académica, como un esfuerzo para mover el modelo constitucional chileno desde un esquema mayoritariamente madisoniano hacia uno de carácter más continental. La discusión en torno a los mecanismos, como se verá, está fuertemente influenciada por la visión constitucional que tienen los actores políticos. Así, quienes tengan una visión madisoniana buscarán utilizar los canales institucionales para reformar la constitución y hacerla evolucionar, dado la problemática práctica que plantean las asambleas constituyentes. Por otro lado, quienes defiendan una concepción de tipo continental buscarán promover ese cambio constitucional por medio de una asamblea constituyente. Ello por cuanto, técnicamente, el ejercicio del poder constituyente no podría ser invocado por una legislatura.

## 2. PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL: VÍA INSTITUCIONAL O ASAMBLEA CONSTITUYENTE?

La presente discusión constitucional chilena no sólo está centrada en qué instituciones deben ser objeto de una futura reforma (cuestión que se analizará en un Mirada Pública separado), sino en los medios para llevar adelante una potencial reforma constitucional. Pueden distinguirse dos posiciones: (a) una primera posición que plantea la necesidad de convocar una asamblea constituyente y (b) una segunda, representada por quienes promueven una reforma constitucional en conformidad a la normativa contenida en el capítulo XV de la Constitución.

### 2.1 Asambleas Constituyentes.

La Asamblea Constituyente puede definirse como un grupo de representantes elegido por los ciudadanos para redactar una nueva constitución. En ese sentido, se trata de (a) un cuerpo sujeto a votación popular, (b) cuya actuación tiene un objetivo específico y (c) dotado de ciertos poderes. De acuerdo a una concepción constitucional continental, dichos representantes “tienen las facultades que a la nación les plazca darles.”<sup>21</sup> Ello por cuanto los representantes de la nación reunidos en asamblea constituyente representan el poder constituyente originario, cuyas atribuciones “no están sujetas a ninguna restricción constitucional de tipo formal



para decidir<sup>22</sup> Respecto a cuestiones sustantivas, hay discrepancias. Para algunos, las asambleas constituyentes tienen ciertos límites en lo material<sup>23</sup> y para otros no.<sup>24</sup>

Algunas experiencias de *constitution-making* han incorporado el modelo de asamblea constituyente, tales como Namibia (1989), Colombia (1991), Cambodia (1993), Sudáfrica (1994-1996), Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2007-2008). De acuerdo a datos ofrecidos por el *Comparative Constitution Projects* de la Universidad de Chicago, de un total de 400 procesos constituyentes ocurridos en la historia hasta 2009, la asamblea constituyente fue utilizada en 143 oportunidades como único actor del proceso de reforma.<sup>25</sup>

En cuanto a las razones por las cuales promover un proceso de cambio o reforma constitucional a través de asambleas constituyentes se esgrimen diversas razones: (a) evitar posibles conflictos de intereses que ocurren entre los miembros de las legislaturas llamados a reformar la constitución,<sup>26</sup> (b) evitar el incremento de atribuciones del poder legislativo<sup>27</sup> y (c) dotar de mayor representatividad democrática a las decisiones adoptadas.<sup>28</sup>

En relación al primer punto, se plantea que uno de los problemas que surgen producto de la reforma constitucional a través de la legislatura es la captura de los parlamentarios por parte de diversos grupos de interés

existentes en la sociedad.<sup>29</sup> En ese sentido, una asamblea constituyente previene dichos problemas entregando a los ciudadanos la posibilidad de decidir a sus representantes en la asamblea. De acuerdo a esta lógica, los ciudadanos se encuentran en mejor posición para decidir quiénes están y quiénes no están sujetos a dichos conflictos.

Un segundo argumento dice relación con los problemas institucionales que generan las legislaturas actuando como constituyentes.<sup>30</sup> Este problema se generaría porque la legislatura buscaría aumentar su poder en desmedro del resto de las instituciones del estado, cuestión que habría sucedido, por ejemplo, en el caso brasileño.<sup>31</sup> Asimismo, otro problema estaría relacionado con la falta de especialización. La redacción de una nueva constitución o la discusión de una reforma constitucional distraería a los parlamentarios de sus funciones institucionales.<sup>32</sup> Ello aconseja la convocatoria de una asamblea constituyente, libre de intereses institucionales y centrada en la discusión específica de reforma constitucional.

Por último, se argumenta que la asamblea constituyente dota de mayor legitimidad al proceso de *constitution-making*.<sup>33</sup> Ello porque serían los ciudadanos quienes directamente elegirían sus representantes en la asamblea. Esta visión está profundamente vinculada con el modelo constitucional de cuño

continental que busca, precisamente, distinguir entre el ejercicio del poder constituyente derivado (legislaturas) y el ejercicio del poder constituyente originario (asamblea constituyente).

## 2.2 El Modelo Constituyente Evolutivo

El modelo constituyente evolutivo centra el proceso de reforma constitucional en las legislaturas nacionales. En ese sentido, este modelo busca evitar las tensiones propias de toda discusión constituyente por medio de un diálogo entre los diversos actores políticos del país.

El uso de las legislaturas para procesos de reforma constitucional encuentra su primer antecedente contemporáneo en el caso español de 1978. En España, el tránsito entre el régimen franquista de corte autoritario y la nueva democracia operó a través de diversos acuerdos políticos sancionados por la legislatura. En efecto, el proceso constituyente español no incluyó una asamblea constituyente, sino que utilizó a las mismas cortes o legislaturas para redactar y aprobar la nueva constitución de 1978. Ello respondió a un modelo en el cual la reforma institucional democratizadora pudo ser posible gracias al acuerdo generalizado de las más importantes fuerzas políticas de ese tiempo.<sup>34</sup> Este mismo fenómeno ocurrió en la mayoría de las transiciones políticas en Europa del Este a fines de la década de los ochenta. En ese sentido, los casos polaco y húngaro

son paradigmáticos. Tanto Polonia como Hungría desarrollaron la transición política desde un régimen comunista a uno democrático utilizando o reformando las constituciones totalitarias del pasado.<sup>35</sup>

Utilizando toda esa experiencia, se ofrecen ciertos argumentos para utilizar la legislatura como foro para el cambio constitucional. Dichos argumentos son: (a) el uso de las legislaturas refuerza el sentido de legitimidad del cambio constitucional y (b) la discusión en el foro parlamentario crea los incentivos para generar consensos que dotan de permanencia a los resultados de la negociación.

En relación al primer argumento, se señala que el uso de la legislatura refuerza el carácter institucional del cambio.<sup>36</sup> En efecto, por medio del uso de la institucionalidad existente se busca ofrecer un argumento de *legalidad* que permita generar mayores grados de legitimidad a los cambios constitucionales que se implementen. Ello sería particularmente sensible para culturas jurídicas extremadamente sensibles a la legalidad, tales como España.

Sin embargo, el argumento central que se ofrece para justificar el uso de legislaturas en procesos constituyentes es la necesidad de generar un consenso político adecuado que dote de estabilidad al cambio.<sup>37</sup> En ese sentido, el acuerdo de los actores políticos sería el factor esencial de

permanencia de la reforma en el tiempo.

Por último, quienes son partidarios de un modelo de evolución constitucional sienten una profunda afinidad por las aprehensiones que James Madison tenía respecto de las asambleas constituyentes. El centro de esas aprehensiones era, precisamente, la falta de disciplina institucional dentro de las mismas asambleas y la aproximación binaria que ellas tenían respecto de los temas a discutir, que hacían más difícil el surgimiento de consensos políticos.<sup>38</sup>

### 2.3 Un Modelo para Chile

En cuanto su texto, la Constitución chilena establece de forma clara que todo proceso de reforma constitucional debe efectuarse en conformidad a lo dispuesto en el capítulo XV de la misma. Esto, en la práctica, significa que toda reforma constitucional vía asamblea constituyente es, en principio, inconstitucional. Ello en la medida que su convocatoria no está prevista en la propia Constitución. En ese sentido, podemos afirmar que el modelo constitucional chileno actual es un modelo que, haciéndose cargo de las aprehensiones madisonianas, entrega al Congreso la potestad para introducir cambios formales y sustantivos a la carta fundamental. De hecho, esto fue lo que el Congreso hizo precisamente el 2005.

Ciertos autores han planteado la tesis de que la Presidenta de la



Reforma Constitucional de 2005 durante el gobierno de Ricardo Lagos



República podría dictar un decreto supremo que permitiera la convocatoria de una asamblea constituyente, el que sería efectivo en la medida que dicho decreto no sería susceptible de revisión por parte del Tribunal Constitucional.<sup>39</sup> En ese sentido, se trataría de un decreto que, si bien en principio no se ajustaría a la Constitución, podría producir efectos en la medida que no sería impugnabile ante ningún órgano de control. La fuente normativa de este argumento estaría en el artículo 93 N° 5 de la Constitución, el cual establece que la presentación de cualquier requerimiento al Tribunal Constitucional solicitando la inconstitucionalidad de decretos supremos que convoquen plebiscitos requiere de ser formulado por la mayoría del Senado o de la Cámara de Diputados. Dado el actual contexto político, no existiría ninguna posibilidad de que la minoría política en el Congreso impugne la constitucionalidad del decreto en cuestión, el que tendría que ser finalmente aplicado.<sup>40</sup>

Esta tesis ha sido rechazada por algunos profesores de Derecho Constitucional.<sup>41</sup> Ello en la medida que la interpretación del artículo 93 N° 5 que proponen los partidarios de convocar una asamblea constituyente no sería coherente con lo dispuesto en el artículo 93 N° 16, el cual permite a una minoría calificada de cualquiera de las cámaras (un cuarto de los diputados o senadores en ejercicio) impugnar la constitucionalidad de un decreto dictado por el Presidente de la República cualquiera sea el vicio

invocado. En ese contexto, una cuarta parte de los diputados y senadores en ejercicio podría efectivamente solicitar la inconstitucionalidad del decreto supremo que convoque la asamblea constituyente. Esto en la medida que el artículo 15 de la Constitución permite la convocatoria a plebiscitos sólo en los casos que la misma señala, el que no incluye convocatorias de asambleas constituyentes.

La interpretación planteada por los partidarios de la convocatoria a la asamblea constituyente genera severos problemas institucionales. Ello no es sólo debido a los potenciales problemas de interpretación que surgen de un posible conflicto entre los artículos 93 N° 5 y 93 N° 16 de la Constitución. Los problemas tienen que ver con la noción de estado de derecho mismo. El estado de derecho supone la existencia de una relación de reciprocidad entre gobernantes y gobernados: ambos están llamados a sujetar su actuar al Derecho. En ese sentido, los gobernados se someten al Derecho en la medida que los propios gobernantes lo hacen. Sin esa relación de reciprocidad, no puede existir estado de derecho.

Esa reciprocidad es una de las razones por las cuales el poder político tiene la autoridad suficiente para exigir el cumplimiento de la ley a los ciudadanos.<sup>42</sup> Si el gobernante quiebra esa relación de reciprocidad, reclamando para sí más ventajas de aquellas que el Derecho le ofrece,

pierde autoridad moral para exigir el cumplimiento del Derecho a los ciudadanos. En efecto, la señal que transmite a los ciudadanos la autoridad que infringe el Derecho porque no será controlado es la siguiente: "el cumplimiento del Derecho admite un examen de consecuencias. Como ciudadano, usted no cumpla el Derecho en la medida que el gobernante no se dé cuenta o no tenga los instrumentos cómo controlarlo." De allí la gravedad de la interpretación propuesta por quienes plantean la convocatoria de una asamblea constituyente por medio de un decreto supremo. Ahora bien, en cuanto a la discusión de fondo respecto al uso de la asamblea constituyente versus el empleo del Congreso Nacional para reformar la Constitución, se estima que el mecanismo más idóneo es el uso de los cauces que la institucionalidad ofrece hoy a quienes promueven un cambio constitucional. Y ello no sólo por argumentos de texto constitucional, sino también por razones de fondo.

Si bien Elster y Miller argumentan que las asambleas constituyentes previenen conflictos de interés, ello no necesariamente ocurre. Todo lo contrario, muchas veces dentro de las asambleas existen grupos completamente capturados por grupos políticos radicalizados o bien "hombres fuertes" que controlan el debate. Ello conlleva necesariamente al surgimiento de regímenes políticos autoritarios o de dudosos carácter democrático.<sup>43</sup> De hecho, esta ha sido la experiencia reciente de procesos orientados por

medio de asambleas constituyentes en Latinoamérica.<sup>44</sup>

En ese sentido, el principal problema que ofrecen las asambleas constituyentes es el carácter que las mismas se atribuyen. En efecto, las asambleas constituyentes suelen verse así mismas desde la perspectiva ofrecida por el constitucionalismo continental, esto es, como depositarias de un poder ilimitado tanto en lo formal como en lo sustancial. Es esa percepción la que permite que ellas entiendan que actúan con independencia de cualquier tipo de limitación y que, por lo mismo, resuelvan sin ponderar suficientemente factores tales como las prácticas políticas tradicionales, la historia y la cultura del país, etc. En definitiva, es ese concepto de supremacía total el que torna peligroso el uso de asambleas constituyentes.<sup>45</sup> Este concepto de supremacía absoluta del poder constituyente ejercido en asamblea está especialmente presente en el mundo jurídico Latinoamericano, con todos los riesgos que ello pueda significar.<sup>46</sup>

En cuanto el argumento planteado por Elster referido al aumento de los poderes institucionales por parte de los parlamentos que ejercen potestades constituyentes, ello no ocurre necesariamente así. De hecho, comparando constituciones producidas por las legislaturas con aquellas generadas por medio de asambleas constituyentes, se puede concluir que no existen grandes

diferencias en relación al resultado obtenido.<sup>47</sup> En ese sentido, el caso de Chile es incluso completamente el inverso al planteado por Elster. Por ejemplo, la reforma constitucional de 2005 fue generada al interior del Congreso Nacional y la misma, lejos de incrementar significativamente las potestades del Congreso Nacional, terminó por aumentar las prerrogativas del ejecutivo.<sup>48</sup>

En cuanto al argumento vinculado a la legitimidad democrática, existen diversos mecanismos que permiten asegurarlas. La asamblea constituyente es, precisamente, uno de aquellos, pero está lejos de ser el único. En ese sentido, la legislatura también ofrece un foro bastante representativo. En efecto, la legislatura acoge en su seno a diputados y senadores elegidos democráticamente y de forma periódica. Los mismos están expuestos a asumir su responsabilidad política en procesos electorarios abiertos y transparentes. Un representante en la asamblea constituyente no está necesariamente sujeto a esa responsabilidad política, en la medida que la asamblea se constituye únicamente para redactar una constitución y luego procede a disolverse. En ese contexto, los representantes no están expuestos a asumir sus responsabilidades políticas en una próxima elección. De ello se deriva que la legislatura ofrece los mismos beneficios que provee la asamblea constituyente desde la perspectiva de la legitimidad democrática, pero con todas las ventajas asociadas a poder hacer



Izamiento de la Gran Bandera Nacional  
Septiembre 2010, Presidentes de Chile



efectiva la responsabilidad política de los principales actores políticos.

La redacción de una constitución por parte de una asamblea constituyente no garantiza necesariamente la naturaleza democrática de las instituciones que surjan de la misma. Los casos venezolano y boliviano lo muestran con claridad. Sin embargo, también existen algunas experiencias de asambleas constituyentes exitosas, como los casos de Colombia y Sudáfrica. En esos casos lo que tornó exitosas las experiencias fueron (a) la existencia de (i) consensos básicos entre los diversos actores políticos y (ii) de controles externos, así como (b) una adecuada pluralidad en el seno de la asamblea, el que evitó que una sola agrupación política la controlara de forma absoluta.<sup>49 50</sup> Considerando dichos factores, es razonable pensar que la legislatura sigue siendo el mejor foro para reformar la Constitución. En efecto, los factores que permitieron el éxito de la asamblea constituyente colombiana o sudafricana son los que permitieron el éxito de procesos de cambio constitucional por medio de las legislaturas ordinarias en las cuales (a) existían mecanismos de control internos y externos y (b) una adecuada pluralidad de visiones.

En un contexto como ese, es del todo prudente que cualquier potencial reforma constitucional en Chile siga los procedimientos establecidos en el capítulo XV de la Constitución, lo que exige el respeto de los quórum

supramayoritarios contemplados en el mismo para su aprobación. En ese sentido, es preferible un modelo madisoniano de cambio constitucional a la alternativa continental ofrecida por Sieyes y Schmitt.

<sup>1</sup> Programa de Gobierno Michelle Bachelet, 2013

<sup>2</sup> Fioravanti, Maurizio: *Los derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, año 2000, pp. 76-96

<sup>3</sup> Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *El Federalista*, Gustavo Velasco, trad., Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1943, p. 215

<sup>4</sup> Ibídem

<sup>5</sup> Ibídem

<sup>6</sup> Ibídem, p. 219

<sup>7</sup> Ibídem, p. 223

<sup>8</sup> Sieyes, Emmanuel: *What Is the Third Estate? en Political Writings*, Michael Sonenscher, trad., Hackett Publishing Company, Indianapolis, 2003, p. 136

<sup>9</sup> Schmitt, Carl: *Constitutional Theory*, Jeffrey Seitzer, trad., Duke University Press, Durham, 2008, p. 132

<sup>10</sup> Schmitt, Carl: *La Dictadura*, José Díaz García, trad., Alianza Editorial, Madrid, 2009 p. 191

<sup>11</sup> Fioravanti, Maurizio: *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*, Editorial Trotta, Madrid, año 2001, p. 115

<sup>12</sup> Ibídem

<sup>13</sup> Seidman, Louis Michael: *On Constitutional Disobedience*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 7

<sup>14</sup> Ginsburg, Tom: "¿Fruto de la parra envenenada?: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena" en: *Revista de Estudios Públicos* Nº 133, 2014, pp. 1-3

<sup>15</sup> Ibídem, p. 9

<sup>16</sup> Ibídem, p. 10

<sup>17</sup> Ibídem, p. 13

<sup>18</sup> Ibídem, p. 19

<sup>19</sup> Programa de gobierno 2014-2018. Michelle Bachelet 2013, p. 30

<sup>20</sup> Ibídem

<sup>21</sup> Sieyes, Emmanuel: *What Is the Third Estate?* en *Political Writings*, Michael Sonenscher, trad., Hackett Publishing Company, Indianapolis, 2003, p. 139

<sup>22</sup> *Ibidem*

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 156

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 191

<sup>25</sup> Ginsburg, Tom: ¿Fruto de la parra envenenada: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena? en *Revista de Estudios Públicos* N° 133 2014, p. 23

<sup>26</sup> Elster, John: "Forces and mechanisms in the constitution-making process" en *Duke Law Journal* N° 45, 1995, p. 117

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 117

<sup>28</sup> Miller, Laurel E.: "Designing Constitution-Making Processes: Lessons from the Past, Questions for the Future" en: *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, p. 613

<sup>29</sup> Elster, John: "Forces and mechanisms in the constitution-making process" en *Duke Law Journal* N° 45, 1995 p. 117

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> Miller, Laurel E.: "Designing Constitution-Making Processes: Lessons from the Past, Questions for the Future" en: *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, p. 612

<sup>32</sup> *Ibidem*

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 613

<sup>34</sup> Bonime-Blanc, Andrea: *Constitution Making and Democratization: The Spanish Paradigm en Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, p. 422

<sup>35</sup> Andrew Arato y Zoltan Miklosi: "Constitution Making and Transitional Politics in Hungary" en *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, pp. 350-390. En este mismo sentido y Lech Garlicki y Zofia A. Garlicka: *Constitution Making, Peace Buidling, and National Reconciliation: The Experience of Poland" en Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Laurel E. Miller, edit., U.S. Institute for Peace Studies, Washington D.C., 2010, pp. 391-416

<sup>36</sup> Arato, Andrew: *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2000 p. 255-256

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 255

<sup>38</sup> Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *El Federalista*, Gustavo Velasco, trad., Editorial Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1943, p. 223

<sup>39</sup> Atria, Fernando: *La Constitución Tramposa*, Editorial LOM, Santiago de Chile, 2013

<sup>40</sup> Villavicencio & otros 2013, *El Mercurio*, Carta al Director 8 de octubre de 2013

<sup>41</sup> Fermandois 2013, *El Mercurio*, Carta al Director 6 de octubre de 2013

<sup>42</sup> Fuller, Lon: *The Morality of Law*, Yale University Press, New Heaven, 1969, p. 40

<sup>43</sup> Partlett, William: *Making constitutions matter: the dangers of constitutional politics in current post-authoritarian constitution-making* en *Brooklyn Journal of International Law* N° 38, 2012, pp. 19-34

<sup>44</sup> Landau, David: "Constitution-making gone wrong" en *Alabama Law Review* N° 64, 2013, p. 923-980

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 961

<sup>46</sup> Colón-Ríos, Joel: "Carl Schmitt and constituent power in Latin-American courts: the cases of Venezuela and Colombia" en *Constellations* N° 18, 2011, pp. 377-378

<sup>47</sup> Ginsburg, Tom: "¿Fruto de la parra envenenada: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena?" en *Revista de Estudios Públicos* N° 133, 2014, p. 24. Justin Blount, Zachary Elkins y Tom Ginsburg: "Does the process of constitution-making matter?" en *Annual Review of Law and Social Sciences* N° 5, 2009, pp. 201-223

<sup>48</sup> Candia, Gonzalo: *Reforma Constitucional 2005: El poder busca más poder* en *Jornadas de Derecho Público*, Universidad de Chile, año 2006. Disponible en: [http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Gonzalo%20Candia\\_Reforma%20constitucional%202005.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Gonzalo%20Candia_Reforma%20constitucional%202005.pdf)

<sup>49</sup> Landau, David: "Constitution-making gone wrong" en *Alabama Law Review* N° 64, 2013, p. 962

<sup>50</sup> Ginsburg, Tom: "¿Fruto de la parra envenenada: Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena?" en *Revista de Estudios Públicos* N° 133, 2014, p. 24