



asuntos
públicos
.cl



Centro de estudios del desarrollo

 /asuntospublicos

 @ced_cl

Novedades

14/05/2013

Política

Procesos constituyentes originarios. Lecciones a partir de experiencias comparadas. Parte III

09/05/2013

Economía

¿Producto Interno Bruto o Felicidad Nacional Bruta?, el ejemplo de Bután

07/05/2013

Política

Nuevos aportes al comunitarismo: aproximación a la visión de Amitai Etzioni

03/05/2013

Sociedad

Razones y sinrazones de la concentración del poder en Chile: La desigualdad

29/04/2013

Política Sectorial

Autonomía Indígena: Un Asunto de derechos

24/04/2013

Política

Procesos constituyentes originarios. Algunas experiencias comparadas. Parte II

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 1048

Política

14/05/2013

Procesos constituyentes originarios. Lecciones a partir de experiencias comparadas. Parte III

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

1. Introducción

A partir del trabajo emprendido en los dos informes anteriores (3), el presente Informe se centra en analizar la experiencia comparada de diez procesos de creación constitucional originaria, desarrollados en distintos períodos históricos, y que han recurrido a diversas fórmulas como mecanismo para dotarse de una nueva Constitución, siendo una de ellas la fórmula de Asamblea Constituyente. Si bien los casos que se consideran en el presente estudio ya fueron narrados en los informes anteriores, en éste se intentará darles sentido desde una perspectiva comparativa y analítica, a fin de extraer ciertas lecciones acerca de las potencialidades, desafíos y problemáticas que plantea un proceso de creación constitucional.

Además, el presente informe se nutre de las fuentes internacionales que analizan un gran conjunto de experiencias comparadas, incluyendo las tratadas en los informes anteriores pero también otras, particularmente a partir de los estudios de organizaciones internacionales especializadas, tales como el International Democracy and Electoral Assistance (IDEA) o la organización Interpeace, dedicada a promover el diálogo en contextos fuertemente polarizados o divididos. La selección de los casos se justifica en criterios geográficos, persiguiendo una equilibrada representación de las diferentes tradiciones jurídicas, políticas y culturales que pudieran estar en juego en procesos constituyentes, así como en la selección de aquellos casos más emblemáticos por poseer al menos una cualidad peculiar u original desde la perspectiva de la teoría y la historia constitucional.

Es así como este informe pone de relieve la heterogeneidad que reviste el proceso de generación de una nueva carta fundamental, las eventuales ventajas que se derivarían de la aplicación del mecanismo de la Asamblea Constituyente, en caso de estimarse pertinente en vistas a un proceso constituyente nacional. Además, también analiza las dificultades y problemáticas que pueden surgir en este contexto, recalcando la centralidad del contexto y las particulares características de cada caso.

2. Elementos básicos de un proceso constituyente

Tal como fuera enunciado en la introducción, en esta sección se exponen los principales aspectos procedimentales que se deben definir y consensuar a la hora de diseñar el proceso de creación constitucional. Estas definiciones, a pesar de su naturaleza eminentemente formal o procedimental, tendrán un decisivo impacto en el resultado final del proceso, ya que de ellas dependerá el grado de inclusión de distintos sectores sociales en la nueva Constitución, la perdurabilidad del texto constitucional y, en definitiva, la legitimidad del nuevo pacto político que se establezca.

a) La decisión de realizar un proceso constituyente

Para entender un proceso constituyente determinado es necesario tener en cuenta algunos elementos de análisis tales como los contextos en los que se enmarca el proceso constituyente, las motivaciones que pueden tener sus impulsores y los objetivos explícitos o implícitos que puede tener dicho proceso. Con respecto a los contextos o escenarios que pueden motivar un proceso constituyente, Elster describe ocho posibles escenarios (4):

1. Crisis económica o social
2. Revolución
3. Colapso institucional
4. Temor a un colapso institucional
5. Derrota militar
6. Reconstrucción de postguerra
7. Nacimiento de un nuevo estado
8. Independencia

Negretto añade a dichas causas, tomando en cuenta las experiencias latinoamericanas post-dictaduras militares, las siguientes: transición política de un gobierno autoritario a uno democrático, crisis política y acuerdos partidistas con fines electorales o de distribución de poder (5).

Sobre las motivaciones que pueden existir para realizar procesos constituyentes, Negretto señala que un proceso puede perseguir finalidades que pueden constituir tendencias de reforma constitucional, tales como el fortalecimiento de derechos ciudadanos, la personalización del voto, modificación de los sistemas electorales y la modificación de los poderes y atribuciones del ejecutivo, así como también la existencia de motivaciones de carácter refundacional que se persiguen en algunos procesos que se realizan con la intención de terminar con una institucionalidad para dar paso a otra. Esta última idea la complementa Ghai sosteniendo que *“A menudo se recurre a este mecanismo en contextos revolucionarios donde el antiguo régimen e instituciones son eliminados en forma deliberada para dar paso al nuevo sistema”* (6).

Finalmente, respecto a los objetivos que puede perseguir un proceso constituyente, Ghai plantea los siguientes:

1. Reconciliación entre grupos
2. Fortalecimiento de la unidad nacional
3. Empoderamiento de la ciudadanía y su preparación para participar en la vida pública y en el ejercicio y protección de sus derechos

4. Elaborar una Constitución en torno a objetivos y valores nacionales
5. Ampliar una agenda para el cambio
6. Promover el conocimiento y respeto por los principios del constitucionalismo
7. Fortalecer la legitimidad de la búsqueda de acuerdos y de la propia Constitución.

En los casos de estudio presentados en este informe es posible identificar varios de estos elementos al momento de analizar los contextos y causas que influyeron en la decisión de realizar estos procesos constituyentes.

b) Etapas en el proceso constituyente

Una vez analizados los distintos tipos de mecanismos de creación constitucional y sus características, es necesario describir lo que son las etapas que puede tener un proceso constituyente. Ghai (7) ofrece un listado de lo que podrían ser estas etapas, las que se podrían resumir en las siguientes:

1. Acuerdo sobre principios y objetivos del proceso;
2. Acuerdo sobre instituciones y procedimientos para elaborar la Constitución;
3. Preparación de la ciudadanía para la consulta mediante educación cívica;
4. Consulta a la ciudadanía y a expertos;
5. Deliberación y análisis de opiniones;
6. Redacción del anteproyecto de texto constitucional;
7. Redacción de la versión final;
8. Celebración de un referéndum u otro mecanismo de ratificación del texto constitucional;
9. Puesta en vigor de la Constitución.

c) Principios rectores en los procesos constituyentes

Tal como se mencionó anteriormente, dentro de los pasos de un proceso constituyente, la primera etapa es la de definición de principios básicos que guiarán la redacción del texto constitucional y su discusión en el cuerpo deliberativo. Estos principios, según describe Ghai, pueden ser acordados por consenso, definidos previamente por un cuerpo colegiado o pueden tomarse de la Constitución vigente. Esto con el objeto de definir un margen de acción para el proceso constituyente y asegurar de esta manera que el texto constitucional sea redactado bajo principios comunes acordados y aceptados por todos los actores participantes. Al respecto, Elster es de la idea que la definición de un marco de acción para un proceso constituyente puede convertirse en un elemento restrictivo establecido previamente por actores institucionales que pretenden limitar la acción de los actores dentro del proceso, pero en realidad, esto dependerá de la manera en que queden redactados dichos principios y de la flexibilidad interpretativa del órgano encargado de verificar la sujeción del texto de la nueva Constitución a los principios rectores establecidos. De esta forma, como ejemplo de principios que tuvieron carácter vinculante para el proceso, fruto de un consenso previo entre los actores, Ghai cita los casos prácticos de Sudáfrica y Kenia, casos en que además se encomendó a la Corte o Tribunal Constitucional respectivo enjuiciar la conformidad del texto de la nueva Constitución con los principios rectores previamente concordados.

d) Formas de creación constitucional

A lo largo de la historia, y partir de los diez casos analizados en los Informes anteriores, es posible identificar dentro de todos los procesos constituyentes que se han realizado desde el Siglo XVIII en adelante, la existencia de 4 formas en las cuales una Constitución puede ser redactada, aprobada y puesta en ejecución:

1. Asamblea Constituyente: Este procedimiento corresponde a la elección de un cuerpo colegiado de representantes electos con la misión específica de redactar una Constitución y que tendrá una duración jurídicamente determinada. Típicamente se engloban en esta hipótesis los casos de Colombia, Venezuela y Bolivia.
2. Convención Constitucional: Una Convención consiste en la creación de un cuerpo colegiado de representantes de distintas comunidades o estados pertenecientes a una nación, los cuales pueden ser electos de forma directa por la ciudadanía o pueden ser designados por estamentos de dichas comunidades. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 es un ejemplo de esta categoría.
3. Comisión Constitucional: En el caso de una Comisión, se designa un panel de expertos o representantes políticos que pueden interactuar con los poderes del Estado y que tienen la tarea de redactar la Constitución. Los casos de Alemania y Francia se pueden ubicar en este grupo.
4. Legislatura Constituyente: En este tipo de mecanismo lo que se hace es elegir un Parlamento que tendrá la misión especial de redactar la Constitución de forma simultánea o no con sus labores legislativas ordinarias. Los casos de Italia, Portugal, España y Sudáfrica son emblemáticos de esta categoría.

e) Características del cuerpo deliberativo

Independiente del mecanismo de creación constitucional que se decida utilizar, las características de los cuerpos colegiados que participan en la redacción de una carta fundamental pueden tener relevancia respecto a cómo se llevará a cabo el proceso constituyente y sus eventuales resultados y repercusiones futuras. En ese sentido, el tamaño del cuerpo deliberativo, ya sea Asamblea Constituyente, Comisión o Convención Constitucional, así como también su composición socio-política respecto a la participación de partidos políticos y grupos sociales diversos pueden reflejar la finalidad que se puede perseguir en la creación de una Constitución, así como también se puede intentar un pronóstico lo que será el resultado del proceso, su legitimidad y aceptación por la sociedad.

Sobre el tamaño de los cuerpos deliberativos, esto es, aquellos que toman parte en la deliberación respecto del proyecto de Constitución independiente de su eventual participación en la redacción del mismo, no es posible definir un número preciso de miembros. Los casos de estudio y las distintas experiencias constituyentes establecen un abanico muy diverso de cuerpos colegiados: pequeños, inferiores a los 50 miembros, superiores a 50 e inferiores a 100, e incluso superiores a los 100 miembros. Esto se desarrolla con mayor profundidad en el Informe N° 1043 que corresponde a la II Parte de esta entrega.

En lo que se refiere a la composición socio-política de un cuerpo deliberativo, es posible afirmar que en un proceso constituyente, ya sea una Asamblea u otro, pueden actuar los partidos políticos, grupos de interés, ONG, agrupaciones ciudadanas, organizaciones sociales, académicos y asesores técnicos, entre otros (8). Dentro de los procesos constituyentes los partidos políticos pueden jugar un rol determinante, tanto por ser actores que pueden participar activamente en los cuerpos deliberativos enviando representantes de sus filas, como también siendo parte de los acuerdos y consensos necesarios para desarrollar un proceso. Pese a ello, no existe un consenso respecto a los efectos de su rol en la redacción de una nueva Constitución. Para Negretto, los intereses de los partidos políticos pueden determinar o motivar un proceso constituyente, a lo que Ghai complementa que si se realiza una elección general para conformar una asamblea constituyente, *"(...) los partidos políticos, acostumbrados y organizados para participar en tales contiendas, dominarán el proceso"* (9). No obstante lo anterior, los partidos políticos son fundamentales para la intermediación y agregación de sensibilidades e intereses sociales, para la canalización pacífica e institucionalizada de los conflictos sociales, y para el diálogo, el acuerdo y la deliberación, por lo que su rol en un proceso constituyente es absolutamente indispensable (10).

f) Grados o niveles de participación ciudadana

Un proceso constituyente, en especial si se trata de una asamblea constituyente, parte de la base de que puede ser necesario o deseable que en dicho proceso haya un significativo grado de participación por parte de la ciudadanía, con el objetivo de otorgar legitimidad al proceso mismo y también a la carta fundamental que resulte de éste. Dichos niveles de participación pueden darse en todo el proceso, desde su convocatoria hasta la ratificación del texto constitucional, o bien en algunas etapas específicas, como por ejemplo consultas ciudadanas realizadas antes de conformar el cuerpo deliberativo, instancias de consulta realizadas por el cuerpo una vez constituido, grados de inclusión de actores sociales, étnicos o ciudadanos en las instancias constituyentes, elección de los miembros del cuerpo constituyente y ratificación del texto constitucional.

De hecho, para autores como Samuels la participación es un elemento crucial en los procesos constituyentes, puesto que su ausencia puede producir conflictos en medio del proceso o al momento de que la nueva Constitución entre en vigor, al ser considerada una carta fundamental que fue redactada sin haber escuchado a la gente (11). Por su parte, Elster y Ginsburg, en sus textos ya citados, afirman que si bien la participación se vuelve importante, ésta puede tornarse un problema para el proceso constituyente, particularmente si no es adecuadamente conducida o encauzada por los canales institucionales diseñados para tal efecto. Dada la importancia de este punto, en el próximo Informe se desarrollará con mayor profundidad la relación que tiene la existencia y diseño de la participación ciudadana en un proceso constituyente, con la legitimidad que obtiene dicho proceso y su resultado.

g) Duración de un proceso constituyente

Otro aspecto a considerar es la extensión temporal de los procesos constituyentes. Autores como Fafard y Reid plantean que las principales distinciones respecto al tiempo de duración de un proceso constituyente pueden radicar en sus distintos contextos (12). Por ejemplo, en un escenario de revolución o postguerra podría ser necesario un proceso constituyente más rápido, que a lo mejor se produciría por “la falta de una estructura constitucional alternativa y el consenso general de una urgente necesidad de cambio”. No obstante lo anterior, es posible afirmar que la duración de un proceso constituyente, tal como ocurre con el número de miembros de los cuerpos constituyentes, obedece principalmente a consideraciones propias del contexto sociopolítico de cada caso, y no existe una regla o tendencia que establezca una duración determinada del proceso. A pesar de lo anterior, cabe manifestar que dentro de los casos analizados en este informe es posible detectar que por lo general son procesos que han durado aproximadamente un año, con diferencias de meses.

h) Mecanismos de resolución de controversias

Finalmente, un aspecto estratégico sumamente relevante, y que normalmente se deja de lado en las consideraciones previas al proceso de generación de una nueva Constitución, dice relación con las normas de procedimiento que puedan ayudar a resolver controversias dentro de los cuerpos deliberativos. Tales mecanismos pueden tener la forma de quórum necesarios para aprobar disposiciones especiales del texto constitucional, la recepción de informes de expertos externos, o consultas ciudadanas para recabar opiniones sobre puntos controversiales. De la misma manera, tal como lo señala Ghai, pueden conformarse comités especiales que tengan como objetivo una mejor distribución del trabajo, así como lograr que los actores constituyentes busquen acuerdos frente a los puntos de conflicto y logren así “*allanar las diferencias y contradicciones*”. Sobre los quórum para aprobar el texto constitucional o partes importantes de éste,

el propio Ghai plantea la inconveniencia de usar un quórum de mayoría simple, consistente en la mera mayoría de los presentes en la sesión respectiva, principalmente en lo que llama escenarios de “países profundamente divididos, en especial a partir de regionalismos o por motivos étnicos”, siendo conveniente a su juicio un quórum de mayoría amplia que haga necesaria la búsqueda de consensos entre los actores, aunque advierte que un quórum de ese tipo “aumenta el riesgo de que no se llegue a adoptar ninguna Constitución” (13), o al menos dificultar o ralentizar el proceso.

3. Conclusiones

En primer término, cabe destacar que aún cuando existiera consenso político y social en torno a la necesidad de un nuevo texto constitucional, es importante avanzar también en la definición y aceptación de un marco de principios, procedimientos y reglas para la elaboración del nuevo texto, toda vez que el óptimo resultado de consolidación, perdurabilidad y legitimidad constitucional dependerá en buena medida de las definiciones que se adopten en relación a la forma de elaboración de la nueva Constitución.

En segundo término, y estrictamente vinculado con el punto anterior, está la constatación de que existen numerosos aspectos en el proceso de creación constitucional que pueden tener un impacto decisivo en el resultado final, desde el número y composición del cuerpo deliberativo encargado de redactar el texto de la nueva Constitución, hasta los procedimientos destinados a dotar al documento de la más amplia legitimidad posible, pasando incluso por materias relativas a las cuestiones vinculadas con las etapas del procedimiento de elaboración, los principios o valores clave que guiarán la discusión, los mecanismos de solución de controversias, entre otros aspectos.

De esta manera, descrita la parte procedimental y general, además de los casos narrados en los informes anteriores, en el próximo informe y final de esta entrega abordaremos las ventajas y desventajas de la Asamblea Constituyente, al tiempo que se formulan ciertas hipótesis sobre la vinculación entre el proceso de establecimiento de una nueva Constitución y otros fines u objetivos de la sociedad política.

- (1) Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (UACH). Magíster en Ciencia Política (Universidad Autónoma de Barcelona) y Magíster 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) Véase, Asuntos Públicos. Informes N° 1.042 y 1.043
- (4) Elster, Jon (1995), “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process”, en *Duke Law Journal*, Vol. 45, N° 2, pp. 364-396.
- (5) Negretto, Gabriel (2009), “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, en *Journal of Democracy* (Spanish Version), Vol. 1, No 1, pp. 38-54.
- (6) Ghai, Yash (2006), *La asamblea constituyente en la elaboración de la Constitución Política*. Estocolmo, International IDEA.
- (7) Ghai, Yash (2006), op. cit.
- (8) Para una mejor descripción de los actores institucionales y no-institucionales que pueden ser parte de un proceso constituyente y sus cuerpos, ver Widner J. (2007), *Proceedings “Workshop on Constitution Building Processes”*, Universidad de Princeton. 17-20 de Mayo 2007, Bobst Center for Peace & Justice, Princeton University, en conjunto con Interpeace e International IDEA.
- (9) Ghai, Yash (2006), op. cit.
- (10) En relación a la importancia de los partidos políticos, véase Micco, Sergio y Saffirio, Eduardo (2011), “¿El pueblo unido avanza sin partidos? (II). Partidos, Grupos y Movimientos”, *Asuntos Públicos*, Informe N° 891.
- (11) Samuels, Kirsti (2006), “Constitution Building Processes and Democratization: a discussion of twelve case studies” (mimeo). Estocolmo, International IDEA.
- (12) Fafard, Patrick y Reid, Darrel (1991), *Constituent Assemblies: A Comparative Survey*. Research Paper N° 30. Kingston, Queen’s University.
- (13) Ghai, Yash (2006), op. cit.