



 /asuntospublicos

 @ced_cl

Novedades

19/04/2013

Política

Procesos constituyentes originarios. Algunas experiencias comparadas. Parte I

16/04/2013

Política

Modificaciones para una efectiva regulación de datos personales en Chile

12/04/2013

Política

Crédito CORFO de pregrado: la deuda pendiente de una errada política pública

09/04/2013

Política

Un desarrollo más igualitario: La conexión entre la Economía y la Política

05/04/2013

Política

Desafíos del mercado del Trabajo: Propuestas para la incorporación gradual de salarios participativos en la economía chilena

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Informe 1042

Política

19/04/2013

Procesos constituyentes originarios. Algunas experiencias comparadas. Parte I

Esteban Szmulewicz Ramírez (1)
Christopher Torres Queulo (2)

Introducción

La Constitución debería ser fiel reflejo de los arreglos básicos de una sociedad, estableciendo los distintos poderes del Estado y garantizando al resguardo de los derechos fundamentales, como señala el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, la Constitución Política de 1980, con su proclamación de una visión liberal-individualista de los derechos fundamentales y el establecimiento de instituciones de democracia protegida que limitan el ejercicio del autogobierno del pueblo (3), no representa aquel consenso relativo a los valores democráticos y el fortalecimiento de los derechos humanos. Igualmente, cabe cuestionar el origen de la carta fundamental, que la sitúa como un elemento de división al interior de la sociedad chilena, más que como un factor de unidad nacional. No podría ser de otra manera ya que nos referimos a una Carta redactada por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, compuesta por juristas, con fuerte sesgo ideológico (recordemos que los únicos dos comisionados de línea diversa se retiraron de la Comisión en 1977, al decretarse la proscripción de todos los partidos políticos), y aprobada en un plebiscito que no cumplió con el más mínimo umbral democrático, al realizarse en un contexto de excepción constitucional, con los derechos fundamentales severamente limitados, sin participación ni debate público, sin registros electorales, y en ausencia de tribunales electorales legítimos (4). De esta forma, la Constitución de 1980 adolece de un pecado (vicio) original, que no se puede sanear ni por el transcurso del tiempo ni por la ocurrencia de reformas parciales.

Ahora bien, aún cuando existiera un mayoritario acuerdo con respecto a la necesidad de contar con una Constitución que sea real expresión de la soberanía del pueblo (5), la aprobación definitiva de un nuevo texto requiere pasar por un proceso de ejercicio del “poder constituyente originario”, que implica el establecimiento de un conjunto de procedimientos y reglas relativas a la manera en que se redactará, debatirá y, eventualmente, aprobará el nuevo texto de la Constitución, siendo que respecto de esto último existe escasa literatura, y menos aún consenso, en nuestro país. Por esta razón, este informe persigue identificar ciertos conceptos clave a la hora de iniciar una discusión sobre una nueva Constitución, para luego pasar somera revista a diez casos paradigmáticos de creación de nuevas Constituciones, con

el objeto de extraer lecciones útiles acerca de las ventajas o desventajas de las distintas decisiones que se adopten en torno a la forma de ejercicio del proceso de creación constitucional, materia esta última que será abordada en un Informe posterior.

Definición de conceptos clave

La teoría del “poder constituyente” fue desarrollada por el abate Sieyès durante la Revolución Francesa, distinguiendo claramente el poder constituyente de los poderes constituidos, siendo estos últimos aquellos que se vinculan jurídicamente a la Constitución establecida por el poder constituyente. En definitiva, como señala Pablo Lucas Verdú, poder constituyente es “la voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política”.

Por otra parte, se distingue el poder constituyente originario del poder constituyente derivado, ya que éste consiste en el poder de reforma de la Constitución vigente, por lo que se funda en ella, está sometido a las condiciones y procedimientos establecidos por la Constitución, y sólo puede ser parcial, vale decir, nunca puede abrogar la Constitución y elaborar una constitución nueva y distinta de la vigente (6).

En cuanto a los procedimientos formativos democráticos de la Constitución, éstos parten del principio de que el poder constituyente se encuentra radicado en el pueblo, siendo éste el único que legítimamente puede darse una constitución. Pueden adoptar diferentes modalidades, tales como la convención constitucional, la asamblea constituyente, o la redacción de la Constitución por parte de la legislatura ordinaria. A lo anterior cabe agregar, en ciertos casos, la celebración de un plebiscito destinado a ratificar el texto de nueva Constitución propuesto.

Casos de Estudio

A continuación se describen como casos de estudio las experiencias de diez procesos constituyentes originarios (seis de ellos serán estudiados en esta primera parte del informe), desarrollados en orden cronológico. La selección de estos casos corresponde a varios elementos: (i) demuestran la heterogeneidad de formas de creación constitucional, por medio de asambleas constituyentes, convenciones o comisiones constitucionales; y (ii) por otra parte, todas las Asambleas operaron bajo distintas dinámicas políticas, coyunturas temporales variadas y resultados diferentes entre sí, todo lo cual ayuda a comprender de mejor manera las distintas modalidades que puede adoptar un proceso constituyente originario.

a) Estados Unidos: La creación de un Estado independiente

Durante la guerra de la independencia, las 13 colonias originales conformaron una confederación de Estados a través del documento denominado los “Artículos de la Confederación de los Estados Unidos”, que mostró sus limitaciones al carecer de un ejecutivo fuerte y depender de la voluntad unánime de los Estados miembros. De esta forma, en el verano de 1787 se convocó a una Convención Constitucional con el objeto de considerar ciertas reformas a los Artículos de la Confederación, que se reuniría en Filadelfia bajo la dirección de George Washington. Sin embargo, a poco andar, y bajo la influencia de James Madison, los delegados a la convención, que eran 55, decidieron redactar una nueva Constitución para los Estados Unidos, que reemplazaría a la Confederación, creando una nueva entidad nacional y, sobre todo, en el plano internacional.

Al igual que en el caso alemán que se explicará a continuación, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 entró en vigencia en 1789, luego de la ratificación de nueve Estados miembros de la Federación, tal como había sido requerido, por lo que esta ratificación Estado a Estado produjo originalmente cierta controversia acerca de si la Constitución debía ser considerada como la voluntad del pueblo o bien como un acuerdo entre los Estados miembros.

De esta forma, a pesar del mayoritario acuerdo en la Convención Constitucional de Filadelfia, el proceso de ratificación de la nueva Constitución por los Estados miembros fue más complejo, por lo cual fue necesario convocar a convenciones especiales, diferentes de las legislaturas ordinarias, dedicadas exclusivamente a votar, sí o no, al texto propuesto de nueva Constitución. Durante los debates en el Estado de Nueva York, Madison en conjunto con Alexander Hamilton y John Jay, divulgaron un conjunto de artículos de prensa defendiendo el texto de la Constitución federal y llamando a su aprobación, textos que luego serían recogidos en los “Federalist Papers”, y que constituirían una importante fuente interpretativa sobre el significado original de la Constitución norteamericana (7).

b) Italia: Transición y consolidación democrática

Luego de la derrota italiana en la Segunda Guerra Mundial, se procedió a iniciar un proceso de refundación jurídica de las instituciones político-constitucionales existentes. De esta manera, el Decreto Ley de Lugartenencia N° 1.511, del 25 de junio de 1944, dispuso que tras la liberación del país, el futuro de sus instituciones sería decidido mediante la votación de una Asamblea Constituyente, que deliberaría en torno a una nueva Carta Magna.

En la práctica, las elecciones se llevaron a cabo el 2 de junio de 1946, triunfando los partidarios de la república y estableciéndose una Asamblea Constituyente 23 días más tarde, la cual resolvería también materias relativas a los asuntos internos del país. La elección de este órgano se basó en un criterio de representación proporcional, con participación de las 32 regiones electorales existentes. De entre los integrantes de la Asamblea se eligió una Comisión Constitucional de 75 autoridades, que culminó con la redacción de un nuevo texto constitucional, comenzando posteriormente su debate, a contar del 4 de marzo de ese mismo año.

El fin de este proceso tuvo lugar el 22 de diciembre de 1947, con la aprobación por parte de la Asamblea de la nueva Constitución de Italia, concebida como “de origen popular, contenido democrático y fundada sobre el trabajo” (8). Al culminar su labor, la Asamblea Constituyente se disolvió el 31 de enero de 1948, siendo reemplazada por el nuevo Parlamento italiano.

c) Alemania: Una segunda oportunidad democrática

Luego del término de la Segunda Guerra Mundial, y pendiente la unificación del Estado luego de la partición del territorio alemán, la República Federal alemana decidió dotarse de un cuerpo normativo que, aunque con carácter transitorio, regulara las principales instituciones políticas y los derechos fundamentales de los ciudadanos. A pesar de su carácter provisional, la Ley Fundamental de Bonn ha gozado de legitimidad generalizada, lo cual derivó en su unción como la Constitución alemana a partir de la reunificación de los dos territorios germánicos a comienzos de la década de 1990.

En cuanto al procedimiento de creación constitucional, éste se organizó en torno a un Consejo Parlamentario, aunque previamente la Junta de Gobernadores Militares señaló ciertos principios generales que debía considerar la nueva ley fundamental: forma federal de Estado, protección de los derechos de los Estados miembros de la federación, y protección de derechos y libertades individuales. Igualmente, los primeros ministros de los Land (Estados miembros) nombraron un comité de 25 miembros, denominado Convención de Herrenchiemsee, principalmente expertos en derecho constitucional y altos oficiales gubernamentales, para que preparase un borrador de texto constitucional.

Luego del trabajo de esta Convención, a partir del 1° de Septiembre de 1948 en la ciudad de Bonn se reunió el Consejo Parlamentario que debatió el borrador de Constitución propuesto por la Convención. El Consejo se compuso de 65 delegados, nombrados por los parlamentos de sus respectivos Land, la mayoría con experiencia política anterior. El Consejo sesionó por un período de casi 10 meses, lo que se explica fundamentalmente por cuanto los consejeros estaban convencidos de que debían lograr un significativo nivel de consenso entre ellos para asegurar la ratificación de la ley fundamental por parte de sus respectivos Estados. Dada la negativa experiencia de la República de Weimar con las formas de democracia directa, se optó por el camino de la ratificación por parte de los Länder, lo que se obtuvo el 22 de mayo de 1949 con abrumadoras mayorías en cada uno de ellos (9).

d) Francia: Charles de Gaulle y la Quinta República

Luego del término de la Segunda Guerra Mundial, y con la inauguración del régimen de la Cuarta República, mediante la Constitución de 1946, Francia pretendió consolidar su régimen democrático. Sin embargo, tampoco este sistema logró estabilidad, producto de los constantes cambios de gobierno y las derrotas militares sufridas en las guerras coloniales de Indochina y Argelia.

En este contexto, en mayo de 1958 se convocó al general Charles de Gaulle con el objetivo de restaurar la estabilidad y credibilidad del sistema político (10). Para tal efecto, de Gaulle negoció con la Asamblea Nacional la adopción de una nueva Constitución, a través de dos etapas: 1) la modificación de las normas sobre reforma constitucional, a fin de hacer más expedito el proceso y generar una suerte de continuidad legal; y 2) la redacción, en menos de tres meses, de un nuevo texto constitucional, que fue obra del Consejo de Ministros, con consulta al Consejo de Estado, y consulta obligatoria con un Comité Consultivo Constitucional, compuesto por 16 miembros nombrados por la Comisión de Sufragio Universal de la Asamblea Nacional, 10 miembros nombrados por el Consejo de la República y 13 miembros nombrados por el Gobierno. Además, se dejó constancia de ciertos principios clave que debían ser incorporados (11).

Concluida la redacción, el pueblo francés aprobó la Constitución en un referéndum el 28 de septiembre de 1958. De esta forma, los principales objetivos perseguidos por la nueva Constitución se pueden resumir en: restaurar la unidad nacional y asegurar la estabilidad del Gobierno (12).

e) Portugal: De la revolución a la democracia

En 1974 la dictadura imperante desde 1926 estaba en crisis producto de varias causales internas y externas, tales como el agotamiento del gobierno dictatorial y una larga y costosa guerra colonial en Angola, Mozambique y Guinea. Esto llevó a que entre el 24 y 25 de Abril de 1975 se realizara un golpe de Estado exitoso por parte de un grupo de militares denominado Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA). Los oficiales del MFA conforman la Junta de Salvación Nacional e inician el proceso de transición hacia unas

elecciones libres y democráticas para elegir un parlamento que tendrá funciones de Asamblea Constituyente. En el marco de este proceso se dictaron las llamadas Leyes Constitucionales, siendo la más importante la Ley Constitucional N° 3 de 1974, que contenía el programa político del MFA y operó como una Constitución provisoria.

El 25 de Abril de 1975, se realizaron las Elecciones Constituyentes para elegir a 250 miembros de la Asamblea Constituyente, que tendría la tarea de redactar una nueva constitución. En dicha elección la mayoría favoreció al Partido Socialista, que se quedó con 116 escaños, así como a otros partidos abiertamente declarados a favor de una democracia representativa. El Partido Comunista, que apostaba por un proceso revolucionario más radical, obtuvo sólo 30 escaños (13).

Durante todo este periodo, y a pesar de que se produjeron distintas convulsiones políticas y económicas, la Asamblea Constituyente realizó su labor de forma independiente, aunque no aislada, de los conflictos que rodearon al gobierno y al MFA. Dada la mayoría de los partidos de izquierda, el nuevo texto constitucional se caracterizó por un marcado componente ideológico socialista, al tiempo que se consagraba una democracia representativa y pluralista en la forma de una república parlamentaria. La Constitución entró en vigor el 2 de Abril de 1976.

f) España: La liturgia de la concesión del poder

El 20 de Noviembre de 1975 murió Francisco Franco, quien gobernó España de manera ininterrumpida desde 1939. Dos días después, y tras la coronación de Juan Carlos de Borbón como Rey de España y sucesor de Franco, el nuevo monarca empezó a impulsar una agenda de transformaciones junto con los políticos reformistas nacidos en el seno del franquismo. Para ello impulsó una ley de reformas políticas que fue aprobada por las Cortes Españolas, y posteriormente refrendada con un 97,36% de los votos en un referéndum realizado en Diciembre de 1976, dando paso a la elección de nuevas Cortes (Parlamento), mientras que Suárez, Presidente de Gobierno entre 1976 y 1981, decidió que éstas tuvieran como misión redactar una nueva Constitución para España.

Bajo el amparo de la Ley para la Reforma Política, se le otorgó carácter constituyente a las Cortes y se conformó un grupo de expertos o Ponencia con juristas representantes de los principales partidos políticos presentes en las Cortes. La Ponencia trabajó entre Agosto y Diciembre de 1977 en un primer borrador constitucional que se elaboró con reserva respecto a la prensa y el público y que fue sometido al debate de los parlamentarios, los que tuvieron 30 días para presentar enmiendas. Después, entre Febrero y Abril de 1978 se realizó una ronda de negociaciones políticas que resultaron en la publicación del texto final, que fue debatido en las Cortes hasta que se sometió a votación bicameral en Octubre y sometida a referéndum en Diciembre de 1978. En este referéndum un 88,54% votó a favor de la nueva constitución, la que fue promulgada por el monarca el 27 de Diciembre de 1978.

Luego del análisis de los seis casos anteriores, se hacen evidentes algunos rasgos distintivos en cada uno de estos procesos constituyentes. Para profundizar sobre ellos y ampliar la información que nos permita establecer conclusiones al respecto, en el siguiente informe se abordará la situación de los siguientes países del hemisferio sur: Colombia, Sudáfrica, Venezuela y Bolivia.

(1) Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (UACH). Magister en Ciencia Política (Universidad Autónoma de Barcelona) y Magister en Política Comparada (London School of Economics and Political Science). Investigador Asociado del Centro de Estudios del Desarrollo. Director del Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor.

- (2) Administrador Público y Licenciado en Ciencias Políticas y Gubernamentales con Mención en Ciencia Política de la Universidad de Chile.
- (3) Al respecto véase Szmulewicz, Esteban (2012). "Democracia, gobierno de la mayoría y leyes orgánicas constitucionales. Parte I". *Asuntos Públicos*. Informe N° 954. [<http://www.asuntospublicos.cl/wp-content/uploads/2012/04/954.pdf>].
- (4) Para un mayor desarrollo de este tema, véase Robert Barros, *La junta militar, Pinochet y la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Sudamericana, 2005.
- (5) Sobre este punto, véase Fuentes, Claudio (2010), "Elites, opinión pública y cambio constitucional", en Claudio Fuentes (ed.), *En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 63-72, observando que una significativa mayoría de las elites, y un porcentaje importante de la opinión pública lega, se manifiestan a favor de una nueva Constitución. Igualmente, cabe recordar que en la pasada elección presidencial 3 de los 4 candidatos presidenciales (que obtuvieron un total combinado de 55% aproximadamente en la primera vuelta electoral) plantearon en su programa avanzar en una nueva Constitución.
- (6) Véase Nogueira, Humberto y Cumplido, Francisco (2001), *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional*. Santiago, Ediciones Universidad de Talca, pp. 76 y siguientes.
- (7) Para una versión detallada del proceso constituyente en los Estados Unidos, véase Tushnet, Mark (2006), "The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism", en Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*. Nueva York, Oxford University Press.
- (8) Lombardi, Giorgio. "Constitución italiana y sistema democrático". Universidad de Torino. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/805/36.pdf>, p. 1 (Septiembre, 2012).
- (9) Para una visión más completa del proceso constituyente en Alemania, véase Kommers, Donald (2006), "Germany: Balancing Rights and Duties", en Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*. Nueva York, Oxford University Press.
- (10) El propio de Gaulle caracterizaría el período bajo la vigencia de la Constitución de 1946 como uno de "malaise" (enfermedad).
- (11) Estos principios dicen relación con las siguientes materias: sufragio universal como la fuente de todo poder, separación de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, responsabilidad política del gobierno frente al Parlamento e independencia judicial, entre otros.
- (12) Para un mayor desarrollo del caso francés, véase Foyer, Jean (1988), "The drafting of the French Constitution of 1958", en Goldwin, Robert A.; Kaufman, Art. "Constitution Makers on Constitution Making". American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington DC. Véase también Goguel, Francois (1959), "L'Elaboration des Institutions de la République dans la Constitution du 4 Octobre 1958", en *Revue française de science politique*, Vol. 9, N° 1, pp. 67-86.
- (13) Miranda, Jorge. "A Constituição e a democracia portuguesa". Extraído del sitio web http://www.25abril.org/a25abril/get_document.php?id=249, revisado el 05 de Marzo de 2013. Traducido del original en portugués por el autor.