

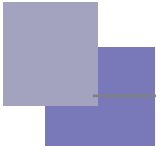
Julio 2006



# **La asamblea constituyente en la elaboración de la constitución política**

Yash Ghai\*

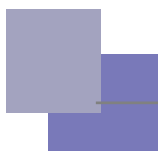
*\*La elaboración de este documento fue encargada al autor por el Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, International IDEA. El autor desea expresar su agradecimiento a la Universidad de Hong-Kong por el Premio de Investigador Distinguido, el cual facilitó el estudio comparativo sobre distintas constituciones.*



© International IDEA 2006

Cualquier solicitud de autorización para reproducir total o parcialmente esta publicación debe dirigirse a:  
Publications Office  
International IDEA  
SE. 103 34 Stockholm  
Sweden

*Las publicaciones de IDEA Internacional son independientes de intereses nacionales o políticos específicos. Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente las opiniones de IDEA Internacional o de los miembros de su Junta o Consejo.*



# Índice

<b>Introducción .....</b>	<b>4</b>
<b>Parte I. La importancia de la elaboración de una constitución .....</b>	<b>5</b>
Objetivos del proceso de elaboración constitucional .....	6
Participación.....	7
<b>Parte II. El proceso de elaboración del texto constitucional .....</b>	<b>10</b>
<b>Parte III. La decisión de celebrar una asamblea constituyente como parte del proceso .....</b>	<b>13</b>
Lo ideal y lo práctico.....	16
<b>Parte IV. El periodo previo a la asamblea constituyente .....</b>	<b>17</b>
Sucesos y procedimientos en el periodo previo a la asamblea constituyente.....	17
Acuerdos provisionales.....	18
Definición de los objetivos .....	22
Plazos.....	22
Instituciones y procedimientos para la elaboración del texto constitucional: el marco .....	23
<b>Parte V. La asamblea constituyente: estructura y composición .....</b>	<b>24</b>
Relación con el parlamento.....	24
Membresía .....	25
Secretaría .....	28
<b>Parte VI. Los poderes y funciones de la asamblea constituyente .....</b>	<b>29</b>
Educación cívica.....	30
Consultas al público y redacción del anteproyecto .....	30
¿Anteproyecto o constitución primero? .....	32
Normas de procedimiento .....	32
¿Transparencia o confidencialidad? .....	33
Reglas para la toma de decisiones .....	34
Papel de los expertos y la experiencia acumulada.....	35
<b>Parte VII. Después de la asamblea constituyente.....</b>	<b>37</b>
Papel del referendo .....	37
Mecanismos de implementación .....	38
<b>Conclusión.....</b>	<b>40</b>

## Introducción

---

Con el actual incremento en los procesos de formulación de constituciones políticas alrededor del mundo, ha aumentado también el interés en cuanto al papel de las asambleas constituyentes. La característica distintiva de una asamblea constituyente es que esta se establece para redactar una constitución, o al menos esa es su función primordial, siendo esta todavía la modalidad más común para llevar a cabo ese proceso. A diferencia de otras épocas, una constitución no es aceptada ya como una imposición de parte de un grupo victorioso o dominante sobre otros (o una concesión de un monarca o presidente), ni siquiera su promulgación por parte de un régimen militar, aunque ambas situaciones se han presentado durante las últimas dos décadas: las constituciones democráticas de Nigeria de 1979 y 1989 fueron promulgadas por gobiernos militares, aunque en alguna medida estas se basaron en el trabajo de comisiones constitucionales y asambleas constituyentes.

Establecer una diferenciación entre una asamblea constituyente y otros mecanismos de toma de decisiones podría sugerir que se trata de una "especie" distinta, con sus características generalmente aceptadas. Pero el hecho es que puede tener —y de hecho las ha tenido— enormes diferencias en cuanto a su composición, funciones y modalidades de operación. Estas diferencias tienen un impacto fundamental en la conducción del proceso de

formulación constitucional, así como en su orientación y resultado final. En este documento se examinan estas diversas posibilidades, aprovechando la experiencia de muchos países en este campo — desde la convención americana y la asamblea francesa de los años de 1790, hasta la Conferencia Nacional Keniana celebrada 2001-04 y la Asamblea Nacional de Transición de Irak en 2005.

Una asamblea constituyente debe verse en el contexto del proceso completo de elaboración de una nueva constitución. En algunos países esa instancia ha tenido a su cargo todo el proceso, mientras que en otros ha compartido esa tarea con otras instituciones, incluso hasta darle fuerza de ley al nuevo documento. Por lo tanto, cuando se toma la decisión de convocar a una asamblea constituyente, resulta importante enfocarse en su relación con otros aspectos del proceso, incluyendo la cuestión fundamental de cómo iniciar el proceso de reforma y cómo desarrollar un consenso en torno a las instituciones y los métodos. En este documento se aborda, por tanto, no solo la mecánica de una asamblea constituyente, sino también el contexto en el que esta opera y sus conexiones con el Estado, la sociedad y otros procesos.



## Parte I.

# La importancia de la elaboración de una constitución

En décadas recientes ha habido una actividad considerable en términos de la elaboración y revisión de constituciones políticas<sup>1</sup>, lo cual refleja un cambio en la percepción sobre su importancia y propósitos. Varias constituciones contemporáneas han marcado el fin de una época y el inicio de otra distinta bajo la hegemonía de nuevas fuerzas sociales, entre las cuales los países de Europa Oriental ofrecen buenos ejemplos. Algunas reflejan el compromiso o la presión hacia una mayor democratización, como consecuencia del desencanto motivado por un régimen unipartidista o militar, como ocurrió en Tailandia, Brasil, Argentina y Mozambique. En otros países, siendo de particular interés Nepal, estas son el resultado de acuerdos logrados tras antiguos conflictos internos, centrados en la reconfiguración del Estado a través de un proceso de negociación —con frecuencia con la ayuda de mediadores externos— cuando ninguna de las partes lograba imponerse militarmente o si el costo del conflicto se tornaba inaceptablemente alto, tal como el caso de Sudáfrica, Irlanda del Norte, Afganistán, Irak, Bosnia-Herzegovina y Sudán.

Muchos conflictos internos giran en torno a la

estructura del Estado y la distribución de sus atribuciones y recursos. En este sentido, al menos hasta cierto punto se trata de conflictos en torno a la constitución política, cuya resolución a menudo se logra con éxito cuando surge y se llega a instituir un nuevo documento a partir de un consenso (en los Acuerdos de París en el caso de Camboya, por ejemplo, se estableció que las responsabilidades de las Naciones Unidas concluirían con la adopción de la Carta Magna). Si bien la adopción de un nuevo documento constitucional marca un hito, no sería realista asumir que con ello se resuelven todos los problemas o que este va a arraigarse automáticamente, puesto que requiere nutrirse y es necesario considerar las distintas medidas a adoptar para que alcance plena vigencia.

El documento constitucional debe abordar no solo la estructura del gobierno, sino también la forma en que las comunidades se relacionan con esa estructura y otros aspectos sociales críticos. Aunque las negociaciones en torno a la constitución se consideran como el método idóneo para resolver diferencias, el hecho es que el proceso que conduce a su formulación puede ser en sí mismo profundamente divisivo, debido a que hay mucho en juego (el proceso en Kenia durante el período 2000-05, ilustra el aspecto de la unificación y el de la división)<sup>2</sup>. Se trata de un

<sup>1</sup> Entre el año 1990 y el 2000, 17 naciones africanas, 14 naciones latinoamericanas y casi todos los estados de la era comunista de Europa Oriental y la antigua Unión Soviética introdujeron modificaciones drásticas o reemplazaron sus constituciones (Van Coot, 2000). En la actualidad varios países están en proceso de revisar sus constituciones o estas son el centro de negociaciones, entre ellos Bolivia, Kenia, Bután, Nepal, Sri Lanka, las Maldivas, las Islas Salomón, Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Irak y la República Democrática del Congo.

<sup>2</sup> Yash Ghai y Jill Cottrell, "Constitution making and democratization in Kenya, 2000-2005", por publicarse en el 2007 (1) *Democratization*.

proceso a menudo divisivo porque es profundamente político y es político no solo en el sentido de que involucra un diálogo por el poder político y la deliberación en torno a los valores e instituciones sociales, sino también en un sentido más crudo, ya que involucra a individuos y grupos que se disputan el poder. Se trata de tácticas y estrategias que pueden incluir el obstruccionismo y el sabotaje. Históricamente una gran cantidad de procesos no han logrado concluir con un nuevo texto constitucional, lo cual no significa necesariamente que todo el proceso haya fracasado, aunque para hacer tal evaluación resulta importante analizar cuál es el objetivo de formularla.

## Objetivos del proceso de elaboración constitucional

### Objetivos de los procesos de elaboración constitucional, a parte de la producción de un nuevo documento

- la reconciliación entre los grupos
- el fortalecimiento de la unidad nacional
- el empoderamiento de la ciudadanía y su preparación para participar en la vida pública, así como para el ejercicio y protección de sus derechos.
- la elaboración en torno a los objetivos y valores nacionales
- la ampliación de la agenda para el cambio
- la promoción del conocimiento y respeto por los principios del constitucionalismo.
- el fortalecimiento de la legitimidad de la búsqueda de acuerdos y de la propia constitución.

Hoy en día una constitución será prácticamente en todos los casos un documento negociado, un pacto entre diversas comunidades y regiones.<sup>3</sup> Es necesario

que los objetivos y componentes del proceso reconozcan el carácter negociado de la constitución – utilizando la palabra "componentes" para referirse a los procesos que involucra, más que a las instituciones (tales como la asamblea constituyente) que los llevarán a cabo. Si bien la constitución es un producto de importancia crítica dentro del proceso, este cumple con varios objetivos que también son importantes y pueden tener otras funciones, ya sea en forma intencionada o no intencionada (véase el recuadro 1).

En una sociedad en conflicto (y la mayoría de las sociedades que vayan a formular una nueva constitución lo harán debido a algún tipo de conflicto, ya sea pasado presente) el proceso de formulación constitucional debe cumplir la función de promover la reconciliación entre los grupos enfrentados. De hecho, a menos que exista una sensibilidad en torno a este aspecto, cabe el riesgo de que el proceso de formulación constitucional demuestre ser divisivo y por lo tanto contraproducente. El propio proceso debe estar diseñado e implementarse de forma tal que fortalezca la unidad nacional y el sentido de una identidad nacional en común., lo cual no se logrará si no se trata de un proceso inclusivo en el que todos se sientan involucrados, y no solo las partes activamente involucradas en el conflicto. Esto significa que todos los aspectos de la diversidad nacional deberán reconocerse y quedar reflejados en el proceso, incluyendo las diversidades religiosas y lingüísticas. El proceso, y la constitución resultante, deben constituir un trampolín hacia el futuro, más que una culminación. Es posible por lo tanto, que haga más que definir el marco de gobierno y que se trate de un proceso de elaboración de los objetivos y valores nacionales y de ampliación de la agenda de cambios, los cuales pueden o no quedar condensados en última instancia en el documento, pero el ejercicio de formulación constitucional en sí mismo puede ser un importante catalizador de este proceso más amplio, en especial si se diseña de forma tal que contemple debates y discusiones nacionales y que permita determinar los intereses de toda la

<sup>3</sup> Para un análisis más detallado sobre la importancia de las constituciones en situaciones de conflicto, véase Yash Ghai, "A Journey Around Constitutions: Reflections on Cotemporary Constitutions", *South African Law Journal*, 2005, Vol. 122 (4)

y Vivien Hart: "Constitution Making and the Transformation of Conflict", 2001, *Peace and Change*, vol. 26(2) pp. 153-176.

ciudadanía y no solo los de las élites o las poblaciones urbanas. De hecho, tal debate nacional puede ser un efecto secundario no oficial de un proceso oficial. Si bien ciertamente no debe ser el objetivo del proceso oficial controlar, absorber ni apoderarse del debate no oficial, resulta importante que exista un mecanismo para que los puntos de vista e intereses de la ciudadanía se vean reflejados en el proceso oficial y en el documento final.

Un proceso de desarrollo constitucional puede tener un poderoso impacto en la sociedad y en la política al empoderar a la ciudadanía. Si este es inclusivo, reconocerá la soberanía popular. Puede servir para incrementar su conocimiento y capacidades y para prepararla para participar en los asuntos públicos y para el ejercicio y la protección de sus derechos de cara al futuro. Por consiguiente, tiene un impacto importante en las posibilidades de éxito de la nueva constitución, lo cual también hace al promover el conocimiento y el respeto por los principios del constitucionalismo y al fortalecer la legitimidad del compromiso alcanzado y del nuevo documento constitucional, asumiendo que este sea verdaderamente percibido como un reflejo de los intereses reales del pueblo.

Muchos de los objetivos del proceso recién expuestos no pueden alcanzarse en ausencia de una amplia participación pública. Hoy en día existe un consenso en cuanto a que ciertas normas, basadas en los principios de autodeterminación y en los derechos políticos, deben incorporarse al diseño del proceso. De hecho, hay quienes argumentan que existe el derecho humano de participar en la elaboración de una constitución bajo la cual vivirá y será gobernado un pueblo.<sup>4</sup> Sin embargo, el tema de la participación pública resulta más problemático de lo que por lo común se reconoce— y de hecho no se ha estimulado en muchos procesos recientes surgidos del conflicto. Resulta por lo tanto útil analizar en forma sucinta algunos aspectos relacionados con la participación antes de abordar los componentes específicos del proceso.

## Participación

Puesto que la participación popular es un tema importante en la elaboración de las constituciones contemporáneas, vale la pena hacer algunas

afirmaciones preliminares a este respecto. Es hasta hace poco tiempo que la participación popular tiene cabida en el proceso de formulación constitucional. Como quedó tipificado en la convención de Filadelfia en que se redactó la constitución de los Estados Unidos o en el llamado consejo parlamentario o asamblea constituyente alemana conformada después de la II Guerra Mundial, tradicionalmente ha existido una desconfianza considerable en cuanto a la participación popular directa del pueblo, así como dudas en cuanto a su capacidad para entender temas complejos como los propósitos, formas y estructura del poder estatal.<sup>5</sup> La respuesta a estas inquietudes fue la "democracia representativa". Hoy en día, sin embargo, se presta más atención al aspecto de la soberanía popular. Si tal soberanía de hecho se ha conferido y fluye desde el pueblo — una implicación del principio de autodeterminación— resulta natural que el pueblo mismo determine cómo esta ha de delegarse y ejercerse. Este énfasis en la soberanía popular es sin duda una respuesta al reclamo y abuso del poder soberano por parte de numerosos gobiernos en décadas recientes,<sup>6</sup> aunque también hay razones más pragmáticas para exaltar la participación popular.

A diferencia quizás de las constituciones clásicas y más antiguas, las contemporáneas no son necesariamente un reflejo de los sistemas de

<sup>5</sup> Suiza ha sido siempre una excepción en este sentido: durante mucho tiempo ese país ha reconocido la autoridad del pueblo para emprender directamente cualquier cambio constitucional, mediante una propuesta sometida ante 50.000 votantes y sujeta a referendo.

<sup>6</sup> Ello contrasta con la actitud de quienes formularon la constitución en Alemania (y en otros estados europeos después de la II Guerra Mundial, en donde la confianza en la capacidad y el criterio del pueblo había quedado destruida. En palabras de Bogdanor: "Había, en las constituciones del período de posguerra inmediata — la Cuarta República en Francia, la italiana y la alemana (así como la japonesa)— una comprensible repugnancia hacia la filosofía que exaltaba las capacidades políticas del ciudadano promedio... En ninguna parte del Continente puede encontrarse una genuina 'creencia en el hombre común' (1988: 8). Este autor también emite un juicio: "Quizás sea por esta razón que las constituciones de Italia, Alemania y Japón han demostrado ser tanto más duraderas que sus antecesoras en los países de Europa Central y Oriental en el período entre guerras, marcadas por un entusiasmo positivo de las masas por la determinación nacional y por la realización de los derechos económicos y sociales. Optimismo que, sin duda, es rara vez una buena guía para la formulación de la constitución." (pp. 8-9).

<sup>4</sup> Tom Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance" (1992) 86 AJIL 46

gobierno o las relaciones de poder vigentes, ni consolidan de esa forma el dominio de una clase o grupo étnico particular sobre otro. Más bien, se trata de instrumentos para fortalecer la unidad nacional y la integridad territorial, que definen o acentúan una ideología nacional y desarrollan una agenda colectiva para el cambio social y político en forma negociada antes que impuesta. En años recientes, muchas constituciones han sido formuladas en el período subsiguiente a guerras civiles, de forma que una función importante del proceso es promover la reconciliación entre comunidades hasta ese momento enfrentadas, en situaciones donde las élites no pueden mediar con facilidad. Si estas son funciones contemporáneas de una constitución, entonces el proceso de su elaboración es decisivo para el desarrollo de un consenso nacional.

En muchas democracias nacientes uno de los vacíos más graves es el que la población no esté en posibilidad y en disposición de involucrarse en el proceso político e insistir en sus derechos. Quizás la gente está acostumbrada a las antiguas formas de gobierno basadas en la tradición, a menudo jerárquicas, en ocasiones arbitrarias y con escasas posibilidades de desafiar la autoridad. Quizás no comprendan el concepto de gobierno constitucional o no estén en posibilidad de invocar las disposiciones constitucionales que protegen sus derechos. Un proceso de revisión constitucional que contemple un cuidadoso esquema de participación pública puede servir para familiarizar considerablemente a la ciudadanía con el concepto y procedimientos de la autoridad política, así como para granjear el apoyo hacia la idea de un gobierno limitado y obligado al cumplimiento de normas y a rendir cuentas ante dicha ciudadanía.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> En referencia al proceso keniano, Ghai escribe: "La naturaleza y grado de participación pública tuvo sin duda un profundo impacto en el proceso. Amplió la agenda de reformas y convirtió un tema de las élites en una empresa nacional. Facilitó los esfuerzos por redefinir la política el proceso político (y de hecho reemplazó a la política ordinaria). Fue casi la primera vez desde la independencia que el pueblo se involucró en una política "racional" y discursiva y se centró en otros temas distintos a la pertenencia étnica. Promovió no solo las conversaciones entre el pueblo y la comisión, sino también entre la gente misma. Produjo una firme articulación de los intereses de grupos a partir de filiaciones no étnicas (sindicatos vs. empleadores, población rural vs. población urbana, tradición vs. modernidad, sector agrícola vs. sector industrial, desempleados vs. empleados, población mayor vs. población joven, población discapacitada vs. el resto, mujeres vs. hombres, comunidades pastoriles vs. asentadas). El discurso

Al momento de diseñar el procedimiento de participación pública, resulta importante tener en cuenta algunos problemas: la manipulación del pueblo por parte de los grupos de interés, la "etnización" de la opinión pública, la espontaneidad y el populismo, así como la desvalorización del papel de los expertos y el entorpecimiento de la construcción de consensos.<sup>8</sup> El desafío en cuanto a la participación está en soslayar estos peligros. El procedimiento debe abordar aspectos como la preparación del pueblo desde el punto de vista psicológico e intelectual para tomar parte en el proceso, así como los métodos para solicitar la opinión al público y a grupos especiales y organizados, el análisis, evaluación, búsqueda de equilibrios y la incorporación de estos puntos de vista. Tal participación no puede ser un suceso excepcional, sino que debe ser más bien un proceso continuo, que ofrezca oportunidades nuevas para opinar sobre el anteproyecto del texto constitucional, así como formas significativas de participación posterior. La transparencia y la integridad son fundamentales para ganar y mantener la confianza y la fe de la población y para sortear los peligros de la manipulación; de lo contrario, el proceso puede convertirse fácil y simplemente en otra forma de hacer política, manejada por intereses estrechos y cortoplacistas, lo cual generaría animadversión en lugar de buena voluntad. En otras palabras, la participación debe ser deliberativa y no una simple suma de intereses y demandas.

entre la población y las hizo concientes sobre las historias, aportes, angustias y aspiraciones de otros, profundizando puntos de comprensión de importancia crítica para el desarrollo de la identidad y la unidad nacional y del sentido de la justicia. Este abordaje le facilitó a la CRCC [Comisión para la Revisión de la Constitución Keniana] la tarea de lograr un equilibrio entre los distintos intereses. A la vez, le dio al proceso una legitimidad considerable, lo cual ha frustrado los esfuerzos de la facción en torno al Presidente Kibaki por diluir el anteproyecto" (Ghai 2006).<sup>8</sup> Uno de los críticos más destacados de la participación pública es Jon Elster (op. cit). Para leer sobre algunas problemáticas en torno a la participación, véase Ghai y Galli, *Constitution Building Processes and Democratisation* (IDEA, 2006). Asimismo, dos evaluaciones críticas sobre la manipulación de la participación en Uganda se presentan en Aili Mari Tripp, 2006, y George Mugwanya, 2001. En Afganistán la comisión constitucional ignoró por completo las opiniones del público; de hecho, en su informe intentó tergiversarlas (información personal).



Gran parte de la discusión sobre la participación popular se centra en la relación entre las instituciones responsables de elaborar la Carta Magna, y el pueblo o las organizaciones sociales. Pero igualmente importantes –y en algunos aspectos incluso más— pueden resultar las iniciativas que asuman las organizaciones de la sociedad civil –sindicatos, organizaciones de mujeres, grupos comunitarios de carácter religioso o cultural, personas discapacitadas, minorías, centros de análisis estratégico,— en términos de facilitar el debate público, educar al pueblo sobre las complejidades y significación del proceso, agrupar y movilizar a la opinión pública, realizar investigaciones, convocar a reuniones y conferencias, hacer trabajo de incidencia y cabildeo y divulgar ideas, trabajando no solamente en hoteles de lujo y en los medios de comunicación –a menudo en otros idiomas— sino también las zonas rurales, en los rincones alejados del país e involucrándose con la gente más que pontificando. De esta forma, incluso si el proceso formal prevé en poca medida la participación formal, la voz del pueblo será escuchada.

## Parte II.

# El proceso de elaboración del texto constitucional

La elaboración del documento constitucional es un proceso complejo y debe ubicarse en un contexto más amplio.<sup>9</sup> En el menor de los casos involucra la producción de un documento jurídico, el cual puede ser muy distinto a cualquier otro que el país haya visto antes, o quizás ser en esencia una revisión del documento existente. Pero incluso esto involucrará varios procesos y etapas, mientras que los procesos participativos son más complejos. En el cuadro 2 se enumeran las etapas primordiales que todo proceso conllevará.

Resulta posible emprender un proceso de desarrollo constitucional sin haber acordado los parámetros ni objetivos, aunque es probable que ello suponga la existencia de una variedad de objetivos más o menos ocultos, no necesariamente compartidos por todos los participantes, que probablemente generarán tensiones y retrasos a medida que el proceso avanza. No es poco común acordar ciertos principios rectores antes de que se inicie el minucioso trabajo de negociar y redactar<sup>10</sup> el documento final. En ocasiones ha sido algo tan rudimentario como que Yakubu Gowon le dijera en 1966 a los "líderes del pensamiento" nigerianos que podrían recomendar la adopción de

cualquier sistema de gobierno comprendido entre —pero que no incluyera— un Estado unitario y una confederación, o la definición, por parte de regímenes posteriores en ese mismo país, de los límites en cuanto a los alcances de las recomendaciones que podría formular el órgano equivalente a la comisión constitucional. En Sudáfrica la constitución provisional (1993) estableció ciertos principios que debían reflejarse en la versión final (1996), mientras que en Kenia los principios negociados durante años entre la sociedad civil y el gobierno fueron incluidos en la Ley de Revisión de la Constitución de Kenia.

Resulta esencial decidir, ya sea en forma negociada o no, cuáles serán las instituciones y procedimientos para la elaboración del documento constitucional. Estos pueden incluir una serie de plazos y una secuencia de acontecimientos, lo cual se conoce en la actualidad como un mapa de caminos.<sup>11</sup> Este calendario puede ser rígido o puede dejar espacio para cambios; la decisión entre ambas posibilidades es un asunto delicado entre la *Scylla* (roca) de la rigidez y el *Charybdis* (lugar duro) de ofrecer un incentivo al retraso. En algún momento será necesario determinar cómo llegará a una decisión el órgano decisorio en caso de que no se llegue a un consenso. Asimismo, puede ser —o puede llegar a ser— deseable crear

<sup>9</sup> En este documento se abordan las reglas y procedimientos formales. Sin embargo, algunos de los aspectos más importantes del proceso de formulación constitucional no son formales y no se abordan aquí, salvo en forma casual.

<sup>10</sup> Rafiu A. Akindale, "The Constituent Assembly and the 1989 Constitution" en Diamond, Kirk-Green y Oyediran (eds.) *Transition without End: Nigerian Politics and Civil Society Under Babangida* (Lynne Rienner, 1997).

<sup>11</sup> En emulación del supuesto mapa de caminos entre Israel y los Palestinos. Ejemplo de esto es el Mapa de Caminos de las Maldivas 2005.

### Componentes del proceso

- Acuerdo sobre un conjunto amplio de principios y objetivos
- Acuerdo sobre las instituciones y procedimientos para la elaboración de la constitución
- Preparación de la ciudadanía para la consulta mediante programas de educación cívica en torno al proceso, la historia constitucional del país y las opciones constitucionales
- Consulta a la ciudadanía (incluyendo, cuando sea del caso, a la población en diáspora)
- Consulta a expertos
- Divulgación de información sobre el análisis de experiencias comparadas
- Análisis de opiniones
- Redacción del anteproyecto del texto constitucional.
- Redacción de la versión final
- Promulgación de la versión final
- Celebración de un referendo u otro mecanismo de ratificación.
- Celebración del referendo u otro mecanismo de ratificación.
- Puesta en vigor de la constitución.
- Implementación

algún tipo de mecanismo formal o informal para solución de disputas o conflictos, en lugar de dejar todo sujeto a votación.

Asumiendo que el proceso no sea simplemente de la élite, será necesario establecer procedimientos y mecanismos para reunir los puntos de vista del público. Ello involucrará una preparación para la consulta mediante actividades de educación cívica en torno al proceso, la historia constitucional del país, así como las opciones constitucionales y luego propiamente la consulta al pueblo en la que se soliciten sus opiniones de manera proactiva y se ofrezcan posibilidades para su exposición espontánea. El "pueblo" puede incluir sectores normalmente desatendidos, difíciles de acceder debido al conflicto e incluso sectores de la población en campamentos de

refugiados dentro del país natal o en el exterior, e incluso exiliados que vivan en países distantes. Estas opiniones deben ser analizadas y de alguna manera nutrir el sistema de toma de decisiones. Casi todos los procesos consideran en alguna medida la experiencia extranjera. ¿Cómo ha de recopilarse tal experiencia? ¿Mediante estudios, mediante visitas de expertos extranjeros, mediante visitas a estos? ¿Mediante cuál mecanismo se nutrirá el proceso de los aportes valiosos?

En algún momento se redactará probablemente un borrador del texto constitucional, el cual servirá de base para la discusión más pormenorizada; el momento en que esto se haga y quién lo haga puede variar.

Una vez redactado el anteproyecto completo, resulta una práctica muy común y por lo demás deseable —aunque no universal— someterlo a debate público. De nuevo, es posible que se requiera un proceso para retroalimentar las deliberaciones con los comentarios del público.

La "elaboración" de una versión revisada o una nueva constitución requerirá una discusión y análisis minucioso, artículo por artículo del anteproyecto, o quizás de la constitución vigente, a la luz de los comentarios del público y de los deseos y opiniones de las partes participantes en la negociación y los miembros del órgano encargado de este proceso.

Posteriormente el documento adoptado debe convertirse en ley, procedimiento que puede estar en manos del parlamento o del propio órgano encargado de su adopción —en especial si se trata de una asamblea constituyente— o algún otro mecanismo (posiblemente un referendo). Este proceso puede estar contemplado en la constitución vigente, si la hay, o realizarse por alguna vía extraconstitucional.

El referendo no es un rasgo universal del proceso de formulación constitucional, y la conveniencia de convocarlo se analiza más adelante en este documento. No obstante, en muchos países se ha celebrado como el acto para marcar la promulgación, o como prerrequisito para su promulgación. Algunos países se resisten a recurrir al referendo como un mecanismo vinculante, pero lo aceptarían en calidad consultiva —si bien tal consulta, si arroja resultados claros, difícilmente podrá ignorarse.

La promulgación no significa necesariamente la entrada en vigor del documento constitucional, lo cual podría posponerse. No resulta aconsejable dejar este aspecto en manos de una persona que, como ocurrió en Eritrea, pudiese tener sus propias razones para no tomar las acciones necesarias.<sup>12</sup> Asimismo, cabe la posibilidad de establecer un calendario rígido para su entrada en vigor por etapas, o pueden existir disposiciones que lo supediten a otros acontecimientos.

Con el fin de que el texto constitucional no sea solo un documento en papel —independientemente de cuán magnífico— se requerirá implementarlo a través de legislaciones, nuevas prácticas y de la participación activa del público en general, de la sociedad civil y de las instituciones.

---

<sup>12</sup> Bereket Habte Selassie, *The Making of the Eritrean Constitution: The Dialectic of Process and Substance* (Asmara: The Red Sea Press, Inc., 2003).



## Parte III.

# La decisión de celebrar una asamblea constituyente como parte del proceso

En secciones posteriores de este documento se asume que se ha decidido establecer una asamblea constituyente y se abordan las posibles funciones de esa instancia, así como su relación con otras instancias. En este documento se aborda, por lo tanto, el diseño de una asamblea constituyente. Sin embargo, antes de abordar ese aspecto está la interrogante de si ha de establecerse dicha asamblea en primer lugar.

Una razón común para optar por una asamblea constituyente es la tradición. Así por ejemplo, en los países europeos es común recurrir a este mecanismo, aunque no así en la tradición británica, que se ha visto profundamente influenciada por el concepto de soberanía parlamentaria (con su consiguiente ascendiente en los países del antiguo imperio). No obstante, también es probable que existan justificaciones objetivas para optar por esta alternativa.

Cuando en un país se plantea la necesidad de reformar la constitución, lo más natural es recurrir al texto vigente para determinar la ruta a seguir. La mayoría de las constituciones toman provisiones para su propia enmienda y cabe la posibilidad de que estas provisiones sean suficientes para generar los cambios que se consideren necesarios. En ocasiones la opción por una asamblea constituyente puede verse inhibida por quienes detentan el poder, que desearán controlar el proceso en mayor medida, y las fuerzas del cambio podrían no disponer de suficiente apoyo ni poder como para insistir en ello. En este caso la única

opción es un cambio incremental o por etapas mediante el procedimiento normal de enmienda constitucional (Chile e Indonesia son ejemplos en este sentido). La mayoría de los países de Europa Oriental optaron también por este abordaje, que Elster ha denominado "reconstrucción del barco en el mar".<sup>13</sup>

Sin embargo, si lo que se requiere es un cambio radical esas provisiones no serán suficientes, por razones jurídicas y políticas. La razón jurídica es que la constitución vigente puede prever la introducción de enmiendas, en lugar de su reemplazo a gran escala. Esta fue la posición adoptada por un tribunal keniano en el 2005, lo cual llevó el proceso de revisión a un final prematuro.<sup>14</sup> Los tribunales indios han desarrollado el concepto de "características básicas", las cuales el parlamento no puede modificar independientemente de cuán alta sea la votación.<sup>15</sup> La razón política es que quienes hayan alcanzado altos cargos públicos al amparo de la

<sup>13</sup> Jon Elster, Claus Offe y Ulrich Preuss, *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea* (1998).

<sup>14</sup> El caso *Timothy Njoya v CKRC y la Conferencia Nacional Constituyente*, High Court Misc App. No. 82 del 2004 fue fallado el 25 de marzo del 2004. El fallo puede bajarse del sitio de la Sociedad de Derecho de Kenia en la siguiente dirección: <http://www.lsk.or.ke/lskcreview.asp>.

<sup>15</sup> El caso más importante es el de *Kesevananda Bharati v Estado de Kerala* (1973) 4 *Supreme Court Cases* 225. En el caso de *Njoya* la corte keniana se fundamentó en este principio, y de hecho abusó de él.

constitución vigente, o cuyos intereses económicos y sociales estén sumamente protegidos por esta, tendrán más posibilidades de controlar el proceso de enmienda y votar en contra de cualquier cambio radical.

Una asamblea constituyente puede verse como una salida a la primera de estas dificultades, pues se considera que tiene plenos poderes para constituir o reconstituir el Estado, al estar libre de las limitaciones de la doctrina de las "características básicas". Esto es una falacia pues es perfectamente posible establecer una asamblea con poderes limitados. El ejemplo reciente más notable en este sentido es el de Sudáfrica, cuya asamblea estaba obligada a incorporar en la Carta Magna 34 principios constitucionales y valores. La corte constitucional debía determinar si la constitución adoptada era compatible con esta obligación; ese tribunal halló defectos en la constitución con respecto a los poderes regionales, por lo que la asamblea constituyente enmendó debidamente el texto para cumplir con dicho fallo. De manera similar, en las transiciones nigerianas hacia la democracia, la autoridad de ambas asambleas constituyentes ha estado limitada de dos maneras: los amplios parámetros definidos por el ejército, y el nombramiento de una comisión constitucional con la función de redactar un anteproyecto que se sometería a consideración de la asamblea constituyente. Sin embargo, este mecanismo puede establecerse sin limitaciones y entonces corresponderá a la percepción popular sobre sus facultades.

Asimismo, puede solucionar, a través de su composición, las limitaciones que implique la estructura de poder vigente. Si se toman previsiones para incluir a los grupos hasta ese momento excluidos del poder político o económico, el equilibrio de poderes cambiará y habrá mayores probabilidades de lograr un cambio radical, como ocurrió con la asamblea constituyente original en Francia. Un impresionante ejemplo contemporáneo es el de la composición de la Conferencia Constitucional Keniana, que en muchos aspectos fungió como asamblea constituyente. Sus miembros eran todos representantes parlamentarios (222) y contaba además con tres representantes de cada uno de los 74 distritos elegidos mediante concejos distritales, más una cifra cercana a un tercio del total conformado por representantes de los partidos políticos y la sociedad civil (nominados por estos sectores, a saber comunidades religiosas, mujeres, personas

discapacitadas, sindicatos, minorías y ONGs). Esto no significa que la asamblea constituyente no pueda conformarse para favorecer los intereses más conservadores, pues de hecho la elección indirecta de sus miembros con frecuencia produce este resultado (la convención de Filadelfia en los EE.UU., la asamblea constituyente o 'Consejo Parlamentario' en Alemania, y hasta cierto punto la asamblea celebrada en la India).

Algunas veces la asamblea se establece debido a que no hay instituciones legítimas que asuman la tarea de revisión, e incluso podría no existir del todo ninguna institución (Camboya, donde el Estado había colapsado, como es el caso en Somalia en este momento, y Timor Oriental, cuyo Estado disidente del todo no tenía instituciones). Cabe la posibilidad de que no existan instituciones cuyo propósito sea elaborar la constitución, como ocurre cuando dos o más estados independientes forman una unión o federación. En esa etapa no hay una institución común facultada para adoptar una constitución que permita formar la nueva federación, en cuyo caso es necesario establecer una asamblea constituyente o convención a la cual se confiera autoridad para adoptar una constitución federal por medio del parlamento nacional.

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 (Francia, Rusia).<sup>16</sup> En ocasiones lo que se busca es un rompimiento "revolucionario" pero legal con respecto al antiguo régimen, con frecuencia durante la descolonización, para "desvincular" la lucha por la independencia, arraigada en conflictos locales, de las instituciones o decisiones

<sup>16</sup> De acuerdo con dos investigadores, un estudio comparativo sugiere que "las asambleas constituyentes o convenciones constitucionales han tenido éxito en dos tipos de circunstancia histórica: en el período subsiguiente a un rompimiento significativo con el pasado, como en el caso de una revolución, guerra civil o una interrupción traumática similar, o cuando los nuevos estados, ya sean ex colonias o estados independientes, se unen para formar una federación o confederación", una conclusión que aplica en términos generales a la adopción de un cambio independientemente de la metodología. Patrick Fafard y Darrel R. Reid. *Constituent Assemblies: A comparative Survey* (Instituto de Relaciones Intergubernamentales, Universidad de Queen, Ontario: 1991).

imperialistas (Ghana y Papua Nueva Guinea (PNG); la Constitución Política de la India entró en vigencia con la firma del presidente de la asamblea constituyente, mientras que la legislación ordinaria fue aprobada por el gobernador general). El estilo de descolonización también puede ser un factor de relevancia: Gran Bretaña solía otorgar la independencia por medio de las llamadas Leyes del Parlamento Británico y, por lo tanto, la asamblea constituyente no tenía un papel evidente. Gran Bretaña se resistió durante largo tiempo a las demandas del partido del Congreso de la India para establecer una asamblea constituyente que decidiera el futuro del país. Los indios habían abogado por su conformación porque eso implicaba que las negociaciones serían entre ellos mismos. El modelo británico de mesa redonda imponía la negociación entre Gran Bretaña y la India, cuya población estaba internamente dividida y susceptible a la manipulación por parte de los británicos. También habría significado un avance importante hacia la democratización, ya que sus delegados habrían sido electos por sufragio universal.<sup>17</sup>

De hecho la asamblea constituyente no habría mantenido a los británicos fuera. Debido a que ellos habían definido los parámetros generales de la constitución, permitiendo la autonomía de las áreas con mayoría musulmana, ellos habrían tenido que, en última instancia, aprobar el documento y este habría sido promulgado por el parlamento británico. Sin embargo, la situación cambió en agosto de 1947, cuando Gran Bretaña decidió la escisión de la India en dos y su propia retirada, inmediatamente después de las elecciones a la asamblea constituyente.

Asumiendo una posición contraria a la británica, Australia y Nueva Zelanda consideraron la elaboración de sus constituciones como la principal función de los colonizados e incluso facilitaron el recurso de la asamblea constituyente. Hasta cierto

punto ese es ahora el caso cuando las Naciones Unidas u otro organismo internacional se involucran en sociedades divididas por la guerra (Irak, Timor Oriental, Camboya y Afganistán). En estos casos y con el ejemplo de la formación de estados federales, una nueva constitución es un prerrequisito para el advenimiento del Estado y la formación del nuevo gobierno.

Hay quienes abogan por la asamblea constituyente porque la imaginan no sólo como un organismo representativo e inclusivo, sino también uno en el cual la ciudadanía pueda participar en otras formas. En este sentido es vista, mucho más que un parlamento, como una congregación de la nación. Ellos consideran que una asamblea constituyente inclusiva es más coherente con la soberanía de la nación que un parlamento, en donde los intereses sectoriales pueden predominar. El pueblo marginado por el sistema político con frecuencia se agita en torno al establecimiento de una asamblea constituyente. Así, en países como las Filipinas, Kenia, Zambia, Bolivia y Ecuador, el pueblo ha demandado muchas veces su conformación. Lamentablemente, no todos los procesos impulsados por una asamblea constituyente son inclusivos ni participativos. Este fue el caso de Camboya, donde todas las reuniones de la asamblea constituyente se llevaron a cabo en secreto— y de Timor Oriental, donde el partido mayoritario presionó por la adopción de su propio anteproyecto e intentó excluir a las organizaciones de la sociedad civil. Cabe anotar que entre las asambleas celebradas en el mayor secreto se destaca la convención de Filadelfia.

Pese a tratarse de un antiguo instrumento, el razonamiento fundamental para convocar a asamblea constituyente hoy en día es bastante diferente de lo que solía ser, pues se le considera como una expresión de la soberanía popular, un reflejo de la diversidad, y como un vínculo con carácter de contrato social en su sentido amplio que tendrá la versión definitiva de la constitución. Se recurre a ella para desarrollar un consenso en sociedades profundamente divididas y para definir la identidad nacional. Este énfasis refleja la naturaleza de muchas constituciones contemporáneas, a saber documentos producto de la negociación, vías para salir del estancamiento político y étnico, ejercicios para construir y consolidar la paz, resolver conflictos internos,

<sup>17</sup> Escéptico en un principio con respecto a una asamblea constituyente, Gandhi se tornó en un apasionado partidario. La vio como un remedio "para nuestros males comunitarios y otros, además de ser un vehículo para la educación política y de otros tipos de las masas." Además, consideró este mecanismo como un acto de "autogobierno" (hoy en día probablemente diríamos "autodeterminación". Gandhi pensaba que una asamblea constituyente traería consigo la independencia sin que la India cayera en una lucha entre las distintas comunidades y reconoció que en ella se podrían prever los derechos para las minorías. *Harijan*, 19 de noviembre de 1939.

manejar la diversidad y dirigirse hacia lo inclusivo. En consecuencia, los modelos antiguos de asamblea constituyente no siempre son útiles en la actualidad, puesto su estructura, facultades y procedimientos deben reflejar estas realidades cambiantes.

## Lo ideal y lo práctico

Podría decirse que un proceso que incluya los objetivos y componentes esbozados en los primeros dos partes de este documento sería ideal y que un proceso impulsado por una asamblea constituyente sería quizás el método más efectivo para alcanzarlos. En la práctica, el contexto más inmediato incide de manera fundamental en el proceso, así como las tradiciones y la capacidad del país en cuestión. Si la constitución se redacta de acuerdo con plazos previamente convenidos, hay muchas opciones, entre ellas un elevado grado de participación pública, como se dio en 1997 en Tailandia. Algunas veces se busca modificar un aspecto puntual de la constitución, dentro de un amplio acuerdo en torno a los valores nacionales. En este caso puede dejarse el tema en manos de expertos, como ocurrió con las más recientes modificaciones introducidas a la constitución finlandesa. Si el país está saliendo de un conflicto interno o externo y continúa presentando problemas de seguridad y desde el punto de vista de la ley y el orden, podría inclinarse por un proceso más controlado, con una consulta pública limitada o del todo sin ella, como fue la intención original en Afganistán; de hecho, este fue un proceso bastante participativo dadas las circunstancias.

En un contexto de conflicto persistente, el proceso es a menudo confidencial y secreto y está casi completamente dominado por la dirigencia de las "facciones enfrentadas". Ejemplo de ello es el acuerdo alcanzado durante el 2004-2005 entre el gobierno sudanés y Sudán del sur, así como —hasta el momento— las negociaciones actuales entre el gobierno nacional de Sri Lanka y los tigres tamiles. Si bien es cierto que posiblemente sea más fácil llegar a un acuerdo si hay un número limitado de actores en el proceso y las conversaciones son confidenciales, incluso cuando tengan éxito el acuerdo y la constitución subsiguiente dependerán excesivamente de la buena voluntad de los negociadores y podrían no responder a los intereses populares. De esta forma, es posible que el acuerdo alcanzado carezca de bases

sociales firmes. Por otra parte, un proceso altamente participativo puede generar grandes expectativas, empoderar a grupos e intereses hasta ese momento sin poder ni reconocimiento dentro del sistema político y económico, permitir idear una ambiciosa agenda social y económica y dificultar la toma de decisiones. Esto ocurrió en alguna medida en Kenia, donde las consecuencias de ello son un conflicto persistente entre las clases políticas y sociales.<sup>18</sup>

Con el fin de garantizar la conclusión exitosa de un conflicto y a la vez obtener los beneficios de un proceso participativo, algunos países han llevado a cabo el proceso en dos etapas o su equivalente funcional (con una primera etapa dedicada a generar confianza y restaurar el orden, como en Sudáfrica), posponiendo así la promulgación de una constitución definitiva hasta que un grupo consolide su dominio, como ocurrió en Uganda tras el derrocamiento de Idi Amín. De manera similar, algunas constituciones prevén una revisión obligatoria transcurrido un período determinado de años desde la adopción de la Carta Magna, el cual se negocia entre una cantidad limitada de partidos. En Fiji, esta disposición garantizó un proceso de amplio alcance después de un período inicial —e infeliz— de imposición de una constitución cuasi-militar tras los golpes de estado de 1987.

<sup>18</sup> Ghai y Cottrell (op. cit).





## Parte IV.

### El periodo previo a la asamblea constituyente

Muchas veces se requieren negociaciones prolongadas y complejas antes de llegar a un acuerdo en torno al mandato de una asamblea constituyente y se decida conformarla, incluyendo la valoración crucial en cuanto al momento de madurez justa para su convocatoria. Asimismo, es posible que se requiera tomar otras decisiones una vez que la asamblea concluya su trabajo (por ejemplo, la convocatoria a un referendo). Tanto estas negociaciones como las conclusiones pueden tener un impacto fundamental en la estructura y funcionamiento de la asamblea constituyente.

#### Sucesos y procedimientos en el periodo previo a la asamblea constituyente

Debido a que la elaboración de una constitución puede ser un proceso arduo, complejo, costoso y en ocasiones divisivo, rara vez un país lo emprende sin un buen motivo. Los gobiernos, partidos políticos, grupos étnicos o religiosos u otros estarán renuentes a emprenderlo o involucrarse a menos que los objetivos y procedimientos de revisión les resulten satisfactorios y se hayan determinado con antelación, de forma que el establecimiento formal del proceso está necesariamente precedido de un esfuerzo considerable de negociación y acuerdo. Así por ejemplo, en Kenia estas negociaciones tomaron la mayor parte de una década, en Sudáfrica cerca de tres años y en Fiji un período similar. Si el proceso se inicia sin un grado sustancial de consenso en torno a los objetivos, sus posibilidades de éxito serán

limitadas, como lo ilustra el último intento de adoptar una nueva constitución en Zimbabwe.

Una etapa importante del proceso de elaboración de una constitución con frecuencia dejada de lado, es la previa al inicio del proceso formal, es decir, el "arranque" del proceso, durante el cual se persuade a los grupos relevantes para que examinen sus alcances y se acuerden los objetivos fundamentales de la revisión, así como los arreglos y/o constituciones provisionales que desembocarán en la redacción de la versión final de la constitución. Esta etapa resulta crítica para determinar o influir en las decisiones que se tomarán en las etapas posteriores, entre ellas el papel y la condición jurídica que tendrá la asamblea constituyente. En países divididos por la guerra o el conflicto, podría no haber otra forma de iniciar el proceso de formulación constitucional más que convocar a una "conferencia nacional" con una amplia representación de todos los sectores clave de la sociedad. Este método se ha utilizado en varios países africanos para construir el consenso suficiente como para emprender el proceso, aunque también para tomar ciertas decisiones críticas sobre la orientación de la nueva constitución. En los países de Europa Oriental, la forma común de iniciar la transición del sistema comunista a la economía de mercado y a la democracia fue a través de una serie de mesas redondas que reunían a los defensores del cambio y a líderes del régimen de ese momento, a pesar de que los cambios propiamente se hicieron por la vía parlamentaria, excepto en Polonia que tuvo una

asamblea constituyente). Aun sin ser parte del proceso formal, estos procedimientos están íntegramente ligados al mismo.

## Acuerdos provisionales

Un componente esencial del período previo a la asamblea constituyente, al menos en cualquier país donde los fundamentos mismos del Estado y el gobierno se estén impugnando, se refiere al logro de acuerdos que permitan gobernar el país hasta que se adopte una constitución definitiva y se forme el parlamento y el gobierno ("acuerdos provisionales"). El período comprendido entre la decisión de comenzar el trabajo para redactar una nueva constitución y la formación de un gobierno de conformidad con ella puede ser de uno a seis años (a Camboya le llevó poco más de dos años, a Uganda más de cinco años, a Sudáfrica seis y a la India tres). Tales acuerdos son importantes por una serie de motivos: para establecer y mantener una igualdad en las condiciones del campo de juego, mientras se emprende un proceso deliberado de reestructuración estatal y se determinan las reglas de acceso al mismo; para garantizar alguna estabilidad en lo que de otra manera sería un período de agitación; para propiciar la confianza entre grupos rivales; para garantizar que el proceso de formulación constitucional transcurra con tranquilidad, etc. Si los acuerdos provisionales resultan satisfactorios, puede darse un mayor espacio y tiempo para el proceso de elaboración de la constitución, permitiendo un proceso participativo y de deliberación.<sup>19</sup>

La necesidad de llegar a estos acuerdos surge de varios factores. Por ejemplo, a menudo sucede que uno o más de los grupos en conflicto han sido excluidos del proceso en el ámbito del Ejecutivo y del parlamento, o se decide mantenerlos al margen. Ahora ellos necesitan integrarse de alguna forma a las estructuras estatales. O los sistemas de gobierno o estructuras del Estado según la constitución vigente pueden haber perdido su legitimidad —al menos desde la perspectiva de uno o más grupos— y ya no gozan de la aceptación general para gobernar el país (Camboya, Sudáfrica). También puede ocurrir que el papel de la comunidad internacional sea tan amplio que sus representantes necesiten conocer el sistema

de gobierno durante un período provisional (Camboya, Bosnia, Namibia, Irak).

Los acuerdos provisionales pueden dividirse en dos etapas: la primera comprende hasta la formación de la asamblea constituyente y la segunda comprende el período entre su formación y puesta en marcha, y la formación de un gobierno al amparo de la nueva constitución (en particular si a la asamblea se le confieren también las funciones ordinarias del parlamento, entre ellas la formulación de leyes, aprobación de presupuestos y escrutinio de la conducción gubernamental). Cabe la posibilidad de que se necesiten distintos acuerdos provisionales para cada etapa.

Los acuerdos provisionales por lo común son negociados, en especial cuando son parte de un proceso de paz, y cada vez más con la participación de la comunidad internacional, como sucedió hace algún tiempo en Sudán y en las negociaciones de Darfur. Algunas veces se basan en la constitución vigente. Si el único problema con los acuerdos vigentes es la exclusión de una facción, esta podría fácilmente ser tomada en cuenta incluyéndola, sin necesidad de cambiar el marco legal. Mientras la asamblea constituyente de la India redactaba la constitución, el gobierno de ese país era conducido con fundamento en la Ley del Gobierno de la India de 1935, a la cual el Partido del Congreso —la agrupación política más importante de ese país— se había opuesto pero en ese momento adquirió también los poderes hasta esa fecha ejercidos por la autoridad colonial. En Namibia, el control y administración por parte de las autoridades sudafricanas continuó, aunque en consulta con un administrador enviado por las Naciones Unidas, a fin de darle a los colonos blancos una cierta tranquilidad.<sup>20</sup> Ocasionalmente se ha "revivido" una constitución más antigua. Así por ejemplo, mediante el Acuerdo de Bonn de 2001 se restauró la última constitución de Afganistán (1964) que había sido promulgada por el último monarca, pero dado que ni el Rey ni el parlamento existían ya, la constitución restaurada fue hasta cierto punto una ficción, puesto que el poder estatal estaba efectivamente en manos del

<sup>19</sup> Véase Andrew Arato, "Interim Imposition", 2004, *Ethics and International Affairs* (vol. 18, no. 3), pp.25-50.

<sup>20</sup> Marinus Wiechers, "Namibia: Constitution-Making, Peace-Building and National Reconciliation" (USIP, 2001).

presidente provisional, Hamid Karzai.<sup>21</sup>

Otras veces existe la necesidad de contar con nuevas instituciones para el período provisional, en especial frente a la caída de un antiguo régimen (como en Camboya, donde el antiguo régimen encabezado por Hun Sen mantuvo un poder considerable al amparo de los acuerdos provisionales, así como en Timor Oriental, país que durante ese lapso fue gobernado por las Naciones Unidas mediante resoluciones del Consejo de Seguridad). En ocasiones el país puede gobernarse durante una parte del proceso a partir de la constitución vigente, pero para avanzar en el proceso pueden requerirse nuevas instituciones, como descubrieron los sudafricanos). Una interrogante difícil es si los acuerdos provisionales deben ser compatibles con la constitución y las leyes vigentes y abarcar tanto los aspectos técnicos como los políticos. La situación es más complicada si el problema se relaciona con la legitimidad de la constitución o de sus instituciones. Un argumento a favor de la compatibilidad es el énfasis en la continuidad del Estado de Derecho, si bien otros podrían pensar que este resultará más favorecido con un giro hacia un sistema constitucional más justo y que hay demasiadas restricciones que cambiar con el sistema vigente. Otros opinan que negociar y redactar un nuevo anteproyecto de los acuerdos constitucionales puede requerir tiempo invaluable que debería invertirse más bien en la elaboración de una nueva constitución.

El grado de aceptabilidad de los acuerdos provisionales puede ser mayor si estos son parte de un mapa de caminos que oriente hacia la redacción de una nueva constitución, el cual podría incluir un calendario. Sin duda, en ese caso aun los grupos excluidos pueden aceptar que los acuerdos antiguos se mantengan en vigor hasta que se adopte la nueva constitución y se celebren elecciones (el partido más importante de oposición en Fiji, el Partido Federación Nacional, rechazó el ofrecimiento del gobierno de compartir el poder durante el período de transición porque no quería ser parte de la deshonrosa trayectoria del régimen). En el caso de Irak Washington ha establecido una elaborada estructura constitucional para que cumpla las funciones de autoridad provisional y provea el marco para la adopción de la nueva constitución permanente, a través de la Ley de Administración Transitoria (TAL,

siglas en inglés). Si bien en un principio se esperaba que este instrumento provisional fuese negociado entre los grupos iraquíes, las decisiones quedaron en manos de Washington y por consiguiente la TAL disfrutó de una legitimidad muy limitada).<sup>22</sup>

El definir un calendario crea una situación dinámica en la cual los escenarios cambian, con la posibilidad de que la estructura de los propios acuerdos provisionales requiera una revisión. Los acuerdos alcanzados en Sudáfrica ilustran varios aspectos ya mencionados. Aunque el Congreso Nacional Africano (CNA) tenía objeciones morales y políticas fundamentales sobre la constitución del apartheid, acordó trabajar en el marco de esta durante una etapa inicial. Su decisión se vio motivada por al menos dos consideraciones. La primera era la necesidad de reafirmar a la comunidad blanca que los cambios no serían abruptos y no les serían impuestos, teniendo ellos a su cargo los procedimientos de enmienda. La segunda era sentar los cimientos del Estado de Derecho mediante la aceptación del principio de continuidad legal. La dimensión de "acuerdos provisionales" se estableció mediante un convenio entre los partidos involucrados en las negociaciones, de forma que el gobierno y el parlamento pudieran actuar de acuerdo con las instrucciones de un consejo ejecutivo no oficial e interpartidista (durante este período, los pilares jurídicos primordiales del apartheid fueron revocados, aunque parezca sorprendente, por el propio parlamento del régimen). Pero aun con esta concesión, los partidarios del CNA no habrían aceptado que se prolongara la vigencia de ese sistema legal y constitucional. Este período inicial se utilizó, por lo tanto, para negociar los nuevos acuerdos para la siguiente etapa. Tales acuerdos, que se concretaron en una constitución provisional, eran fundamentalmente diferentes de la constitución del apartheid y tuvieron un papel decisivo en el paso hacia un sistema democrático no discriminatorio. Contemplaban la celebración de elecciones para conformar una asamblea constituyente, la cual cambió la configuración de

<sup>21</sup> Para otros ejemplos de constituciones restauradas, véase el documento de Arato, op.cit.

<sup>22</sup> Larry Diamond, *Squandered Victory: The American Occupation and the Bungled Effort to bring Democracy to Iraq* (New York: Henry Holt, 2005). Véase también Arato, pp. 32-49. Debido a su misma duración y a lo arraigado de la autonomía kurda, en ella se prevén algunas opciones para el futuro.

poder en ese país.

En Irak se dio una evolución parecida, a saber: administración por parte de las fuerzas de ocupación; luego un consejo de gobierno iraquí nombrado por los Estados Unidos en rápida consulta con sus aliados; una asamblea elegida mediante una constitución provisional redactada por los Estados Unidos y el consejo de gobierno que cumpliría las funciones de parlamento y asamblea constituyente (y además tendría la autoridad para nombrar al Ejecutivo); la ratificación de la versión final del texto constitucional mediante un referendo; y la convocatoria a nuevas elecciones al amparo de esa constitución, que entraría en vigor con la formación del nuevo gobierno. La experiencia iraquí ilustra la dificultad de determinar con exactitud en qué momento concluye la transición. De acuerdo con el marco legal, este período debía concluir con la adopción del nuevo texto constitucional y la formación del nuevo gobierno regido por esta. Sin embargo, cuando el documento estaba siendo adoptado por la Asamblea Nacional de Transición, se decidió someterlo a revisión inmediatamente después del referendo, lo cual permitiría abordar las reservas de las facciones sunitas. Ese proceso debía comenzar tras la formación del nuevo gobierno. ¿Por qué los acuerdos provisionales de Sudáfrica tuvieron más éxito que los de Irak? En mi opinión, fundamentalmente porque el proceso sudafricano fue más abierto, consensuado y transparente y además no fue impuesto desde afuera. Además, existía una mayor preparación para tomar en cuenta los intereses de otros y un fuerte compromiso de trabajar por la búsqueda de acuerdos.

La vigencia de los acuerdos provisionales puede prolongarse durante mucho tiempo, y con frecuencia la versión final de la constitución tendrá grandes semejanzas con la versión provisional, como es el caso tanto en Sudáfrica como en Irak.<sup>23</sup> En el caso

<sup>23</sup> La Constitución de Alemania (Ley Básica) ilustra una permanencia un tanto distinta. Los partidos políticos alemanes rechazaban la convocatoria a un referendo para aprobar el texto constitucional redactado por el Consejo Parlamentario Alemán (negándose incluso a llamarlo asamblea constituyente) porque, en ausencia de Alemania Oriental, preferían considerarla provisional hasta tanto el país no estuviera totalmente unificado. (Peter Merkel, *The Origin of the West German Republic* (NY: Oxford University Press, 1963). Y sin embargo cuando se abrió la posibilidad de una unificación completa a partir de la caída del muro de Berlín, la integración no se logró por la vía de una asamblea constituyente y un referendo, sino mediante procedimientos de enmienda a la Ley Básica. (Peter

sudafricano la constitución provisional se formuló sobre bases consensuadas y disfrutaba de una legitimidad considerable por parte de todos los grupos; en el caso iraquí, no fue tanto el grado de aceptabilidad de los acuerdos provisionales como que a la asamblea se le agotó el tiempo lo que explica que, sorprendentemente, tuviese que retornar a la constitución provisional. Debido a que los acuerdos provisionales pueden ser de importancia crítica desde el punto de vista de los objetivos de largo plazo, es importante que los partidos negocien de buena fe, en lugar de buscar su propia ventaja en atrincherarse dentro de la estructura de poder mediante una agenda centrada en sí mismos. De hecho, una de las razones de la falta de avances en Sri Lanka fue el esquema interesado de los acuerdos provisionales —claramente diseñados para convertirse en permanentes— impulsado por los Tigres para la Liberación de Tamil Eelam (LTTE). Los acuerdos provisionales deben enfocarse por lo que son: un mecanismo dirigido a procurar un acuerdo definitivo, de manera que resulta fundamental que todas las facciones pertinentes estén en capacidad de convergir y promover el consenso en torno a una constitución que aborde de forma justa los intereses de muchos.

Los acuerdos provisionales no deben verse como meras negociaciones entre los grupos enfrentados, pues otros grupos deben estar en posibilidad de participar a través de mecanismos de consulta y otros métodos y mediante un proceso abierto. Se le debe prestar atención a los componentes del acuerdo provisional en su conjunto. Compartir el poder de forma que todos los grupos clave converjan en el gobierno es una característica importante. Por esta misma razón, es necesario insistir en una máxima transparencia y en mecanismos de rendición de cuentas en una asamblea que goce de aprobación popular, así como en un código de ética cuyo cumplimiento sea obligatorio para el gobierno y sus altos funcionarios. También es imprescindible una sólida protección de los derechos humanos, lo cual puede lograrse con el apoyo de un Poder Judicial y una comisión de derechos humanos de

Quint, "Constitution Making by Treaty in German Reunification: A Comment on Arato, Elster, Preuss, and Richards" en 1993 *Cardozo Law Review* Vol. 14, pp. 691-704)

carácter independiente.

Por sobre todo, todas las facciones deben esforzarse para asegurar, en el marco de los acuerdos provisionales, un ambiente que garantice la seguridad humana, la participación pública, el debate libre y el derecho de asociación sin ser importunado. Para ello es necesario el respaldo de mecanismos de control y de un régimen de sanciones; en síntesis, se requiere sentar las bases de una sociedad civilista y democrática. Los partidos deben asumir el compromiso solemne de renunciar a la violencia y la intimidación, respetar el cese al fuego y los derechos humanos y luchar en pro de la paz y el consenso.

El diseño de los acuerdos provisionales se encuentra también inextricablemente asociado a la secuencia de las diferentes etapas del proceso de formulación constitucional. Un factor crítico en este sentido es determinar qué grado de representatividad de las instituciones debe establecerse antes de que se inicie el proceso formal. En un país que está saliendo de un conflicto y está desprovisto de instituciones que gocen de apoyo generalizado, definir quién tiene el derecho o la legitimidad para elaborar la constitución es un problema particular. Este se resuelve a menudo convocando a elecciones legislativas o a la asamblea constituyente y facultándola para redactar y aprobar la constitución (este procedimiento es usual cuando la comunidad internacional se involucra en el proceso y da una significación quizás desmedida a las elecciones). En Irak, por ejemplo, los comicios polarizaron a la población y fueron boicoteados por los sunitas, trastornando así el equilibrio social y complicando en gran medida la tarea de formular la nueva constitución. En Timor Oriental las elecciones para una asamblea constituyente le dieron una clara mayoría a un partido, por lo que este no tuvo un incentivo para transar con respecto a sus propias propuestas y otros no tuvieron la posibilidad de negociar. La elaboración del texto constitucional se volvió un ejercicio de la mayoría, aunque en realidad debería haberse basado, en la medida de lo posible, en el consenso o en un alto porcentaje de votos a favor. Antes de las elecciones, ningún grupo tiene una idea confiable del apoyo con que cuenta en el ámbito nacional y, por lo tanto, todos los grupos tienen un incentivo para alcanzar acuerdos. Por otro lado, si el proceso transcurre sin elecciones, el Poder Ejecutivo provisional puede ejercer una poderosa influencia o inclusive conducir el proceso de formulación, como sucedió en Afganistán. A veces este dilema se resuelve

como en Sudáfrica, donde los partidos llegaron a un acuerdo sobre varios principios constitucionales que regirían los contenidos de la nueva constitución, antes de celebrar los comicios para la asamblea constituyente. Sin embargo, ello no garantiza que las percepciones en torno a las ventajas de un sistema de gobierno en particular no influirán de manera muy significativa en las decisiones de los partidos políticos o de otros miembros de la asamblea en torno al documento constitucional definitivo.<sup>24</sup> Los sudafricanos también tuvieron una constitución provisional y un gobierno interino de unidad nacional que contribuyó a crear un ambiente propicio para un proceso constructivo. Otro método es establecer la aprobación en la Asamblea Constituyente por parte de una mayoría significativamente amplia, incentivando así el trabajo hacia el logro de consensos.

Otro factor que puede incidir en la decisión del momento oportuno para la elección es la necesidad de crear condiciones favorables para la realización de elecciones libres y justas. En una situación de conflicto, o incluso posterior al conflicto, cuando uno o más grupos quizás estén armados, existe una reticencia comprensible hacia la celebración de elecciones. Un grupo armado que quiera progresar en el frente político o constitucional podría verse presionado a rendirse o a deponer las armas. Pero si el proceso tiene que continuar sin comicios, resulta difícil determinar el respaldo político y comunitario del que gozarán los grupos participantes en el proceso, así como el apoyo hacia la persona que representan.

De esta forma, se puede incorporar a los acuerdos provisionales una matriz que rijan aspectos como la desmovilización, el desarme, las elecciones y la redacción de la constitución, a través de una serie de mecanismos y actos que marquen el inicio de la nueva fase, aplicando una mezcla de incentivos y sanciones.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> En Kenia, la Ley de Revisión de la Constitución establecía principios perfectamente adecuados, pero cuando prosiguió el proceso de redacción del texto después de la celebración de comicios, las posturas de los partidos, de particulares y de grupos étnicos sobre esos temas se vieron influenciadas en gran medida por lo que esperaban obtener de ellas.

<sup>25</sup> Para un estudio sobre la evolución y "operacionalización" de esta matriz en el conflicto entre Bougainville y Papua Nueva Guinea, véase Anthony

## Definición de los objetivos

Como se mencionó antes, rara vez ocurre que un país emprenda la elaboración de una nueva constitución sin tener muy buenos motivos. A veces resulta difícil iniciar un proceso sin que se llegue a un acuerdo sobre sus objetivos, aunque sea solo para limitar el ámbito de los cambios. Alcanzar un acuerdo previo sobre los objetivos tiene muchas ventajas, mientras que identificar las prioridades ayuda a darle dirección al proceso y a establecer un balance entre los distintos objetivos e intereses que estén en juego. Por ejemplo, la unidad e identidad nacionales podrían demandar instituciones estatales efectivas y formas de autogobierno para las diferentes regiones y comunidades, y por lo tanto un balance entre los derechos individuales y comunitarios. Cada vez más, los objetivos se definen por referencia tanto a las tradiciones y cultura locales, como a normas internacionales como la democracia, unidad nacional, derechos humanos, justicia social y equidad de género. Si los objetivos originales son demasiado numerosos o demasiado específicos y detallados, podrían entrar en conflicto con ideas generadas en el propio proceso de revisión, o crear la sensación de que ya han sido decididos por los grupos de interés más importantes. Resulta importante que el proceso deje un espacio para que surjan ideas y recomendaciones de la consulta con sectores de la población —por ejemplo poblaciones rurales, mujeres marginadas o minorías— que puedan tener poca influencia en la definición inicial de los objetivos.

No existe un método estandarizado para decidir los objetivos. En ocasiones la visión de un líder dominante constituye un mandato suficiente, mientras que en otros casos se requieren elaboradas negociaciones entre una serie de actores clave. En algunos países africanos se han celebrado conferencias nacionales para reunir a grupos políticos, antiguos "disidentes" y grupos religiosos y de la sociedad civil, siendo estas las fuerzas primordiales que impulsan el proceso y definen los objetivos y reformas. En otros casos, por ejemplo en Fiji y en Sudáfrica, esto se ha dejado en manos de los partidos. En Europa Oriental, los objetivos fueron decididos en mesas redondas entre los partidos políticos, mientras que en la India y Pakistán, estos fueron resueltos por las respectivas asambleas constituyentes

tras la independencia. En los países en que la comunidad internacional ha desempeñado un papel clave, los objetivos han sido definidos ya sea por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Namibia y Timor Oriental), o por un consorcio de países interesados (Camboya y Afganistán). Los términos en los que la Unión Europea estuvo dispuesta a reconocer a los estados que emergieron de la antigua Yugoslavia (por ejemplo la democracia, el Estado de Derecho y la protección de las minorías) constituyeron un marco efectivo para la redacción de sus propias constituciones nacionales.

¿Cómo asegurarse de que los objetivos se han cumplido? ¿En qué consiste el proceso de validación? Por lo general no existe un proceso formal de validación, en cuyo caso los objetivos cumplen el papel de directrices. Pero la definición anticipada de los objetivos (que actúan como parámetros de la constitución) resultó tener una importancia tan cardinal para el proceso sudafricano, que se incluyó una disposición para que la corte constitucional verificara que el anteproyecto se ajustara a las normas, antes de su entrada en vigor. En ciertos casos en que la comunidad internacional se involucra en el proceso, se ha puesto como precondition una decisión del Consejo de Seguridad —aunque esta instancia no haya hecho un examen minucioso del caso. En muchos países se requiere un referendo sobre el producto final, procedimiento que puede considerarse como una especie de validación.

## Plazos

Una medida útil es establecer plazos para las diferentes etapas del proceso, aunque estos deben definirse con sumo cuidado, pues si son demasiado cortos podrían limitar la participación pública y dar la impresión de que se está manipulando el proceso, mientras que si son amplios el proceso podría prolongarse de manera indebida cuando más bien sea necesario ponerle fin y establecer un nuevo orden. Asimismo, es posible que el público se aburra y se canse en un proceso prolongado, además de que surjan dificultades y reclamos, se acumulen los gastos y se pierda la oportunidad de llegar a un nuevo arreglo ante la consolidación de intereses creados. Hay un punto en el proceso en que es poco lo que

Regan, "Autonomy and conflict resolution —three autonomies in Bougainville and Papua New Guinea, 1976-2005" (Documento no publicado).

se gana si se somete un tema a más consultas y debates, además del elemento de la repetición improductiva. Sin embargo, los retrasos en el proceso muchas veces se traman en forma deliberada. Museveni, quien llegó al poder en Uganda con el derrocamiento del régimen de Obote, postergó el inicio del proceso hasta que había consolidado el control del país y luego el mismo proceso sufrió varias interrupciones que resultaron de su conveniencia. En Kenia el proceso se alargó considerablemente con respecto al plazo original, factor que hizo el anteproyecto más vulnerable al sabotaje.

Cuando la comunidad internacional se involucra en un proceso, lo más probable es que solo se prevea un plazo corto para la asamblea constituyente (Camboya, Timor Oriental, Afganistán e Irak), ya que la conclusión de su trabajo redundaría en la salida de la comunidad internacional. En Irak, la Ley TAL preveía que la asamblea concluyese el anteproyecto para el 15 de agosto del 2005; que debía celebrarse un referendo el 15 de octubre y, si todo marchaba bien, las elecciones para un gobierno permanente debían celebrarse el 15 de diciembre. Siempre existió la duda de si esta apretada agenda podría cumplirse. Se partía del supuesto de que la asamblea se reuniría, elegiría al consejo presidencial y aprobaría un gobierno a más tardar durante la primera semana del 2005, cuando también comenzaría a trabajar en la constitución. Ello le habría dado alrededor de ocho meses para redactar y aprobar un anteproyecto, pero incluso ese período habría resultado insuficiente. En la realidad, la Asamblea contó con un poco más de dos meses. El resultado fue que, cuando los EE.UU. se negaron a tolerar una ampliación formal del plazo, se introdujeron ciertas modificaciones totalmente ilegales a la Ley TAL a fin de dar unas semanas más de margen para la negociación. Incluso el documento adoptado en el referendo de octubre del 2005 fue considerado como provisional puesto que, como se explicó antes, las comunidades más importantes acordaron renegociarlo después del referendo. Si se hubiera previsto un plazo inicial más amplio se habrían podido resolver las diferencias entre estas comunidades y se habría logrado una mayor participación popular. (No obstante, debe anotarse también que en el caso iraquí resultó muy difícil mantener los plazos, que muchas veces sencillamente se dejaban de lado. Un miembro de la comisión dijo en una ocasión que el proceso era demasiado político como para regirse por plazos).

## Instituciones y procedimientos para la elaboración del texto constitucional: el marco

Además de los objetivos, por lo común se acuerdan las instituciones y procedimientos en los que se enmarcará el proceso. En general, si bien se somete antes a consulta, esta responsabilidad recae en el Parlamento o el Ejecutivo. El marco del proceso puede ser detallado o ser de tipo "armazón". La ventaja del detalle es que sirve como un mapa de caminos, en tanto la brevedad ofrece mayor flexibilidad.

Sea cual sea el marco, incluyendo la distribución de funciones en él acordada, es necesario definir si ha de dársele algún tipo de estatus jurídico. Conferirle tal condición —consolidándola de forma que no pueda eliminarse con facilidad— ofrece la ventaja de dar a los participantes y a la ciudadanía en general una cierta seguridad en el proceso, pues de lo contrario estos podrían mostrarse renuentes a invertir su tiempo, emociones y energía. No obstante, en ocasiones el estatus jurídico del proceso no ha tenido importancia. En Fiji todo el proceso se basó en un decreto ejecutivo sin ningún tipo de seguridad jurídica, mientras los kenianos contaban con una ley sumamente detallada del parlamento, la cual sin embargo no estaba arraigada en la constitución vigente y ese demostró ser su talón de Aquiles. En ciertos casos el proceso es recomendado en un instrumento constitucional anterior (Sudáfrica, Irak) o en un instrumento internacional (Afganistán, Camboya). La forma legal es casi siempre menos importante que la voluntad política.

## Parte V.

# La asamblea constituyente: estructura y composición

Cuando un país decide establecer una asamblea constituyente también tiene que tomar varias decisiones específicas sobre sus funciones, miembros y reglas para la toma de decisiones. Es muy probable que estas decisiones específicas tengan más impacto en la conducción y resultados del proceso, que por ejemplo la elección entre una asamblea constituyente y un parlamento.

### Relación con el parlamento

Si bien no todas las asambleas constituyentes han sido democráticas (la convención estadounidense que redactó la constitución en Filadelfia fue, de acuerdo a los patrones contemporáneos, muy poco democrática), hoy en día se considera ese mecanismo como *la* manifestación adecuada de la democracia, razón por la cual existe en general un clamor por convocarla como una primera medida hacia la democratización y la justicia. Por lo tanto, no es de sorprender que la principal alternativa a este mecanismo sea el parlamento ordinario, (que por lo general funciona mediante una mayoría calificada — es decir, alta— órgano que afirma hablar para y por el pueblo. Sin embargo, a menudo no existe una manera sencilla de distinguir un parlamento de una asamblea constituyente.

En ciertos casos, la tarea de la asamblea se limita a elaborar la constitución (Uganda). Asimismo, la asamblea constituyente puede dividirse en dos como el parlamento, o más precisamente, el parlamento puede dividirse en dos para conformar la asamblea

constituyente (India, Pakistán, Irak, Papua Nueva Guinea, Sudáfrica y la mayoría de los países de Europa Oriental), de forma que la distinción entre ambos tiende a desaparecer. Ambos funcionan con el mismo tipo de miembros, aunque pueden adoptar diferentes procedimientos para su funcionamiento y para la toma de decisiones. En ciertos casos una asamblea constituyente es transformada (o se transforma) en el parlamento una vez concluida la labor de elaborar la nueva constitución (Timor Oriental, Camboya, Namibia). De hecho, incluso cuando se conforma solo con el propósito de redactar la constitución, puede no ser diferente del parlamento en términos del tipo de representación y la forma en que sus miembros llegan ahí. En ambos casos el proceso estará dominado por los partidos políticos y los intereses que ellos representen quedarán celosamente protegidos.

Si se trata de un organismo diferente del parlamento, podría surgir un conflicto entre ambos (Nigeria, Kenia, Uganda, Colombia). Así por ejemplo, de acuerdo con un miembro de la asamblea nigeriana, la hostilidad del parlamento "limitó la capacidad de la asamblea constituyente de hacer lo que consideraba necesario".<sup>26</sup> Asimismo, el Congreso se negó a darle financiamiento. En Uganda, cuyo parlamento no controló el proceso, este se rehusó a asignar los

<sup>26</sup> De acuerdo con un delegado en el taller realizado por IDEA-INCOD-PNUD en Pretoria, en diciembre del 2005, sobre la elaboración de la constitución.



recursos adecuados, con el resultado de que este se prolongó durante casi siete años y se reavivó gracias a una generosa subvención de un donante externo. En otros casos también se han presentado tensiones entre ambas instancias (Colombia, 1991, y Ecuador).<sup>27</sup>

Otra variante se produce cuando el parlamento y la asamblea constituyente se involucran ambos en el proceso. En Kenia, por ejemplo, la Conferencia Nacional Constituyente (un órgano más representativo que el parlamento o Asamblea Nacional) tuvo que adoptar el anteproyecto de la constitución. Sin embargo, este no podía entrar en vigor hasta tanto no fuese formalmente aprobado por la Asamblea Nacional tras ser aprobado por una mayoría de dos tercios, aunque la Asamblea Nacional podía solamente aceptarlo o rechazarlo, pues no podía ser enmendado. Cabe mencionar que la Asamblea Nacional abusó de su papel y de hecho le hizo cambios muy significativos.<sup>28</sup> Un tipo similar de división se dio en Etiopía, cuya asamblea constituyente se produjo de último, y estuvo dominada por los allegados al Primer Ministro.

En algunos países, el parlamento ordinario se complementa con legisladores adicionales para convertirse en una suerte de asamblea constituyente. Así, la constitución de las Maldivas prevé la creación de un órgano, llamado Consejo Especial del Pueblo (*Majlis Especial del Pueblo*), al cual se le confiere "la facultad de redactar y enmendar la constitución" (Artículo 92). Está conformado por todos los miembros del parlamento (*Majlis del Pueblo*), los integrantes del gabinete, miembros especialmente elegidos en representación de las regiones, además de ocho miembros designados por el Presidente. Un tipo similar de órgano, aunque con funciones más amplias, existe en Indonesia. Afganistán ha recurrido a un órgano tradicional, la *Loya Jirga*, para la aprobación de sus constituciones. La Conferencia Nacional Keniana estaba conformada por 222 miembros de la Asamblea Nacional, además de otros 417.

<sup>27</sup> Roberto Andolina, "The Sovereign and its Shadow: Constituent Assembly and Indigenous Movement in Ecuador" 2005 *Journal of Latin American Studies* (vol. 35, pp. 721-750).

<sup>28</sup> Véase Ghai y Cottrell, op. cit. La presencia conjunta de la conferencia constitucional y la asamblea fue el resultado de un (torpe) compromiso entre la sociedad civil, que deseaba una asamblea constituyente, y el Presidente, que desea una Asamblea Nacional controlada por su partido. La lección a partir de la experiencia keniana es ciertamente que esta opción no debe adoptarse.

## Membresía

Hasta cierto punto, las calidades de los constituyentes deben estar determinadas por las funciones precisas que se confieran a la asamblea. Por ejemplo, ¿se involucrarán ellos en labores de educación cívica y emprenderán consultas directas con la ciudadanía? ¿Asumirán la función técnica de redactar la constitución? ¿Qué calidades han de buscarse en quienes aspiren a convertirse en constituyentes?

Aunque por lo común se considera que una asamblea constituyente es una representación de todo el país, muchas de ellas no han sido elegidas directamente y han representado intereses específicos, por ejemplo los de regiones o estados (en los EE.UU. en 1787; en la India en 1946; Alemania (1948); Australia (1891); la asamblea francesa de 1789 fue parcialmente elegida). Dos de las más reconocidas asambleas constituyentes, la de los EE.UU. de 1787 y la de Francia en 1789 —ambas estrechamente vinculadas en cuanto a la época, ideología y amistades— tuvieron diferencias fundamentales de composición.<sup>29</sup> En la convención de Filadelfia de 1787 la representación quedó estrictamente restringida. Sus delegados fueron nominados por los parlamentos de los diferentes estados, a su vez conformados sobre la base de un derecho al voto extremadamente limitado (las mujeres, indígenas y esclavos estaban excluidos, así como quienes no fuesen propietarios de tierras). Los 55 delegados fueron seleccionados a partir de un reducido círculo en cuanto a su clase social y económica y tenían una formación homogénea y en su mayor parte sus intereses eran los mismos. El único tema verdaderamente

<sup>29</sup> Estos dos procesos son, por mucho, los ejemplos más estudiados en cuanto a la elaboración de una constitución política. De la extensa literatura sobre el tema se destacan las siguientes obras: para el caso estadounidense, Catherine Drinker Bowen, *Miracle at Philadelphia: The Story of the Constitutional Convention May to September 1787* (NY: Little, Brown, 1966). Un relato bueno y conciso puede encontrarse en Walter Berns, "Writing of the Constitution of the United States" en Robert Goldwin y Art Kaufman (eds), *Constitution Makers on Constitution Making* (Washington DC: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1988). Para el caso francés, véase Eric Thompson, *Popular Sovereignty and the French Constituent Assembly 1789-91* (Manchester: Manchester University Press, 1952) y Timothy Tackett, *Becoming a Revolutionary: The Deputies of the French National Assembly and the Emergence of a Revolutionary Culture (1789-1790)* (Princeton: Princeton University Press, 1996).

polémico era el de la esclavitud, pues los estados del norte apoyaban la abolición, por el contrario de los sureños. Este tema quedó irresuelto y solamente se concluyó con la guerra civil, casi un siglo después. Estos factores facilitaron en gran medida el logro de un acuerdo, pese a que había varios temas en los que tenían distintas preferencias.<sup>30</sup> No obstante, tal acuerdo se logró a expensas de los intereses de quienes quedaron excluidos, a saber los esclavos, los indígenas y las mujeres (los temas como la esclavitud y el género se resolvieron en su momento por la vía constitucional, legislativa o administrativa, aunque el estatus de los indígenas es hasta la fecha insatisfactorio). Por su parte, la Asamblea francesa tenía más de 500 miembros, en tres categorías: la nobleza, el clero y el Tercer Estado (conformado por una combinación de los principios de herencia, ocupación y elección indirecta).

Hoy en día se considera que el tema de la inclusividad es crucial. Si todas las regiones, comunidades y sectores de la sociedad han de estar representados, como fue el caso en Uganda y Kenia, por ejemplo, es necesario definir cómo han de escogerse los representantes, ya sea mediante elecciones generales, por nominación o si serán elegidos por grupos o intereses especiales. Este último fue el enfoque general adoptado en Kenia, mientras que en Uganda se establecieron circunscripciones especiales para la elección de mujeres y se previó la designación de representantes de otros intereses tales como el ejército. ¿Deben los grupos étnicos contar con sus propios representantes, como en la asamblea constituyente india? ¿Deben las mujeres, personas discapacitadas, sindicatos, profesionales y el sector comercial, entre otros, estar directamente representados? La alternativa a ello sería convocar a elecciones generales, lo cual significa que en la mayoría de los casos los partidos políticos, acostumbrados y organizados para participar en tales contiendas, dominarán el proceso (Timor Oriental, Ecuador). Las elecciones generales continúan siendo la forma más común de elección y se distinguen poco


de las elecciones generales legislativas, como en Sudáfrica, Camboya y Timor Oriental.

Si la representación ha de determinarse a partir de elecciones generales, entonces es necesario determinar qué tipo de sistema electoral se empleará. Los de representación proporcional resultan por lo común preferibles a otros sistemas (por ejemplo, los de mayoría simple en distritos uninominales y otros sistemas mayoritarios), ya que producen un grado mayor de concordancia entre la preferencia de los votantes y la representación parlamentaria. No obstante, hay menos acuerdo en cuanto a si, en este último caso, la circunscripción debe estar conformada por distritos electorales o ser una para todo el país. En ocasiones, debido a la falta de registros electorales confiables, o si del todo no existen, se utiliza todo el país como una única circunscripción. Este fue el caso en las elecciones iraquíes para la Asamblea Nacional de Transición, la cual fungiría también como asamblea constituyente. Ello produjo resultados lamentables, ya que una cantidad significativa de sunitas boicotearon los comicios y por consiguiente esta comunidad quedó pobremente representada en la asamblea. Si los comicios se hubiesen celebrado con base en distritos provinciales, el elevado abstencionismo de los sunitas habría tenido menos importancia, pues en las provincias dominadas por ellos incluso una reducida participación electoral habría permitido garantizar los escaños para esas regiones.<sup>31</sup> Para las segundas elecciones generales se utilizaron las provincias como distritos electorales. En ambos casos los partidos políticos dominaron los comicios, como ocurre casi inevitablemente en los sistemas de representación proporcional.

¿Resulta deseable o no este dominio de los partidos políticos? En las naciones multiétnicas es común que los partidos se conviertan en vehículos para la representación étnica, de forma que otros intereses sociales y económicos quedan excluidos y la sociedad se polariza, como ocurrió en Irak. Sin embargo, es necesario reconocer que el

<sup>30</sup> Walter Berns escribe sobre estos delegados: "Siendo todos ellos de cepa británica y hablantes nativos del inglés, no necesitaban traducción simultánea de los discursos ni los materiales. Su discurso se vio aún más facilitado por el hecho de que habían leído los mismos libros, vivido y en muchos casos ejercido el mismo Derecho, y habían compartido una tradición política en común (p.133)". Habían trabajado juntos anteriormente en el Congreso o en el Ejército y a otros los conocían por su prestigio.

<sup>31</sup> La ausencia de los sunitas de la asamblea fue un importante revés para el proceso de elaboración de la constitución. La asamblea intentó mitigarlo conformando una comisión constitucional que la asesorara, en la cual varios sunitas fueron nominados desde fuera del parlamento. Esta medida en sí misma suscitó polémica, en cuanto a la cifra precisa y a su papel.



resultado dependería de la naturaleza y organización de los partidos. Si estos son genuinamente representativos y democráticos y responden a las inquietudes del pueblo, como es el caso en Sudáfrica, este predominio puede traer consigo la inclusión y la participación. Si están dominados por políticos o personas con determinadas inclinaciones étnicas (como una suerte de feudo político) como ocurrió en Kenia, los partidos se tornan excluyentes y estrechos en su orientación. Y en Nepal hoy en día, en donde la mayoría de los legisladores aparentemente provienen de las clases privilegiadas, se teme que una elección general para la asamblea constituyente reproduzca ese patrón. En consecuencia, algunas comunidades y grupos (mujeres, dalits, comunidades indígenas y personas discapacitadas) están pidiendo otras formas de representación directa.

Una ventaja de la asamblea constituyente con respecto al parlamento es que puede ser verdaderamente una congregación de la nación. La fuerza y legitimidad de esta instancia dependerá en su grado de inclusividad. Si bien los partidos han de desempeñar un papel fundamental, es necesario que otros grupos e intereses queden representados (mujeres, personas discapacitadas, minorías, sindicatos, el sector privado, la sociedad civil y los movimientos sociales). En alguna medida, estos grupos e intereses estarían representados en los partidos, pero resulta de valor el que cuenten con sus representantes directos. Resulta claro que todas estas formas de representación tienen un impacto en el proceso y en sus resultados. Esto abrirá puertas a la reconciliación de comunidades que se sienten marginadas del sistema político vigente, como es el caso en Nepal hoy en día, y garantizará una justicia social para todos.

Sin embargo, a veces surge oposición a esta forma de representación ante el temor de que tales intereses se solidifiquen y la comunidad política se fragmente. Este temor podría enfrentarse si se establece la diferencia entre la asamblea constituyente y el parlamento y si la representación en la primera no constituye un precedente para la representación en el segundo. En la India, por ejemplo, la asamblea constituyente se basó en la representación independiente de los musulmanes, sijs y de la población general (en su mayoría hindú), pero esa instancia decidió que, aparte de las castas y tribus ya previstas, la representación parlamentaria no podría tener una base comunal. Las conferencias

constitucionales que llevaron a la independencia a menudo eran representativas de diferentes comunidades, lo cual se veía como parte de una estrategia de "divide y reinarás". En el caso de la India, ese fue un factor de resentimiento por parte del Partido del Congreso, aunque esa misma agrupación tomó medidas muy puntuales para garantizar que cada comunidad quedara adecuadamente representada por delegados de las asambleas provinciales, quienes conformaron la asamblea.

Tales formas de representación pueden conducir a la formación de asambleas numerosas, lo cual a su vez puede tener un efecto adverso en sus reuniones. La dificultad de organizar debates y tomar decisiones adecuadas en asambleas muy numerosas ha quedado demostrada. Así por ejemplo, este fue un problema particular en Kenia, cuyo equivalente de la asamblea constituyente tenía 629 representantes, e incluso las comisiones temáticas tenían 70-80 miembros. Por lo demás, en asambleas numerosas se dificulta la construcción de consensos. Será más fácil determinar el tamaño adecuado si se han identificado los intereses fundamentales, aunque un límite máximo de 200 miembros puede ser óptimo, y también razonable.

¿Deben quedar excluidos ciertos grupos, por ejemplo los nazis en la asamblea alemana de 1948, los líderes del gobierno imperial japonés después de la II Guerra Mundial, o los miembros del partido Baath en Irak (2005), mas no los representantes del Jemer Rojo en Camboya? Si bien la exclusión de tales grupos puede ser comprensible en vista de las atrocidades cometidas por ellos en el pasado, muchos analistas han argumentado que sería mejor incluirlos en aras de una armonía futura, como la continuación de la violencia en Irak parece demostrar. Este enfoque resulta preferible cuando la reconciliación es una de las funciones del proceso de formulación constitucional.

Como se vio antes, algunas asambleas constituyentes han estado conformadas por todos los legisladores y solamente por ellos, mientras que otras han estado conformadas por legisladores además de otros representantes. ¿Deben excluirse los representantes parlamentarios? Algunos países han adoptado esta regla, pero los argumentos a favor de ella no parecen sólidos, salvo por la

posible dificultad que pueda tener una persona para desempeñarse en ambos órganos y soportar las presiones de tiempo, con la posibilidad de que se retrase el trabajo de la asamblea en caso de que se dé preferencia a la agenda parlamentaria (presupuestos y otros temas afines). No puede negarse que los representantes parlamentarios, o de hecho los representantes de los partidos ante una asamblea, tomarán pequeñas ventajas políticas de su presencia allí. Como explica Jon Elster, los partidos tienden a favorecer las leyes electorales y las instituciones que les favorecen: "Los partidos que esperan reunir una pequeña proporción de los votos insistirán en que la representación política quede incorporada a la constitución, mientras que aquellos que esperan tener una gran proporción preferirán la votación por pluralidad. Este efecto en los intereses partidistas se ve mitigado si ellos no tienen certeza sobre su grado de apoyo electoral. Como ocurrió en Polonia en 1921 y en Francia en 1946, los partidos que tienen candidatos presidenciales fuertes intentarán crear una figura presidencial fuerte, mientras que sus oponentes intentarán debilitar ese cargo".<sup>32</sup>

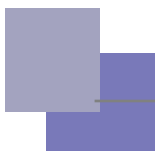
En particular cuando existe una representación diversa, surge la interrogante de cómo deben votar los delegados, un tema que se aborda más adelante.

## Secretaría

¿Cuáles son las modalidades para ofrecer la asesoría de expertos y asistencia técnica a la asamblea constituyente? Este órgano requerirá contar con una secretaría que se encargue del apoyo logístico. Es necesario llevar actas minuciosas y mantener un registro preciso de las decisiones de la asamblea (resulta sorprendente comprobar con qué frecuencia surgen luego controversias en torno a la decisión

exacta de un comité o de la asamblea). Las reuniones de la asamblea deben quedar plenamente registradas y documentadas. Asimismo, es necesario contar con una "biblioteca especializada". Un equipo de abogados constitucionalistas y politólogos podría conformarse como parte de la secretaría o como una unidad independiente. Sería deseable que cada comisión temática cuente con un asesor. Además, la secretaría debe organizar talleres y seminarios para los constituyentes, a fin de familiarizarlos con los temas y opciones constitucionales y, en la medida de lo posible, es importante recurrir a expertos locales para aprovechar su comprensión sobre el contexto y los temas de importancia a este nivel.

<sup>32</sup>Ponencia titulada "Ideal y realidad en la formulación constitucional" (*Ideal and Reality in Constitution Making*), presentada durante la reunión inaugural del Club de Madrid (Madrid, octubre del 2001). La asamblea constituyente celebrada en Francia en 1791 llegó incluso a decretar que ninguno de sus miembros sería elegible para ocupar cargos en el Estado durante los cinco años siguientes a la adopción de la constitución. En retrospectiva, no se considera que esta haya sido una decisión sensata y en las circunstancias actuales es poco probable que tuviese mayor atractivo para quienes participan en política y para otros grupos, aunque en países como Kenia recibiría un apoyo masivo de la opinión pública debido a la profunda desconfianza hacia la clase política, a la cual se ha llegado incluso a responsabilizar de sabotear el proceso constitucional.



## Parte VI.

# Los poderes y funciones de la asamblea constituyente

Las funciones de las asambleas constituyentes también han variado. Algunas empiezan a trabajar con una lista de candidatos en blanco y tienen libertad de decisión, mientras que otras pueden estar obligadas a incorporar ciertos principios fundamentales (Sudáfrica, Namibia, Camboya). Resulta interesante anotar que en la India en un principio la asamblea constituyente tenía muchas restricciones impuestas por el gobierno británico para proteger a la minoría musulmana, pero estas se eliminaron cuando dicho gobierno decidió crear Pakistán. El papel de la asamblea constituyente en cuanto a determinar los objetivos es limitado en los casos en que el anteproyecto es redactado por una comisión constitucional u otro órgano similar. La asamblea puede tener la libertad para modificar el anteproyecto e incluso rechazarlo, pero en la práctica las opciones son limitadas. Se sabe de casos en que una asamblea constituyente ha redefinido los objetivos del proceso: tanto la convención de Filadelfia como la asamblea original francesa ampliaron su mandato con el fin de revisar la estructura completa del Estado. La asamblea constituyente de la India se liberó de los límites en cuanto a los alcances y orientación de la constitución tras la creación de Pakistán y la salida de los británicos.

Algunas asambleas constituyentes abarcan todos los aspectos del proceso enumerados en la primera sección de este documento: la consulta a la ciudadanía o a grupos especiales sobre la nueva constitución, la redacción, debate y adopción del anteproyecto del texto constitucional y por último su entrada en vigor, como en el caso de la India, Camboya y Timor

Oriental. En ciertos casos la consulta pública y la redacción del anteproyecto se encargan a otros organismos (por ejemplo, un comité constitucional como en Uganda, Etiopía y Kenia, o un comité formado por el gobierno, como en los procesos de descolonización de la India, África y el Pacífico Sur). ¿Conlleva ventajas el asignarle todas las funciones a la asamblea constituyente? Quizás se logre una mejor coordinación, por ejemplo. Los constituyentes se mantendrán involucrados durante todo el proceso si tienen a su cargo todas las funciones. Tendrán una mejor percepción sobre el sentir de la ciudadanía si participan en los programas de educación cívica y en las consultas públicas. Por otra parte, cabe la posibilidad de que no tengan conocimientos y experiencia suficientes para desempeñar todas estas tareas; quizás no dispongan del tiempo para participar en todas las actividades, y si lo tienen el proceso podría prolongarse y resultar muy oneroso. Al distribuirse las funciones y labores puede evitarse que el proceso sea dominado por un grupo de personas. En la actualidad es bastante común distribuir tales responsabilidades, al menos en los países africanos, en donde ya es casi un patrón conformar comisiones constitucionales que asuman las tareas de educación cívica y las consultas a la ciudadanía, así como la redacción de un anteproyecto del texto constitucional que se somete a la asamblea constituyente o al parlamento para su análisis y aprobación.

A continuación se analizan algunas de las tareas que forman parte del proceso de formulación

constitucional antes identificadas y se explora cómo estas se han llevado a la práctica y cómo pueden mejorarse. Se han visto ya las modalidades para determinar con antelación los principios constitucionales. En las siguientes secciones se analiza el aspecto de la educación cívica y la consulta a la ciudadanía para obtener sus puntos de vista y recomendaciones sobre los cambios constitucionales.

## Educación cívica

La educación cívica no ha sido un componente común del proceso de formulación constitucional. El inicio de tales procesos conlleva considerables esfuerzos para obtener apoyo para posiciones particulares. Sin duda, después de un debate público sobre reformas específicas siempre queda la posibilidad de que se inicie un proceso. En tiempos recientes se ha llegado a reconocer la importancia de realizar actividades organizadas para involucrar al público en general en la discusión sobre temas y opciones constitucionales, si es que ha de alentarse a la población a participar en el proceso, y la participación pública es vista hoy en día como un componente fundamental de un buen proceso. No es de sorprender que algunos de los programas más intensos de educación cívica se hayan llevado a la práctica en países africanos, cuyos partidos políticos rara vez ofrecen a la ciudadanía alternativas en materia de políticas y en donde hay relativamente pocas organizaciones que se involucran en el discurso político o sobre políticas públicas. La experiencia con tales programas se está ampliando, lo cual permite extraer algunos aprendizajes y pautas.

Lo ideal es que las campañas de educación cívica estén en manos de quienes tienen los conocimientos y experiencia en este tipo de instrucción. Serán pocos los constituyentes que estén calificados para esta labor, por lo que cabe la posibilidad de contratar personal con experiencia pertinente, aunque ello agregaría innecesariamente a las funciones de gestión y a los costos de la asamblea. Los programas de educación cívica tienden a generar controversia, de forma que resulta mejor proteger a la asamblea de las críticas en cuanto a que incurre en actitudes partidistas. Asimismo, si se le asignan demasiadas funciones a dicha asamblea —o a cualquier otro órgano— existe el peligro de que si sus miembros tengan una agenda particular y la mayor parte de las etapas del proceso se utilicen para promover esa

agenda, con el peligro de que la campaña de educación cívica no sea objetiva.

Desde luego, cualquier organización a la que se le asigne esta responsabilidad podría o de hecho estará sesgada: no puede ser de otra manera. El problema puede manejarse de muchas formas. Quizás la solución más efectiva sea alentar a todos los tipos de organizaciones para que realicen sus propias campañas de educación cívica, a saber aquellos que pertenezcan o apoyen a grupos religiosos o seculares, de mujeres, colegios de abogados y otras asociaciones de profesionales y tipos de ONG's. Para evitar caer en la propaganda extrema o en presiones provocadoras, lo cual frustraría el objetivo de permitirle a la gente adoptar una posición propia, puede ser necesario establecer como principios básicos la justicia, la imparcialidad y el evitar la provocación y la incitación. Esta es una tarea que bien puede asignarse a la asamblea constituyente si no hay otro órgano formal que ya la tenga (por ejemplo, un comité constitucional) o un consorcio de ONG's y organizaciones de base comunitaria. La responsabilidad puede abarcar una cierta orientación sobre los alcances del "currículo" de educación cívica, la definición de códigos y procedimientos y la supervisión para asegurarse de que las opiniones se expresen en un marco de libertad y franqueza. Sea cual sea el tipo de arreglo al que se llegue, no debe haber censura y han de promoverse discusiones y debates con la mayor amplitud posible.

## Consultas al público y redacción del anteproyecto

La consulta a la ciudadanía y la recepción de sus opiniones constituyen otro tema diferente. En este caso el órgano encargado de redactar el anteproyecto debe asumir la responsabilidad, a fin de alentar al público a que presente sus planteamientos y que los encargados de la redacción se formen una opinión sobre las quejas, esperanzas y expectativas de la ciudadanía. ¿Cuál será el órgano encargado de redactar la Constitución? Esta es en sí misma una decisión crítica. Hay dos alternativas obvias y para ambas existen varios ejemplos. La primera y hasta hace poco el método más usual, es que la propia asamblea asuma ese papel (Filadelfia, Francia,

India, Pakistán, Timor Oriental, Irak, Camboya, Namibia). La otra consiste en designar un comité o comisión, por lo general conformado por un grupo de expertos o personas eminentes con experiencia pertinente— para que redacten el anteproyecto que se someterá a consideración de la asamblea constituyente) (Alemania, Uganda, Tailandia, Kenia, Etiopía, Nepal y Afganistán).<sup>33</sup>

En la actualidad resulta muy común, ya sea que el órgano que tome la decisión última sea el parlamento o la asamblea constituyente, conformar un comité de expertos con carácter independiente y representativo, que asuma las labores que culminarán con la redacción del anteproyecto del texto constitucional. Entre estas funciones se encuentran el ofrecer o facilitar al público educación en torno al proceso y sobre temas constitucionales, promover la realización de debates nacionales, recibir y analizar los puntos de vista del público y redactar y presentar el anteproyecto para someterlo a consideración del órgano decisor, transcurrido un plazo adecuado de discusión pública sobre el anteproyecto. La ventaja de tales comités es que esta parte del proceso permite hasta cierto punto tomar distancia de los partidos, aprovechar el conocimiento de expertos, promover la participación y formular propuestas orientadas en mayor medida hacia los intereses nacionales que hacia los sectarios, y en consecuencia sentar bases justas para la negociación. Si el proceso completo queda en manos de los partidos, puede ser muy difícil llegar a arreglos. Tal fue, por ejemplo, la experiencia en Fiji, en donde las negociaciones tras los golpes de estado de 1987 no permitieron llegar a ningún compromiso, que sí se logró cuando una comisión, conformada para realizar las funciones arriba descritas, produjo un anteproyecto que se sometió a negociación entre los partidos. Muchos otros países han tenido experiencias similares positivas. Una ligera variante se dio en Timor Oriental, donde se conformaron una serie de comités constitucionales con la función de recorrer el país, reunirse con la gente y solicitar sus puntos de vista sobre la constitución. Tales opiniones quedaron

resumidas (no en la forma de un anteproyecto), y presentadas ante la asamblea constituyente, órgano que parece haberles prestado relativamente poca atención, quizás porque el partido mayoritario había redactado ya sus propias propuestas de anteproyecto antes de que la asamblea constituyente se congregara.

Este tipo de comité carece de la legitimidad para tomar la decisión final, que más bien queda en manos ya sea del Poder Legislativo si logra el voto positivo de una mayoría extraordinaria, o una asamblea con sus propias reglas de procedimiento. Sea cual sea el camino, cabe la posibilidad de convocar a un referendo en la etapa final del proceso. La utilidad de este tipo de consulta se analiza más adelante.

La elección entre encargarle a una comisión o comité la realización de la consulta pública y elaborar el anteproyecto incide en el papel que tendrá la asamblea constituyente. Si bien esta está en libertad de modificar el anteproyecto e incluso rechazarlo, en la práctica esta elección es limitada, en especial si el comité puede argumentar que su anteproyecto se basa en una consulta amplia y refleja los puntos de vista de la ciudadanía. Los principios básicos y contornos del anteproyecto se elaboran sin su participación. Si se recurre a una comisión o comité, el cual puede ser designado por el Ejecutivo o por el Parlamento, se reducirá considerablemente el papel de la asamblea constituyente, que entonces quedará restringido a debatir el anteproyecto y adoptarlo, aun cuando sufra cambios considerables. La experiencia también demuestra que tales comités son susceptibles a la presión del Ejecutivo.<sup>34</sup> La tarea de la asamblea constituyente de construir consensos puede tornarse más difícil si el proceso se inicia por primera vez cuando se convoca a la asamblea. Existe el peligro de que la insatisfacción de la asamblea con respecto al anteproyecto la

<sup>33</sup> De hecho, en Afganistán ha habido tres etapas. Primero el Presidente encargó a un comité de nueve expertos la redacción del anteproyecto, lo cual se hizo en un contexto de gran confidencialidad. Este anteproyecto fue revisado sin el beneficio del debate público (puesto que se mantuvo en secreto) por una comisión constitucional conformada por 29 miembros, cuatro de los cuales estaban en el comité anterior, entre ellos el presidente, quien a su vez presidía esta segunda comisión. La tercera etapa fue la ratificación por parte de la *Loya Jirga* (una especie de asamblea constituyente tradicional).

<sup>34</sup> Timor Oriental adoptó una posición intermedia. Una serie de órganos se establecieron previamente a la reunión de la asamblea constituyente para recoger los puntos de vista del público en diferentes partes del país y presentarlos ante la asamblea, aunque sin emitir sus propias recomendaciones. Este mecanismo parece haberse adoptado ante un reconocimiento de la importancia de la participación (y quizás también para ahorrarle tiempo a la asamblea, que trabajaba con un apretado calendario). De acuerdo con algunos observadores, la asamblea prestó poca atención a estas opiniones (información personal).

lleve a rechazarlo y no deje ningún mecanismo ni perspectivas claras para continuar con un nuevo anteproyecto. Por otra parte, el anteproyecto del comité puede reflejar una cierta "objetividad", profesionalismo y consenso entre sus miembros, (más fácil de alcanzar que en un órgano más numeroso, cuyos miembros tengan vínculos muy estrechos con los partidos y con otros intereses), aunque no puede descartarse el peligro de que el Ejecutivo o sus allegados saturen dicho comité. Tal procedimiento conduce a una mayor participación ciudadana y permite una discusión más amplia—en especial porque le permite al público reaccionar ante un anteproyecto completo, antes de que la asamblea constituyente comience a analizarlo—y sobre todo si la comisión también redacta un informe explicándolo y justificándolo. Si el comité hace un intento serio por captar el sentir del público, su anteproyecto puede en sí mismo representar una especie de consenso.

## ¿Anteproyecto o constitución primero?

Existen opiniones contrarias en cuanto a si la consulta al público debe preceder o realizarse posteriormente a la redacción del anteproyecto. Esta última posibilidad le da al público la oportunidad de comentar las propuestas concretas; sin embargo, la consulta previa ofrece un espacio más amplio para que el público se exprese al respecto y se mejoren las iniciativas populares. En Irak y Afganistán se optó por someter a consulta anteproyectos completos, lo cual dejó poco espacio para incorporar los puntos de vista de la población. Y en el caso de Irak, a diferencia de Afganistán—cuya asamblea constituyente elaboró el anteproyecto— no hubo oportunidad de tomar en cuenta los comentarios del público antes del referendo. De hecho, es posible realizar una consulta tanto antes como después de que se redacte el anteproyecto, una práctica que se está volviendo común (Uganda y Kenia).

Someter a consulta el anteproyecto de la constitución es más fácil si su redacción se encarga a un comité y su debate y adopción se encargan a una asamblea constituyente. Desde el punto de vista técnico cabría la posibilidad de que la asamblea publique una versión del anteproyecto y levante sus sesiones durante uno o dos meses mientras el público la debate. Sin embargo, la dificultad está en que la asamblea, al invertir un tiempo considerable en su propio anteproyecto, no

tenga una reacción positiva ante las críticas del público, mientras que si este es redactado por un comité esta podría analizar los comentarios del público con mayor objetividad. Pero la consulta del anteproyecto planteará otra dificultad si es preparado por la asamblea, cual es que este se habría redactado luego de las negociaciones y compromisos necesarios, algunas veces después de un arduo y difícil proceso. En este momento el anteproyecto sería un paquete, por lo que no sería sensato ni posible reabrirlo a discusión.

## Normas de procedimiento

Las normas de procedimiento resultan cruciales para el funcionamiento de la asamblea constituyente. Todos los distintos grupos de intereses deben ser incluidos en el proceso y tener influencia en la toma de decisiones. Sin embargo, este ideal rara vez se alcanza, pues aun si se realiza una consulta amplia, es posible que ciertos intereses o comunidades específicas queden marginados de los foros o de las reglas para la toma de decisiones.

En algunos casos estas normas son definidas por un órgano externo (en Kenia su elaboración estuvo a cargo de la comisión de revisión constitucional), pero la regla general es que sean adoptadas por la misma asamblea, como ocurrió en la India y en Uganda. Tiene un mérito considerable el que la asamblea decida por sí sola sus procedimientos, aunque a veces ello puede requerir mucho tiempo de esa instancia, siendo este un factor crítico si el tiempo de que dispone está limitado (como en Timor Oriental). Con el fin de facilitar una participación plena de los delegados, resulta importante que las reglas sean tan simples como las posibilidades lo permitan, con el mínimo de "puntos en el orden". Aun en este caso, sería necesario dedicar algunas sesiones para que los delegados comprendan las normas.

Estas reglas de procedimiento deben analizarse con sumo cuidado y dependen de si la Asamblea es considerada como el órgano ratificador o como el órgano deliberativo (en Uganda, Tailandia y Kenia fue deliberativo, con complejos y prolongados procedimientos, mientras que en Afganistán la *Loya Jirga* Constitucional fue ante todo un órgano de ratificación y se le dio un tiempo muy limitado para concluir su trabajo).



Las normas de procedimiento cubren aspectos como las responsabilidades del plenario de la asamblea y las funciones y estructura de sus comités. Por regla general lo óptimo es dejar el plenario para los debates generales sobre los principios y las decisiones finales sobre la adopción de la constitución, y dejar el análisis de los detalles en menos de los comités (los cuales también deben intentar llegar a un consenso, reduciendo así la carga de trabajo del plenario). Normalmente hay dos tipos de comités: uno aborda los temas relacionados con la constitución ("comités temáticos"). Entre ellos puede haber un comité de redacción si no existía ya una comisión constitucional y un comité de armonización para allanar las diferencias e contradicciones entre las recomendaciones de los distintos comités temáticos. El otro conjunto de comités aborda los aspectos administrativos y por lo general incluye un comité directivo que tiene capacidad consultiva ante la presidencia y responde por el programa y el trabajo cotidiano de la asamblea, además de un comité de enlace con la prensa, un comité de acreditación y un comité encargado de abordar los privilegios y acciones disciplinarias contra los delegados.

Las reglas también determinan el procedimiento para la conducción de las reuniones de la asamblea y sus comités, la introducción de mociones relativas a las enmiendas, la imposición de límites a la duración de los discursos, el quórum —a menos que este último aspecto se aborde en el instrumento legal primario mediante el cual se conformó la asamblea), mociones para el levantamiento de sesiones, así como las facultades del presidente de la asamblea de regular y controlar los procedimientos. Normalmente estas normas abordan el derecho de quienes no sean delegados a observar los procedimientos de la asamblea, y en ocasiones a solicitarlo. Es probable que establezcan las reglas que rijan el método de votación, aunque las mayorías especificadas para la toma de decisiones sobre la constitución normalmente se establecerían en el instrumento jurídico primario (véase más abajo).

## ¿Transparencia o confidencialidad?

El énfasis en la participación pública sugiere que las reuniones de la asamblea constituyente deben llevarse a cabo en un foro abierto y dentro de un marco de transparencia. Visto en su conjunto este es un buen

principio, ya que le permitirá al público comprender el proceso y este estará en capacidad de valorar el desempeño y las posiciones de los constituyentes. Sin embargo, se ha argumentado que la publicidad en torno a las reuniones tiende a hacer que los constituyentes asuman posiciones fuertes que consideran agradarán a sus seguidores y ello puede tender a polarizar las opiniones dentro de la asamblea. Se ha dicho que si la asamblea ha de funcionar mediante deliberaciones (es decir, mediante un intercambio serio de opiniones y un análisis cuidadoso de las opiniones divergentes) entonces se requiere preservar la confidencialidad de los debates. Además, se afirma que puede resultar más fácil alcanzar compromisos si las negociaciones se llevan a cabo a puerta cerrada y que de hecho el nivel de los debates puede ser más alto.<sup>35</sup> La convención de Filadelfia trabajó en la mayor confidencialidad posible. Madison, quien la presidió y de hecho llevó un registro detallado sobre el proceso,

<sup>35</sup> Jon Elster (1995:388) destaca dos consecuencias de la confidencialidad. Por una parte, tenderá a cambiar el centro de gravedad de una discusión imparcial a una negociación basada en intereses. En privado hay menos necesidad de presentar las propuestas como si su objetivo fuera promover el bien común. Por otra parte, la confidencialidad tiende a mejorar la calidad de cualquier discusión que se dé porque permite que los artífices cambien de opinión cuando se ven persuadidos por el punto de vista de un oponente. Por el contrario, si bien el debate público elimina cualquier apariencia de negociación, también estimula la terquedad, la apuesta más allá de las posibilidades reales y el "pavoneo" en formas 35 La convención de Filadelfia, como se le conoce ampliamente, funcionó bajo el principio de la más estricta confidencialidad, hasta el punto de que no se llevaron actas oficiales de las reuniones. Madison, quien de hecho escribió detalladas notas personales, justificó esta medida argumentando que tal confidencialidad era fundamental para la construcción de consensos y para el debate racional, pues sería más fácil persuadir a los delegados de que cambiaran de opinión si el proceso no era público. Jon Elster (1995:388) señala dos consecuencias de la confidencialidad: "Por una parte, tenderá a cambiar el centro de gravedad de una discusión imparcial a una negociación basada en intereses. En privado hay menos necesidad de presentar las propuestas como si su objetivo fuera promover el bien común. Por otra parte, la confidencialidad tiende a mejorar la calidad de cualquier discusión que se dé porque permite que los artífices cambien de opinión cuando se ven persuadidos por el punto de vista de un oponente. Por el contrario, si bien el debate público elimina cualquier apariencia de negociación, también estimula la terquedad, la apuesta más allá de las posibilidades reales y el "pavoneo" en formas que resultan incompatibles con una discusión genuina. Más que fomentar la transformación de preferencias, el escenario público alienta su tergiversación".

justificó la necesidad de confidencialidad argumentando que era esencial para la construcción de consensos y el debate racional, pues facilitaría el que los delegados fuesen persuadidos y que cambiasen de opinión si el proceso no se realizaba en público. En cambio, incluso hasta la fecha, el proceso francés está calificado entre los más abiertos, transparentes y participativos.<sup>36</sup>

Puntos en cierta medida similares aplican para determinar si la votación debe ser secreta o abierta. En la mayoría de las asambleas las regulaciones prevén una votación abierta. ¿Tiene sentido el que algunas decisiones se tomen mediante voto secreto?

## Reglas para la toma de decisiones

Este es un asunto crítico, que involucra definir que órgano u órganos decidirán y cómo lo harán. En los EE.UU. el anteproyecto producido por la convención tuvo que ser aprobado mediante convenciones especiales convocadas por cada estado, pero en Francia la decisión final quedó en manos de la asamblea. En ocasiones se requiere aprobar el anteproyecto mediante un referendo (el caso más reciente es el de Irak) y en otros en el parlamento (Kenia), aunque esto es más bien poco común.

Un enfoque bastante común es el de facultar ya sea al parlamento o a la asamblea constituyente para que modifique o adopte el documento constitucional. A veces esta tarea se distribuye entre ambos órganos, debido a que una parte no confía en el parlamento y la otra no confía en un proceso de base popular. Dividir la autoridad entre ambas instituciones, como se hizo en Kenia, no resulta aconsejable ya que puede generar conflictos entre ambos órganos y amenazar el éxito del proceso.<sup>37</sup> El desacuerdo en torno al órgano encargado de la adopción fue una causa importante de conflicto en Nepal, puesto que los partidos políticos querían que fuera el parlamento y los maoístas

insistían en que fuera la asamblea constituyente; finalmente se lograron avances considerables hacia la adopción de las reformas cuando ambas partes acordaron celebrar una asamblea constituyente en el 2006.

Luego está el aspecto de si cada delegado tiene derecho a votar según su propio juicio y criterio, o si deben votar de acuerdo con las directrices del grupo al que representan. Este punto tiene particular relevancia en los casos en que la representación ante la asamblea se establece a partir de entidades regionales (como en la convención de Filadelfia en el caso estadounidense, donde los representantes de cada estado votaron como delegación). Esto sugeriría que quizás las delegaciones deban ser ampliamente representativas, pero al mismo tiempo ello puede dificultar el llegar a un consenso a partir de un voto común. En el caso estadounidense, un estado cuyos delegados no pudiesen llegar a una decisión quedaba fuera del conteo, con lo cual se ejercía presión adicional para llegar a compromisos.<sup>38</sup> Esta forma de votación es poco común en la actualidad, aunque algunas constituciones prevén el apoyo de mayorías calificadas de distintas categorías de miembros —normalmente a partir de la pertenencia étnica— además de la mayoría general calificada para aprobar las enmiendas constitucionales o legislaciones de importancia (como en Bosnia). La regla iraquí sobre la votación en un referendo constitucional que se analiza en otras partes de este artículo es otra variante sobre este tema.

Durante la asamblea francesa la votación iba a realizarse en un principio en tres salas separadas, una para la nobleza, otra para el clero y otra para los Estados Generales, pero el fervor revolucionario del período obligó a realizar la votación en una sola sala, con la ventaja obvia que

<sup>36</sup> La gente solía llenar el palacio de Versalles, donde la asamblea inició su trabajo, por lo que el Rey se vio obligado a trasladarla a un espacio en París de forma que más gente pudiese presenciar las reuniones y hacer cabildeo ante los miembros.

<sup>37</sup> Como se ha indicado, este fue un defecto significativo que le permitió al parlamento minar el anteproyecto adoptado por la conferencia constitucional. El presidente Moi se oponía vehementemente a una asamblea constituyente, pues desconfiaba de la gente y de un proceso abierto, mientras que la sociedad civil se oponía vehementemente a que fuese el parlamento, que estaba dominado por el Presidente, de quien se desconocía que fuese reformista.

<sup>38</sup> Fafard y Reid afirman: "Como se hizo evidente tanto en Canadá como en los Estados Unidos, sin embargo, cualquier consenso alcanzado en el ambiente enrarecido de la convención rara vez sobrevivía el viaje de regreso a las asambleas estatales o provinciales", p. 21. El rompimiento del consenso es un serio problema si la ratificación queda en manos de los estados. En los Estados Unidos, las reuniones de la convención de Filadelfia fueron considerablemente más plácidas que el proceso de ratificación del anteproyecto por parte de las convenciones estatales, el cual se tornó polémico porque las convenciones podían votar "sí" o "no", pero no podían modificar el anteproyecto.

ello significó para los Estados Generales, que conformaban el grupo más numeroso. Todas las votaciones se llevaron a cabo en público, y tan atemorizados estaban los constituyentes de no agradar a las masas que idearon formas de votación que dificultaran a los que se encontraban en la galería del público determinar cómo habían votado. Algunos delegados requirieron protección especial cuando la gente se enardecía ante sus opiniones o sus votos.

Otro aspecto se refiere a la mayoría necesaria para adoptar la Carta Magna. En ocasiones se requiere una mayoría muy numerosa para obligar a los partidos a llegar a un consenso o un cuasi-consenso. En algunos países, el órgano encargado de adoptarla está en obligación de procurar ese consenso y la regla de la mayoría se aplica solo si este no se logra. En Sudáfrica, Kenia y Uganda, los puntos importantes sobre los cuales no hubiera consenso tenían que ser resueltos por referendo. (en la práctica, todos esos países lo evitaron, ante el temor de la incertidumbre). Establecer como requisito el logro de una amplia mayoría resulta deseable si el país se encuentra profundamente dividido, en especial por regionalismos o cuestiones étnicas. Sin embargo, esta posibilidad eleva el riesgo de que no se adopte el texto constitucional, lo cual significaría que el texto antiguo objeto de la disputa se mantendría en vigor o, en el peor de los casos, podría precipitarse una crisis nacional.

¿Qué tipo de mayoría debe requerirse para adoptar la constitución? A veces se requiere un consenso de las partes y la regla de la mayoría se aplica solo si este no se logra. En algunos países se ha determinado la regla de una mayoría muy alta para obligar a las partes a llegar a un consenso o cuasi-consenso. El requerimiento de una mayoría amplia resulta preferible en países profundamente divididos, en especial a partir de regionalismos o por motivos étnicos, aunque ello aumenta el riesgo de que no se llegue a adoptar ninguna Constitución. En cualquier caso, resulta aconsejable evitar una mayoría simple y con mayor razón una mayoría de todos los presentes y votantes. El tipo de mayoría específica dependerá de la composición de la asamblea desde el punto de vista regional y étnico. Las minorías u otros grupos subrepresentados sin duda acogerán la opción de una mayoría muy amplia, pero esto podría aumentar las probabilidades de llegar a un impasse. En este documento no sería posible emitir una recomendación definitiva sobre este punto, que en

gran medida estará sujeto a negociaciones.

La regla más comúnmente aplicada en cuanto al referendo es la mayoría simple, mientras que el principio de una mayoría calificada se aplica solo a la asamblea. Sin embargo, en Irak se aplicó el sistema contrario: en ese país no se definió una norma específica en la constitución provisional, por lo que se aplicó la regla general de la mayoría simple. No obstante, el sistema de votación para el referendo era más complejo.

Una observación final sobre los sistemas de votación en la asamblea constituyente y el referendo: En Irak, por ejemplo, en el caso de un rechazo del anteproyecto en cualquiera de las dos etapas, la asamblea se hubiera disuelto y el proceso hubiera empezado de nuevo después de convocar a elecciones para los nuevos representantes ante la asamblea. Esto habría sometido a una gran presión a los constituyentes, así como a los líderes de partidos políticos y de grupos religiosos y étnicos para llegar a un acuerdo, es decir, para construir un consenso. En este caso hubiera sido importante que todos actuaran con la mayor propiedad y no recurrieran a ningún tipo de soborno. Además, deben considerarse los métodos formales e informales de construcción de consensos.

## Papel de los expertos y la experiencia acumulada

Si en el pasado los abogados constitucionalistas tendían a dominar el proceso de redacción constitucional, hoy en día en un proceso caracterizado por la participación popular existe una ligera tendencia (y en algunos casos más que ligera) a ignorar e incluso a denigrar el aporte de los expertos en temas jurídicos, políticos, administrativos y económicos. Este aporte incluye el prestar asesoría sobre temas legales y económicos, así como facilitar el diálogo y sugerir formas para solucionar controversias (en ocasiones mediante la fraseología de un documento. Los expertos también pueden llamar la atención de los encargados de la toma de decisiones en cuanto a la experiencia de otros países en el manejo de problemas asociados a las asambleas constituyentes. Asimismo, su ayuda es necesaria para determinar el sistema de educación cívica y el análisis de las recomendaciones y

propuestas del público, así como para la redacción del informe que elaboren el comité constitucional y la asamblea constituyente, pues la experiencia demuestra que al público en general le resulta difícil entender el texto del anteproyecto constitucional a menos que las propuestas se expliquen y justifiquen en un informe.

Si bien la elaboración de una constitución es ante todo un acto político, el texto en sí también es un documento legal, por lo que las decisiones sobre los principios generales, objetivos e instituciones deben ser tomadas por un órgano que tenga el mandato político. La redacción propiamente debe quedar en manos de expertos en la redacción de proyectos de ley, quienes deben decidir la estructura del documento. Aun cuando resulte deseable (como sin duda lo es) que el texto constitucional sea redactado en un lenguaje simple y accesible para el público en general, no es fácil y tampoco recomendable evitar conceptos jurídicos bien establecidos y términos legales. Hemos de reconocer que una constitución es en primer lugar y ante todo un instrumento jurídico, el fundamento de todas las leyes y la fuente de toda autoridad pública. Está constituida por diversos conceptos cuyos significados específicos son bien conocidos por los juristas. Las disposiciones tienen que tener la claridad necesaria para efectos de interpretación por parte de tribunales, teniendo estos que aplicar conceptos bien comprendidos. El fallo de un tribunal sobre disposiciones constitucionales puede tener enormes consecuencias. Un único documento que se redacte sin el debido cuidado o se inserte imprudentemente puede generar gran confusión o incertidumbre. Las contradicciones internas en el texto constitucional, a menudo evidentes únicamente para el ojo experto de un abogado constitucionalista, pueden generar gran confusión e incertidumbre. Si el texto se recarga de principios generales u objetivos que resultan vagos, ello podría redundar en un traslado del poder público al Poder Judicial, debilitando así el proceso político y democrático.

Sin embargo, cabe la posibilidad de asignar un papel a unos cuantos expertos extranjeros, en especial en países que se encuentren en circunstancias similares. Existen dos formas distintas de aprender de la experiencia de otros países. Una de ellas es que miembros de la asamblea viajen a los países en cuestión; la otra es invitar a expertos extranjeros a que visiten el país. La primera resulta menos útil, aunque más atractiva para los constituyentes, ya que si se

recurre a la visita de expertos extranjeros estos estarán expuestos a un público más amplio y desarrollarán un cierto grado de comprensión del contexto y problemáticas locales, lo cual les facilitará establecer la relación entre las experiencias de otros países y la del país en cuestión. No obstante, el que integrantes de la comisión o delegados viajen al extranjero puede traer consigo una ventaja secundaria, a saber la posibilidad de que lleguen a conocerse mejor y quizás hasta desarrollar una mayor confianza mutua —una consideración importante cuando existe mucha tensión.

## Parte VII.

### Después de la asamblea constituyente

#### Papel del referendo

El referendo tiene un gran valor simbólico y, si tiene éxito, le da mayor legitimidad a la Constitución<sup>39</sup>. Es una expresión de la soberanía última del pueblo y además puede servir para controlar los desvíos de la asamblea constituyente, en particular la de los partidos políticos. No obstante, como método de participación popular es menos efectivo que los que se describen arriba. Cuando es el único método de participación popular llega demasiado tarde, pues las decisiones más importantes ya se han tomado en círculos reducidos y el verdadero debate público tiene lugar después de tales decisiones. Así, este se centra en los méritos y deméritos del anteproyecto y no en alternativas, de forma que el rechazo o aprobación total quedan como únicas opciones, como ocurrió con el anteproyecto de la Constitución de la Unión Europea. Aunque desde luego, el saber que ese anteproyecto será ratificado mediante un referendo puede influir para que los negociadores busquen posturas en común o moderadas.

No se puede subestimar la dificultad de llegar a un acuerdo en un estado multiétnico. Cabe la posibilidad de que un consenso sobre el texto constitucional logrado paciente y meticulosamente se vea trastornado en un referendo. Dependiendo de la mayoría que se requiera, le da a la comunidad más

amplia los medios para imponer su voluntad. El problema puede solucionarse si la mayoría es más numerosa en general o si tiene que manifestarse en un número determinado de regiones, aunque esto deja el poder de veto en una minoría y puede generar profundos resentimientos en el grupo mayoritario.

En general el referendo se considera como una forma de ratificar la constitución después de un proceso prolongado, aunque a veces puede ser la base sobre la que se inicia el proceso. Así por ejemplo, en Timor Oriental el proceso de elaboración de la constitución se inició con el rechazo mediante un referendo de la ley que le otorgaba la autonomía, que había sido negociada entre las Naciones Unidas, Portugal e Indonesia, con lo cual optó por la independencia. En el caso de la antigua Yugoslavia, Eslovenia y Croacia convocaron a referendos para decidir su separación de ese país.<sup>40</sup> Este tipo de consulta puede utilizarse también para decidir sobre un aspecto crítico antes de iniciar la elaboración del texto constitucional. En el caso de Nepal algunos han propuesto que incluso antes de que la asamblea constituyente se reúna debería llevarse a cabo un referendo sobre el futuro de la monarquía.<sup>41</sup> Es posible que determinar tales

<sup>39</sup> Irónicamente, fue por esa razón que los políticos alemanes se negaron a convocar a un referendo sobre el anteproyecto aprobado por el consejo parlamentario (el cual se negó a convocar a una asamblea constituyente). Prefirieron darle a la constitución un carácter temporal, tanto porque había sido negociada con el auspicio de las fuerzas de ocupación, como porque excluía lo que se convirtió en Alemania Oriental. Véase Merkel, op. cit.

<sup>40</sup> En su famosa decisión sobre el derecho de Québec a la secesión unilateral, la Corte Suprema de Canadá "modificó" la constitución para establecer que si la secesión recibía un claro apoyo en un referendo, el gobierno federal tendría que negociar con las autoridades provinciales los términos de la secesión, desencadenando así la formación de la constitución para un Québec independiente.

<sup>41</sup> La situación es parecida en Cachemira, cuya asamblea constituyente debía empezar su labor cuando algunos

aspectos de antemano plantee ventajas, aunque también puede generar controversia y polarización al propio inicio del proceso, restando relevancia a los intentos por llegar a un arreglo negociado sobre el tema.

Si ha de haber un referendo, entonces las reglas para su celebración, y en particular el sistema de votación, se convierten en parte del proceso de toma de decisiones. Ni en Japón, ni en los EE.UU., India ni Alemania se realizaron referendos, aunque en los Estados Unidos la ratificación quedó en manos de las convenciones estatales convocadas especialmente con ese fin, en tanto en Alemania fueron las asambleas estatales.<sup>42</sup> La convocatoria a referendo es bastante común (es una práctica normal en Suiza, Australia y en Francia —aunque no en el siglo XVIII— y fue adoptada en España, Portugal e Irak). En Sudáfrica, Uganda y Kenia se habría celebrado un referendo solo si no se lograba el apoyo de dos tercios de los constituyentes sobre un tema importante. Esto le da a los delegados un incentivo para alcanzar un consenso, a menos que tal mayoría considere que tendrá mayores probabilidades de obtener lo que busca en un referendo en lugar de en la asamblea constituyente. Hasta cierto punto esta fue la situación en Sudáfrica, donde las elecciones a esa instancia habían demostrado que el CNA contaba con una inmensa mayoría. El resultado fue que los partidos minoritarios estuvieron en mayor disposición de llegar a arreglos en la asamblea, en donde tenían mayores probabilidades de negociar y obtener mejores resultados, que en el marco de la polaridad entre el

---

sugirieron que la cuestión sobre el futuro de la monarquía debía decidirse convocando primero a un referendo. En este caso, sus proponentes apoyaban este sistema de gobierno y consideraban que con un referendo se lograría avalarlo, y por lo tanto rechazaban la posibilidad de abolirla que favorecía el Premier Sheik Abdullah. El gobierno de la India se opuso a la propuesta, por razones asociadas al complejo problema de Cachemira dentro de la escena internacional. Véase el interesante debate sobre el tema en Karan Singh, *Autobiography* (Oxford University Press, Nueva Delhi, 2006, pp. 137-138). Karan Singh era Regente (y heredero forzoso) y la asamblea constituyente podía convocarse solamente con su aprobación. Sin embargo, él cedió ante las súplicas de Nehru y uno de los primeros actos de la asamblea constituyente fue la abolición del régimen.

<sup>42</sup> Madison argumentó que si la ratificación quedaba en manos de las asambleas estatales estas rechazarían el texto constitucional, ya que el anteproyecto trasladaba algunos de sus poderes al gobierno central. Por lo tanto, él sugirió que cada estado celebrara una convención extraordinaria con ese fin. Sin embargo, no se propuso convocar a referendo, quizás porque no confiaban en la población.

"sí" y el "no" del referendo.

En Irak se requirió alcanzar una mayoría en el referendo, pero el anteproyecto podía ser vetado por tres o más provincias —del total de 18— si cada una de ellas lo rechazaba mediante el voto negativo de dos terceras partes. La regla se incorporó para beneficio de los kurdos, pero no cabe duda de que la distribución demográfica habría permitido que los chiítas lo vetaran, y quizás también los sunitas. No había certeza en cuanto a si los constituyentes prestarían mayor atención a la necesidad de llegar a un consenso con el fin de superar el desafío del referendo, salvo hacia el final. Otros grupos solicitaron el apoyo de los sunitas en el referendo, con la promesa de que se revisaría la constitución y aun en ese momento los sunitas casi logran impedir la aprobación del anteproyecto, el cual fue aceptado por una minoría en las tres provincias dominadas por los sunitas y fue rechazado por dos terceras partes en una de ellas.

## Mecanismos de implementación

La implementación del documento constitucional se dificulta cuando esta es el producto de largas negociaciones en las que se logra un cuidadoso balance entre los distintos intereses, o cuando se busca lograr cambios fundamentales en la organización del Estado o de la sociedad, o si es acordada estando sujeta a presiones externas. Muchas disposiciones constitucionales inevitablemente quedan redactadas en la forma de principios generales, que requieren legislación e instituciones que les den vigencia.

Si la constitución es elaborada por una asamblea constituyente y se deja en manos del parlamento y del Ejecutivo la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para implementarla, existirá el peligro de que solamente se pongan en vigor las disposiciones que hallen el favor de alguno de esos dos poderes. Si la asamblea constituyente se transforma en el parlamento y sus miembros quedan por lo tanto comprometidos a aplicar los principios que ellos mismos han adoptado en otra condición, no habrá garantía de que el nuevo gobierno muestre un compromiso similar.

Por lo tanto, es importante prestar especial atención al mecanismo de implementación y

aplicación de la Carta Magna. Una posibilidad es conformar una comisión independiente durante un período razonable según sea necesario para garantizar la implementación, ya sea redactando o encargando la redacción de legislación sobre los principios y disposiciones que requieran legislación y requerir al Ejecutivo que tome las medidas administrativas necesarias para cumplir con su mandato constitucional. En el anteproyecto de la constitución keniana se propuso conformar una comisión de este tipo y, de igual forma, la constitución afgana prevé su establecimiento.

Entre las disposiciones secundarias importantes se encuentra la de anexar a la constitución un programa que incluya una lista de las medidas legislativas y de otra índole necesarias para la implementación, con plazos para su cumplimiento. Además, con el fin de evitar el riesgo de caer en la inacción, se puede incluir una disposición constitucional en el sentido de que las autoridades del Ejecutivo deben, en la medida de lo posible, llevar a la práctica los principios, incluso si no se ha aprobado legislación al respecto y que los tribunales deben estar en posibilidad de emitir órdenes dentro de ese mismo marco. Cabe también la posibilidad de facultar a la sociedad civil para que participe en la implementación e invocación del texto constitucional, por ejemplo asignándole un papel al llevar casos a los tribunales para obligar a su implementación. Como último ejemplo, cabe la posibilidad de establecer como una especie de condición la implementación de determinados principios, a fin de que el Ejecutivo o el parlamento asuman determinadas facultades.

Pero este es "el lado de la oferta". La implementación e invocación del documento constitucional también dependen de la demanda, es decir, de la iniciativa popular, ya sea individualmente o mediante grupos organizados, con el fin de aprovechar las oportunidades que presente la nueva constitución e insistir en el cumplimiento de sus derechos y de sus propias funciones. El que esto se haga realidad depende del grado de comprensión de la ciudadanía sobre las disposiciones y mecanismos constitucionales.

Todas estas disposiciones colocan también una gran carga en los tribunales, que en algunas tradiciones estarán en mejor posibilidad de ejecutarlas que en otras. También puede depender de si hay una corte encargada especialmente de la aplicación de la constitución, ya sea que se denomine o no como corte

constitucional.

¿Tendrá la asamblea constituyente alguna función en esta etapa posterior? Es muy probable que constituyentes individuales la tengan, ya sea desde cargos oficiales o desde la sociedad civil. En este sentido, resulta interesante anotar que ningún miembro de la asamblea francesa de 1789 tuvo permitido desempeñarse en cargos públicos durante los siguientes 10 años, lo cual resultó hasta cierto punto desastroso ya que implicó una prohibición para algunos de quienes estaban mejor calificados.

## Conclusión

Resulta claro a partir de este análisis que existen numerosas alternativas en cuanto al diseño del proceso de elaboración constitucional y que las decisiones que se tomen tendrán impactos fundamentales en el proceso y en sus resultados. En el presente documento se ha intentado sugerir algunos de los factores críticos para la toma de decisiones.

Existe, sin embargo, un factor que no se ha analizado y que podría considerarse el más importante de todos, y es la voluntad y la habilidad de los líderes políticos y sociales para ofrecer orientación y aliento y para apoyar al proceso. La necesidad de liderazgo es mayor cuanto más participativo sea el proceso. Un proceso participativo llevará al primer plano muchos intereses, que a menudo competirán entre sí. Habrá muchos grupos o personas interesadas en arruinar el proceso e impedir el cambio, pues percibirán que sus perspectivas actuales o futuras se verán más favorecidas si se mantiene el actual orden constitucional. Las reglas en cuanto a la toma de decisiones serán complejas. Los procesos de elaboración tendrán mayores probabilidades de producir una constitución si existe un grupo político preponderante o persona en control de los mismos: la élite de los colonos en los Estados Unidos, la clase media en ascenso en Francia, el Partido del Congreso en la India, los militares en diversas constituciones "democratizadoras" en Nigeria,<sup>43</sup> el Fretilin en Timor

Oriental, el Congreso Nacional Africano en Sudáfrica, Sihanouk y el Partido monárquico en Camboya, Museveni y su llamado movimiento "no partidos" en Uganda, así como el Frente Democrático Revolucionario del Pueblo Etiope en ese país africano.<sup>44</sup>

No obstante, este tipo de dominio podría no reflejar la voluntad general y la constitución podría continuar siendo objeto de disputa. Por lo tanto, cuando un país se encuentra en medio de una profunda crisis e incierto en torno a su identidad, además de estar carente de integración nacional, con segmentos de su población sufriendo de una aguda discriminación o marginación, o en donde hay valores y visiones en disputa, resulta esencial estimular y hacer un manejo adecuado de la participación. La necesidad de deliberar y de escuchar al otro, así como la voluntad de hacer concesiones, tendrán una importancia capital. En estas circunstancias, el progreso efectivo dependerá de la presencia y participación de mujeres y hombres visionarios, valientes e imaginativos —personas afines a líderes como Madison, Nehru, Adenauer y Mandela. Este será particularmente el caso cuando exista un frágil equilibrio entre los distintos grupos sociales y políticos y la construcción de consensos se torne en el arte de gobernar.

Una última consideración sobre el impacto de la

<sup>43</sup> Rafiu A. Akindale, 'The Constituent Assembly and the 1989 Constitution' en Diamond, Kirk-Green y Oyediran (eds) *Transition without End: Nigerian Politics and Civil Society Under Babangida* (Lynne Rienner, 1997).

<sup>44</sup> Para un excelente análisis sobre este tema en varios países africanos, véase Goran Hyden y Denis Venter (eds), *Constitution Making and Democratisation in Africa* (Pretoria: Africa Institute of South Africa, 2001).



asamblea constituyente --y el del proceso de formulación constitucional. Debido a que la tarea primordial de esta instancia es adoptar una constitución, su éxito se juzga dependiendo de si se produzca o no ese documento y se ponga en vigencia. En este documento se ha sugerido que hay otras formas de evaluar los resultados del proceso en general y de la asamblea constituyente en particular. En algunas situaciones de conflicto, el mismo hecho de que se demande una asamblea constituyente se torna central en la vida política. El gran triunfo de la clase burguesa en la Francia del siglo XVIII fue que los Estados Generales, convocados con el propósito de garantizarle al gobierno el acceso a más fondos, se convirtieron en una asamblea constituyente que en parte presenció, en parte vigiló y en parte estimuló los acontecimientos políticos y sociales más trascendentales en la historia de ese país. Para muchos delegados el proceso mismo fue profundamente conmovedor y formativo, al convertir a muchos en críticos del régimen, desafiar sus filiaciones y simpatías de clase social y desarrollar agendas de reforma racial. Y aunque el texto de la constitución tuvo una corta vida, el impacto de los cambios sociales de los cuales fue el prelude y el fondo del texto tuvieron un impacto duradero.<sup>45</sup> Así, dependiendo de las circunstancias de cada país, la

labor de la asamblea constituyente puede tener un efecto transformador en la estructura política y social, así como en el campo ideológico. Puede darle voz y empoderar a los sectores en desventaja. Puede tener un impacto significativo en la cultura política. Puede ayudar a redefinir los valores e identidad nacional. Por estas razones se trata de un acontecimiento bien recibido por algunos y temido por otros. Lo que en este documento se ha intentado demostrar es la diversidad de experiencias nacionales, la gama de alternativas a disposición de los encargados de la reforma, y las muchas formas de definir el mandato de una asamblea constituyente y la estructuración de su composición y procedimientos. De estos aspectos dependerán considerablemente sus consecuencias.

<sup>45</sup> Algo similar puede decirse de la asamblea constituyente celebrada en la India, la cual fue acordada y establecida para definir la independencia de ese país, si bien existía un acuerdo previo en cuanto a cómo se manejaría la diversidad del país. Ello involucraba una serie de autonomías, aunque principalmente la separación de las provincias predominantemente musulmanas de las predominantemente hindúes, para formar dos constelaciones primordiales ligeramente cohesionadas a través de una especie de confederación, así como la definición de un estatus especial para los estados "principescos". Con ello también vinieron otros principios de representación comunal y reconocimiento de identidades corporativas (étnicas). El contexto cambió cuando se otorgó la independencia a las provincias de dominio musulmán en la forma del Estado de Pakistán. Esto abrió la posibilidad de una visión largamente apadrinada por el partido dominante de la India, o sea el Partido del Congreso, de una democracia secular y moderna, basada en la igualdad de la ciudadanía. Esta se vio influenciada por los acontecimientos, y los acontecimientos a la vez influyeron en ella, en particular al concretar un nuevo consenso en torno al estado indio y poner ese consenso en letra menuda, en la forma de disposiciones en torno a la ciudadanía, el secularismo, la democracia, el federalismo y la integración, así como los derechos humanos y la justicia social, en una visión que ha sido tan impugnada como reafirmada. Su cristalización en la Carta Magna, y la creciente ideología en torno a la asamblea constituyente como los "padres fundadores", le ha conferido una capacidad de resistencia que le ha permitido sobrevivir a muchos ataques.