



Guía práctica para

la elaboración constitucional



Guía práctica para

la elaboración constitucional

Markus Böckenförde

Nora Hedling

Winluck Wahiu

Guía práctica para la elaboración constitucional

© 2022 Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional)

Esta publicación es independiente de intereses específicos nacionales o políticos. Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente las opiniones de IDEA Internacional, de su Junta Directiva, de los Miembros de su Consejo o de sus donantes.

Esta publicación es una traducción directa de la versión original en inglés titulada *A Practical Guide to Constitution Building* (2011). No se han actualizado las referencias y los enlaces URL desde la producción de la versión original en 2011.

En este documento se usa en ocasiones el masculino genérico para referir tanto a hombres como a mujeres con el único propósito de no sobrecargar el texto con duplicaciones sistemáticas de términos existentes en ambos géneros.

Las solicitudes para autorizar la reproducción total o parcial de esta publicación deben hacerse a:
Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional)

Strömsborg

SE-103 34 Estocolmo

Suecia

Tel: +46-8-698 37 00

Fax: +46-8-20 24 22

Correo electrónico: info@idea.int

Página web: www.idea.int

Traducción: Fluent Translation

Diseño y formato: KPR, Buenos Aires, con base en un diseño de Turbo Design, Ramallah

Diseño de portada: KPR, Buenos Aires, con base en un diseño de Turbo Design, Ramallah

Ilustración: Sharif Sarhan

ISBN: 978-91-7671-537-6 (PDF)

DOI: <<https://doi.org/10.31752/idea.2022.20>>

Esta publicación, en su versión en inglés, es parte del Programa de Elaboración Constitucional implementado por IDEA Internacional con fondos aportados por el Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega.

Las constituciones más antiguas del mundo tomaron forma en el siglo XVII y se han descrito como pactos revolucionarios dado que marcaron el inicio de sistemas políticos completamente nuevos. Desde entonces, y hasta ahora, el mundo ha visto distintos tipos de constituciones. Después del fin de la Guerra Fría en 1989 muchas se han considerado reformatorias, ya que su objetivo era mejorar el funcionamiento de las instituciones democráticas.

Una de las funciones centrales de cualquier constitución es servir de marco normativo para las instituciones de gobierno, así como determinar quiénes ejercen el poder y la autoridad del Estado, cómo lo ejercen y con qué propósito. Pero las constituciones no caen del cielo ni crecen en los árboles. Al contrario, son elaboraciones humanas determinadas por las convenciones imperantes, el contexto histórico, distintas preferencias y la lucha política.

En el sistema democrático la ciudadanía reclama el derecho de ser la portadora original del poder. En este sentido, la constitución encarna un contrato social que limita el ejercicio del poder por parte del gobierno en beneficio de la ciudadanía a cambio de su lealtad y apoyo. El término “constitucionalismo” resume esta idea de un poder limitado.

Pero la importancia central de las constituciones hoy en día va más allá de estas funciones básicas. Las constituciones entran en la agenda pública cuando es tiempo de mejorar el sistema político. Así, lo normal es procurar una constitución que facilite la resolución de problemas modernos del Estado y la gobernabilidad. Hoy estos problemas —desde la corrupción hasta graves crisis financieras, desde la degradación ambiental hasta la migración masiva— son multifacéticos y cada vez más globales. Es comprensible que las personas exijan participar a la hora de decidir sobre los términos de la constitución e insistan en la legitimación de las constituciones mediante procesos inclusivos y democráticos. El término *nuevo constitucionalismo* ha entrado al vocabulario de la política como testimonio de la creciente importancia de las constituciones. El desafío es permitir que las voces de la mayor parte de la sociedad se escuchen en el proceso de elaboración constitucional, incluyendo a mujeres, jóvenes, grupos vulnerables y marginados.

Aun así, las constituciones se ven afectadas por conflictos. Las más antiguas fueron el legado del conflicto con el colonialismo y las más recientes han intentado poner fin a la violenta rivalidad interna entre grupos con nociones opuestas sobre el Estado y a quién pertenece. Sin duda estas nuevas constituciones cargan con la expectativa de ser precursoras de una nueva era de paz y democracia, que dejará atrás el autoritarismo, el despotismo o la agitación política.

Las constituciones actualmente surgen en un contexto donde las normas y los principios de la buena gobernabilidad son bien conocidos en todos los continentes. Este proceso habría tomado más tiempo si no se hubiera contado con la labor de organizaciones internacionales, en particular de las Naciones Unidas y otras como el Instituto

Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional). Cabe señalar que la disminución de los conflictos violentos entre Estados también ha catalizado el diálogo internacional sobre los valores compartidos, tales como los derechos humanos, el Estado de derecho, la libertad, el constitucionalismo, la justicia, la transparencia y la responsabilidad, todos ellos ingredientes importantes de cualquier sistema constitucional.

Los valores compartidos permiten que organizaciones como la Unión Africana y la Organización de los Estados Americanos sean actores interesados en el gobierno constitucional de sus Estados miembros, de modo que pueden intervenir legítimamente cuando no se resguardan las constituciones, por ejemplo, en la retención y el traspaso del poder tras una elección libre.

Animo a los responsables de la elaboración constitucional a aprovechar las enseñanzas y opciones ofrecidas por otros países y por las agencias internacionales. No es necesario reinventar la rueda para tratar temas como la incorporación de los derechos humanos en las constituciones, la garantía de la independencia del poder judicial, la subordinación de las fuerzas de seguridad al control civil democrático, y la garantía para toda la ciudadanía del ejercicio de un voto libre, justo y creíble. El error está en creer que esta generalidad superficial justifica plantear un prototipo para la construcción de constituciones.

La idea de que haya normas y valores compartidos no debe soslayar el hecho de que los responsables de la elaboración constitucional aprenden en la práctica. En toda instancia de elaboración constitucional surgen aspectos difíciles de resolver; por ejemplo, qué hacer con las personas que ostentan el poder y rehúsan dejarlo y utilizan todos los medios necesarios para seguir gobernando. La concentración de poder —como hiciera notar Mijaíl Gorbachov hace poco tiempo al observar la situación actual y después de lo experimentado durante la década de 1990— ciertamente es la verdadera amenaza a la democracia en todas partes.

El mundo está cambiando a un ritmo acelerado. Quien elabora constituciones hoy tiene una ventaja respecto de sus antecesores. Las constituciones nacionales se han convertido en un recurso mundial para comprender valores globales compartidos y, con solo apretar un botón, la tecnología informática permite acceder de inmediato a un abanico de opciones de diseño constitucional.

Esta nueva Guía de IDEA Internacional ofrece a los actores involucrados en el proceso de elaboración constitucional una invitación a buscar formas más sistemáticas de revisar las constituciones. También enfatiza el hecho de que no hay sistemas constitucionales inherentemente estables o superiores, o un planteamiento, un modelo o una fórmula única. La Guía destaca que cada país debe encontrar su propia manera de redactar su constitución. Asimismo, el diseño de una constitución no es un ejercicio puramente académico en que los actores buscan la mejor solución técnica para su

país. Los redactores y negociadores constitucionales son actores políticos que aspiran a trasladar su agenda política al texto de la constitución. Así, aunque los documentos constitucionales resultantes rara vez son la mejor opción técnica disponible, son el mejor acuerdo constitucional que se puede alcanzar.

El objetivo de la Guía es potenciar los debates mientras se busca un modelo que refleje las necesidades de un país, en particular como resultado de un compromiso político. Dirigida a los responsables de la elaboración constitucional de todo el mundo, la Guía será de mayor provecho si es utilizada en las etapas tempranas del proceso. Esta herramienta provee información capaz de enriquecer las discusiones iniciales sobre las opciones de diseño constitucional y es de gran utilidad para comenzar a entender la complejidad de la elaboración constitucional.

Puede que el mundo sea testigo de una ola de elaboración de constituciones democráticas como resultado de las dinámicas actuales del mundo árabe. Por lo tanto, esta Guía se publica en el momento oportuno.

Cassam Uteem
Ex-Presidente de Mauricio

En décadas recientes, países de todos los continentes han reformulado sus arreglos constitucionales. Así ha ocurrido en los últimos cinco años en Bolivia, Ecuador, Egipto, Islandia, Kenia, Myanmar, Nepal, Sri Lanka, Sudán, Tailandia y Túnez. Asimismo, la elaboración constitucional podría postularse como uno de los mecanismos fundamentales para la creación de democracias estables en el mundo árabe tras los levantamientos populares ocurridos en 2011.

La elaboración constitucional suele ser parte de transiciones políticas más amplias. Estas pueden relacionarse con la construcción de la paz o del Estado, y también con la necesidad de reconciliación, inclusión y asignación equitativa de los recursos en un período poscrisis. Muchas constituciones no solo delinear la mecánica del gobierno, sino que también buscan responder a estos desafíos mayores de una manera que se considere legítima y sea ampliamente aceptada. A medida que crecen las expectativas relativas a las constituciones, estas tienden a volverse más complejas y extensas y, por ende, la dificultad de su diseño e implementación también aumenta. En consecuencia, las personas involucradas en dar forma a una constitución requieren acceder a un conocimiento amplio, multidisciplinario y práctico sobre el proceso de elaboración constitucional y sobre las opciones disponibles.

El intercambio de información comparada respecto de la elaboración constitucional es una de las áreas de trabajo clave de IDEA Internacional. Esta publicación reúne esta experiencia por primera vez en una *Guía práctica para la elaboración constitucional*, compilada cuidadosamente por autores expertos.

Esta publicación aspira a llenar las lagunas de conocimiento a las que se enfrentan los políticos, los diseñadores de políticas públicas y los tecnócratas involucrados en la elaboración constitucional contemporánea. Su objetivo principal es proporcionar una herramienta de primera categoría basada en las enseñanzas de las últimas prácticas y tendencias de la elaboración constitucional. Está dividida en capítulos que pueden leerse individualmente, y la consistencia del marco analítico de cada capítulo permite conocer más profundamente una serie de temas y fuerzas en juego en el proceso de desarrollo constitucional.

La *Guía práctica para la elaboración constitucional* refleja la relevancia fundamental de la elaboración constitucional a la hora de crear una democracia sostenible. La elaboración constitucional es un proceso histórico y a largo plazo que no se limita a la época en que se redacta la constitución. Si bien nos enfocamos en las constituciones en sí mismas como documentos clave, esta publicación resalta la importancia de entender los sistemas constitucionales como un todo, incluyendo los principios transversales (capítulo 2) y la necesidad de construir una cultura de derechos humanos (capítulo 3), así como también las disposiciones para el diseño institucional (capítulos 4 al 6) y las formas de gobierno descentralizadas (capítulo 7). No ofrece un prototipo o modelo de constitución, sino

que extrae lecciones de la práctica y del conocimiento reciente. Una de esas lecciones es que las constituciones pueden decir algo por escrito, pero en la práctica funcionar de forma distinta.

Me gustaría agradecer sinceramente a los autores, a los profesionales que contribuyeron con su conocimiento derivado de su experiencia y al Gobierno de Noruega por su apoyo. Esta *Guía práctica para la elaboración constitucional* no sería una realidad sin ellos.

Vidar Helgesen
Secretario General de IDEA Internacional

Agradecimientos

Esta Guía no habría sido posible sin el aporte y las contribuciones de muchas personas y organizaciones.

Reconocemos con gratitud las contribuciones de los autores y otros colaboradores: Markus Böckenförde, Hassen Ebrahim, Nora Hedling, Sakuntala Kadirgamar-Rajasingham, Paulos Tesfagiorgis y Winluck Wahiu. Extendemos nuestro agradecimiento a Bipin Adhikari, Steffan Gomez-Campos, Solanda Goyes, Shireen Hassim, Torquato Jardim y Wilfrido Villacorta por sus importantes aportes.

Agradecemos a nuestros pares revisores, Tek Prasad Dhungana, Carlos Alberto Goitia, Noria Mashumba, Christina Murray, Jenny Tuhaika y Jayampathy Wickramaratne, por su trabajo exhaustivo y su orientación experta. Agradecemos especialmente a Katia Papagianni por su profundo compromiso con la revisión de numerosos borradores. También expresamos nuestro agradecimiento a las personas que ofrecieron ideas y visiones novedosas para el texto en desarrollo, como Raúl Ávila Ortiz, Andrew Bradley, Andrew Ellis, Cheryl Saunders, Leena Rikkilä Tamang, entre otros, junto al equipo de IDEA Internacional, muy numeroso como para mencionar a cada miembro individualmente.

Agradecemos a nuestro aliado Interpeace por su rol en la concepción y el desarrollo de este proyecto. Extendemos nuestro agradecimiento a los colaboradores de Interpeace Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai y Anthony Regan.

Asimismo, agradecemos el apoyo de investigación de Emily Benz, Müge Fazlioglu, Eve Grina, Snow Li, Jan Ortgies, Abrak Saati, Ann-Katrin Siekemeier, Katja Stockburger, Ana María Vargas y Felipe Winsberg.

Estamos agradecidos por la experiencia editorial de Pilar de Aguirre, así como por los aportes del muy capaz equipo de publicaciones de IDEA Internacional, especialmente de Lisa Hagman y Susan Heads. La dedicación del equipo del Programa de Elaboración Constitucional ha sido invaluable; agradecemos a Melanie Allen, Jenny Fandialan Isberg, Rosinah Ismail-Clarke y Tayuh Ngenge por todos sus aportes y su incansable contribución a este proyecto. Agradecemos también a Mariana Enghel por la revisión de estilo y la corrección final del texto. Asimismo, agradecemos a Rafael Macía Briedis y a Kimana Zulueta-Fülscher por su contribución a mejorar la versión en español de este manual.

Finalmente, agradecemos al Gobierno de Noruega por su apoyo, sin el cual esta publicación no habría sido posible.

Siglas y abreviaturas

ARYM	Antigua República Yugoslava de Macedonia
CCP	Comparative Constitutions Project
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EPLF	Frente de Liberación del Pueblo Eritreo
ICCPR	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
ICESCR	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
ICL	Proyecto de Derecho Constitucional Internacional
IDEA Internacional	Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral
ONG	Organización no gubernamental
MPR	Majelis Permusyawaratan Rakyat
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
USIP	Instituto de los Estados Unidos para la Paz

Índice

Prólogo	V
Prefacio	VIII
Agradecimientos	X
Siglas y abreviaturas	XI
CAPÍTULO 1. Introducción	1
1. Descripción general	1
1.1. Objetivo de este capítulo.....	1
1.2. Observaciones generales.....	2
1.3. Supuestos clave	3
1.4. Descripción general de la práctica de elaboración constitucional.....	3
2. Desafíos generales que enfrentan los responsables de la elaboración constitucional	5
2.1. Desafíos que impone un conflicto violento.....	5
2.2. La exigencia de democracia	8
3. Desafíos del diseño de procesos constitucionales	11
3.1. Alcance del cambio.....	11
3.2. Acuerdos interinos	14
3.3. Justicia transicional.....	15
3.4. Inclusión y representación.....	16
3.5. Participación popular	17
3.6. El papel de los actores externos.....	19
4. Cuestiones relacionadas con las opciones sustantivas	21
4.1. Diseño institucional.....	22
4.2. Sistema de gobierno	29
4.3. El papel de los derechos humanos	30
4.4. Reconocimiento de la diversidad	30
4.5. Estado de derecho.....	32
5. Cómo usar esta Guía	34
5.1. Objetivos de esta Guía	34
5.2. Enfoque de esta Guía	34
5.3. Resumen de los capítulos	35
6. Conclusiones.....	39
Notas.....	40
Términos clave	41
Recursos adicionales	41
Bibliografía	43

CAPÍTULO 2. Principios y temas transversales	49
1. Descripción general	49
2. Funciones de los principios constitucionales.....	51
2.1. Encarnar valores.....	51
2.2. Generar acuerdos.....	51
2.3. Informar el sentido de la constitución	54
3. Consagración y aplicación de principios constitucionales	55
3.1. Disposiciones fundacionales.....	56
3.2. Preámbulos	56
3.3. Principios rectores	57
3.4. Principios derivados.....	58
4. Temas específicos.....	60
4.1. Gobernanza democrática	60
4.2. Principios relacionados con el Estado de derecho	62
4.3. Principios relacionados con la diversidad.....	63
4.4. Principios relacionados con el género	66
4.5. Relación de la constitución con la religión	71
4.6. Principios relacionados con el derecho internacional.....	74
5. Conclusiones	77
Notas.....	79
Términos clave	83
Recursos adicionales.....	83
Anexo. Disposiciones constitucionales y estatutarias mencionadas en este capítulo	86

CAPÍTULO 3. Construir una cultura de derechos humanos	105
1. Descripción general	105
2. Definir una cultura de derechos humanos.....	106
3. Procesos de elaboración constitucional y opciones relativas a los derechos humanos.....	108
3.1. Tipo de proceso	108
3.2. Tipo de constitución	109
4. Cultura de derechos humanos en la elaboración constitucional afectada por un conflicto	111
4.1. Abordar violaciones graves del pasado	111
4.2. Sistema general de distribución de poder	112
4.3. Visiones “jurídicas” o “políticas” de la constitución	113
4.4. Normas legales internas versus derecho internacional de los derechos humanos.....	114
5. Democracia y derechos humanos	115
6. Opciones relativas a los derechos humanos en la constitución	116
6.1. Distinción entre los derechos de la ciudadanía y los derechos humanos	118
6.2. Distinción entre derechos básicos o fundamentales y otros derechos legales.....	121

7. Aplicación y cumplimiento.....	122
7.1. Asistencia para la interpretación	123
7.2. Procedimientos para aplicar disposiciones sobre derechos humanos	123
7.3. Procedimientos de reclamación en la constitución	124
7.4. Garantías institucionales	124
8. Tensiones relacionadas con derechos específicos	125
8.1. Derechos de las minorías.....	125
8.2. Derechos de las mujeres	137
8.3. Derechos económicos, sociales y culturales	141
9. Conclusiones.....	151
Notas.....	154
Términos clave	154
Recursos adicionales	155
Bibliografía	157

CAPÍTULO 4. Diseño del poder ejecutivo.....161

1. Introducción	161
2. Impacto de los sistemas de gobierno.....	162
2.1. Sistema presidencial	162
2.2. Sistema parlamentario.....	163
2.3. Sistema mixto (generalmente llamado sistema semipresidencial)	164
2.4. Potenciales fortalezas y desafíos de los distintos sistemas de gobierno.....	165
2.5. Relevancia limitada de los indicadores de fortalezas y desafíos de los distintos sistemas de gobierno	167
3. Objetivo y descripción general.....	169
4. El contexto es importante.....	172
5. Opciones de diseño	174
5.1. Diseño de un poder ejecutivo centralizado en un contexto democrático	174
5.2. Opciones para la desconcentración institucional dentro del ejecutivo.....	176
5.3. Controles institucionales del poder ejecutivo.....	182
5.4. Diseño de los poderes sustantivos del ejecutivo	187
6. Conclusiones.....	192
Notas.....	194
Términos clave	196
Recursos adicionales	196

CAPÍTULO 5. Diseño del poder legislativo.....	201
1. Introducción y descripción general.....	201
2. Importancia del contexto.....	204
3. Opciones de diseño institucional.....	206
3.1. Formas de representación dentro del poder legislativo.....	206
3.2. Supervisión legislativa.....	221
3.3. Controles frente al poder legislativo/autonomía legislativa.....	222
4. Potestades sustantivas del poder legislativo.....	226
4.1. Potestades para la elaboración de leyes.....	226
4.2. Poderes de reforma de la constitución.....	229
4.3. Otros facultades del poder legislativo.....	229
5. Conclusiones.....	231
Notas.....	234
Términos clave.....	235
Recursos adicionales.....	235
CAPÍTULO 6. Diseño del poder judicial.....	241
1. Descripción general.....	241
2. Facultades del poder judicial.....	244
2.1. Control de constitucionalidad.....	245
2.2. Poderes adicionales.....	252
3. Independencia del poder judicial y rendición de cuentas.....	254
3.1. Selección de los jueces.....	256
3.2. Duración en el cargo.....	259
3.3. Destitución de los jueces.....	259
4. Pluralismo jurídico.....	261
4.1. Pluralismo jurídico y conflicto constitucional.....	264
5. Conclusiones.....	266
Notas.....	267
Términos clave.....	271
Recursos adicionales.....	272
Anexo. Disposiciones constitucionales y estatutarias mencionadas en este capítulo.....	273
CAPÍTULO 7. Formas descentralizadas de gobierno.....	311
1. Objetivo del capítulo y descripción general.....	311
1.1. ¿Qué es la descentralización?.....	311
1.2. Objetivos de la descentralización.....	314

1.3. Componentes y aspectos de la descentralización	315
2. Importancia del contexto.....	318
3. Opciones de diseño	320
3.1. Configuración de la descentralización: determinación de la estructura formal	320
3.2. Profundidad de la descentralización	324
3.3. Garantías legales para los esquemas de descentralización: un aspecto clave de los sistemas federales.....	341
4. Conclusiones.....	346
Notas.....	350
Términos clave	352
Recursos adicionales	352
Bibliografía	353
Glosario	354
Sobre los autores	369
Acerca de IDEA Internacional.....	371

CAPÍTULO 1

CAPÍTULO 1



Introducción

Winluck Wahiu

1. Descripción general

1.1. Objetivo de este capítulo

El trabajo de los responsables de la elaboración constitucional es asegurar que el proceso constituyente derive en resultados legítimos y generalmente aceptados. Dichos resultados son legítimos cuando son ampliamente aceptados y asumidos como propios en todo el país. Sin embargo, el proceso constituyente es un proceso histórico a largo plazo que puede ser altamente conflictivo, sobre todo cuando ha habido conflictos graves y divisiones sociales prolongadas y que se han afianzado. La legitimidad de los resultados en términos de proceso y opciones sustantivas dependerá en gran medida de las decisiones de los responsables de la elaboración constitucional durante las etapas iniciales del proceso constituyente. A partir de la revisión de experiencias comparadas, este capítulo busca ayudar a las personas responsables de la elaboración constitucional a pensar y planear un buen comienzo del proceso. En primer lugar, se subraya que elaborar constituciones es un proceso soberano, cuya práctica difiere en las distintas regiones y países. También se destacan los desafíos que enfrentan quienes elaboran constituciones en contextos de conflicto, y se considera que la legitimidad de los procesos constituyentes y de sus resultados puede mejorarse diseñando procesos de elaboración constitucional inclusivos y participativos.

Al comienzo del proceso, los responsables de la elaboración constitucional se enfrentan a dos tipos de decisiones: primero, aquellas relacionadas con el *proceso*, es decir, procedimientos, instituciones, reglas, plazos y responsabilidades en la toma de decisiones, y, segundo, las relativas al *contenido*. En contextos afectados por conflictos, la legitimidad depende a menudo de estos dos tipos de decisiones.

Este capítulo, que enfatiza la importancia del contexto como guía clave para quienes elaboran constituciones, está estructurado de la siguiente forma. Primero se identifican observaciones generales y supuestos clave. Segundo, sobre la base de una breve descripción de la práctica de elaboración constitucional a nivel global, se señalan los

La elaboración constitucional debe entenderse como un proceso a largo plazo. No es un evento concreto ni termina con la redacción de la constitución. Incluye establecer instituciones, procedimientos y reglas para la elaboración o redacción constitucional, y dar validez legal a la constitución y a su implementación.

desafíos generales que probablemente se enfrentarán en procesos constituyentes en contextos afectados por conflictos. Tercero, se recoge la discusión relativa al proceso en lo que respecta a asegurar resultados legítimos. Cuarto, esta discusión se conecta con algunas de las cuestiones de contenido que nacen del proceso descrito anteriormente. Quinto, se introduce la Guía y se explica cómo usarla. Además, se incluye una descripción general de los otros capítulos contenidos en la Guía.

1.2. Observaciones generales

1. *La elaboración constitucional se define ampliamente como un proceso histórico a largo plazo.* No es un evento concreto y no se reduce al proceso constituyente, que se refiere al período en que se redacta la constitución. En este capítulo la elaboración constitucional incluye varias etapas: (a) acordar la necesidad de hacer un cambio constitucional y su alcance, lo que en la práctica suele insertarse en un proceso más amplio de cambios históricos en un país; (b) una vez determinados los principios más relevantes, establecer instituciones, procedimientos y reglas para una redacción o un proceso constituyente inclusivo y participativo, para lo cual se puede recurrir a medidas provisionales; (c) darle efecto legal a la constitución o ratificarla, y (d) implementarla, etapa crítica, particularmente en los primeros años posteriores a la ratificación.
2. *La elaboración constitucional a menudo involucra un “gran diseño” y una reformulación total y la implementación de una nueva constitución,* aunque la revisión y reforma sustancial de una constitución existente también es otra opción. Este es el caso particular de la elaboración constitucional en el período que se extiende desde 1990 en adelante.
3. Los responsables de la elaboración constitucional están comprometidos con la búsqueda de resultados constitucionales legítimos más que con el mero texto constitucional. *La legitimidad de una constitución es multidimensional e incluye:*
 - legitimidad legal, lograda por la conformidad con la normativa jurídica y con los principios y las normas relevantes;
 - legitimidad política, reflejada en la independencia soberana del pueblo que adopta una constitución y en su identificación nacional con la misma, siendo este un colectivo que puede estar compuesto por grupos plurales distintos, y
 - legitimidad moral, encarnada por una relación cercana entre la constitución y los valores compartidos subyacentes a la base moral del Estado. Además, la constitución puede apuntar a objetivos como la reconciliación social, el perdón después de una victimización prolongada, la inclusión social y el rejuvenecimiento moral del Estado.

4. *La legitimidad de una constitución se puede reforzar mediante el proceso de elaboración.* También puede aumentar a medida que la constitución se va implementando, ganando un respeto generalizado e incorporándose como un instrumento vivo en la vida del Estado. Tanto el proceso de elaborar una constitución como su contenido sustantivo son claves para su legitimidad. Sin embargo, cada uno de estos aspectos experimenta desafíos únicos cuando la elaboración constitucional se sucede en contextos afectados por conflictos. Si logran superar estos desafíos y mantenerse receptivos al contexto, las personas responsables de la elaboración constitucional podrán producir constituciones más legítimas.

Tanto el proceso mediante el que se elabora una constitución como su contenido sustantivo son las claves para su legitimidad.

1.3. Supuestos clave

A continuación se enuncian algunos supuestos clave que subyacen al enfoque de esta Guía y este capítulo.

- El *contexto*, en particular las dinámicas de poder inherentes a este, son de suma importancia.
- El objetivo de la elaboración constitucional en sociedades polarizadas y afectadas por conflictos es *facilitar resultados democráticos*.
- La diversidad social, en aquellos casos en que está polarizada a raíz de políticas identitarias, es un desafío importante que debe superarse para construir un consenso amplio sobre el propósito y la implementación constitucional.
- La aparición de *múltiples motores de cambio dentro y fuera del Estado es un factor clave* en el proceso de elaboración constitucional.
- La elaboración constitucional se lleva a cabo en *Estados con experiencia previa en constituciones, transición y gobernanza constitucional*. Rara vez comienza a partir de una hoja en blanco.
- Los Estados afectados por conflictos pueden estar involucrados en conflictos violentos internos o en dinámicas de cambio posteriores al conflicto (es decir, cuando la violencia ha terminado). La mayoría de los conflictos violentos significativos globalmente podrían estar ocurriendo dentro de los Estados.
- Deben considerarse las tendencias globales y el movimiento hacia un constitucionalismo global y hacia la democratización.

1.4. Descripción general de la práctica de elaboración constitucional

El proceso de elaboración constitucional varía en diferentes países y regiones. La práctica de elaborar constituciones es más antigua en América Latina en comparación con África, Asia e incluso algunas partes de Europa, considerando que, por ejemplo, Costa Rica y Bolivia establecieron constituciones por primera vez en 1825¹ y 1826² respectivamente.

Una constitución por sí sola puede que no logre fines deseados como la paz, la democracia o el crecimiento económico. Las constituciones no se implementan por sí solas. Importa que los líderes y ciudadanos participen en la forma que prevé la constitución. El compromiso de participar de esta forma es lo que la Guía visualiza como “elaboración constitucional”.

Durante la década de 1990, las constituciones de América del Sur fueron reescritas, por ejemplo, en Colombia, Paraguay y Perú, o bien revisadas sustancialmente, como en Argentina y Uruguay. Tanto Ecuador como Bolivia experimentaron múltiples ejercicios de reformulación constitucional en poco más de una década. Los fracasos detectados en los procesos anteriores, que incluyen la calidad de la inclusión y participación de todos los grupos sociales en la toma de decisiones constitucionales, justificaron nuevos intentos.

Más recientemente el proceso de elaboración constitucional en América del Sur se ha caracterizado por un nivel inusualmente bajo de confianza pública en las instituciones políticas. Las fuerzas impulsoras de la elaboración constitucional han incluido movimientos políticos y sociales que se oponen a gobiernos mayormente democráticos. En contraste, el cambio constitucional en Europa del Este a finales de las décadas de 1980 y 1990 lo impulsaron las mayorías parlamentarias, lo que facilitó la transición hacia la democracia y la aceptación en su totalidad de las normas constitucionales europeas, como la economía de libre mercado y la propiedad privada³. En Hungría (con reformas en 1989-1990) y Bulgaria (1989-1991), el proceso constituyente ayudó a transformar a los comunistas, que antes ostentaban el poder, en partidos socialistas democráticos. Como se señala a continuación, las dinámicas de conflicto y las insurgencias armadas han dado paso a la reciente experiencia de elaboración constitucional en África, como ocurrió en Angola, Burundi, Chad, la República Democrática del Congo, Etiopía, Mozambique, Namibia, Níger, Nigeria, Sudáfrica, Sudán y Uganda. Por otra parte, en Kenia, Zambia y Zimbabwe el contenido normativo ha conducido el proceso de elaboración constitucional hacia la democratización.

Desde la experiencia, se sabe que quienes elaboran constituciones no adoptarán disposiciones a largo plazo que se opongan a intereses vitales a corto plazo. Por eso, muchos expertos pragmáticos optan por proyectar las constituciones a corto plazo, mientras que los objetivos a largo plazo se definen de forma progresiva, mediante instrumentos interinos y transitorios.

Las circunstancias que preceden de forma inmediata al cambio constitucional suelen determinar la necesidad y justificación de una constitución. En realidad, una constitución por sí sola puede que no logre fines deseados como la paz, la democracia o el crecimiento económico. Las constituciones no se implementan por sí solas: para lograr los resultados deseados los grupos interesados deben presionar, negociar y exigir atentamente que se respeten casi todas las disposiciones acordadas en la constitución.

Una constitución determina un marco para alcanzar objetivos particulares. Las instituciones importan, pero también importa que los líderes y la ciudadanía participen en la forma que prevé la constitución.

El compromiso de participar de esta forma es lo que la Guía visualiza como “elaboración constitucional”. Muchos reformadores consideran los grandes temas constitucionales

con una mirada a largo plazo, pero los intereses partidistas a corto plazo, como las reelecciones, el aprovechamiento de los recursos, la retención de privilegios y la inmunidad frente a la investigación penal muchas veces informan el desarrollo del proceso constituyente. En este sentido, la elaboración constitucional es política, pues hay verdaderos ganadores y perdedores. Si existen profundos conflictos de interés entre los requerimientos a corto y a largo plazo, los responsables de la elaboración constitucional podrían tener que adoptar un “velo de la ignorancia” y hacer la vista gorda frente a los intereses a corto plazo. Un resultado altruista quizás no sea políticamente alcanzable. Desde la experiencia empírica, los responsables de la elaboración constitucional no adoptan la mayoría de las disposiciones a largo plazo que se oponen a sus intereses vitales a corto plazo. Por lo tanto, muchos expertos pragmáticos optan por enmarcar las constituciones a corto plazo y proyectar los objetivos a largo plazo de forma progresiva, mediante instrumentos interinos y transitorios.

2. Desafíos generales que enfrentan los responsables de la elaboración constitucional

Se consideran dos tipos de desafíos:

- (a) Elaborar una constitución en contextos de conflicto violento generalizado, lo que deriva en una capacidad política e institucional demasiado débil como para apoyar la elaboración constitucional;
- (b) Elaborar una constitución para aplacar un conflicto en un escenario particular por medio de la democracia o democratización.

2.1. Desafíos que impone un conflicto violento

La Guía considera que el conflicto es una característica prominente de toda sociedad y asume que las constituciones intentan manejar los conflictos de interés entre grupos sociales e individuos por medio de reglas justas e instituciones neutras. El correcto diagnóstico de la naturaleza y el tipo de conflicto ayuda a quienes elaboran las constituciones a encontrar una solución constitucional acorde a la situación. El conflicto violento se trata como una categoría especial de conflicto. Frecuentemente, la elaboración constitucional debe incluir a los actores que han sido parte del conflicto violento, quizás sin tener un ganador militar claro, o cuando los acuerdos de paz entre los actores del gobierno, la oposición y los rebeldes armados han requerido cambios constitucionales. Muchos conflictos internos abarcan dimensiones regionales importantes desde el punto de vista del apoyo político, el entrenamiento y la adquisición de armas. Para negociar soluciones constitucionales en conflictos armados recientes en Colombia, la República Democrática del Congo,

Con frecuencia, la elaboración constitucional debe incluir a los actores que han sido parte del conflicto violento, quizás sin tener un ganador militar claro, o cuando los acuerdos de paz han requerido cambios constitucionales.

Nepal, Sri Lanka y Sudán los expertos cambiaron las conversaciones bilaterales tradicionales por negociaciones entre partes interesadas con grupos dispares, lo que implicó que el proceso de cambio constitucional posterior se centrara en la seguridad y la estabilidad como prioridades.

El conflicto violento afecta también de forma importante las relaciones de poder en la dimensión de concentración-dispersión. Los acuerdos posconflicto en Angola, Colombia y Mozambique crearon gobiernos centrados en el poder ejecutivo por medio del mando que este ejerce sobre las fuerzas de seguridad y el poder con que cuenta para declarar estados de emergencia y elaborar acuerdos de paz. La credibilidad de los esfuerzos de reconciliación ha sido puesta a prueba dadas las violaciones masivas de los derechos humanos que han tenido lugar en tiempos de conflicto. Por ejemplo, en los genocidios de Camboya y Rwanda, y durante el posterior proceso de reconciliación, la profunda desconfianza acerca del uso político de la identidad llevó a que se implementaran importantes medidas jurídicas para proteger el concepto de ciudadanía.

En general, si los conflictos de interés se abordan tanto por la vía legal (derechos detallados de las minorías, autonomía) como por la vía política, se tiende a minimizar o eliminar el factor según el cual “el ganador se lleva todo” en la política. La experiencia ha mostrado la importancia de construir sobre la base de estructuras preexistentes en vez de utilizar el conflicto como fundamento para empezar de cero a nivel constitucional. El fracaso de las nuevas instituciones puede frenar la elaboración constitucional y causar la reaparición del conflicto.

Puede que sea imposible empezar el proceso de elaboración constitucional antes de tener un acuerdo de paz o un pacto de seguridad interino, pero darle prioridad a lograr la paz a toda costa también supone riesgos para el proceso de elaboración constitucional, como demuestra el ejemplo del Acuerdo de Paz de Dayton.

La violencia generalizada en la sociedad puede debilitar la capacidad gubernamental e institucional porque el conflicto ha disipado los recursos o ha expulsado a administradores expertos. También puede resultar en un gobierno que, si bien puede administrar el país, carece de legitimidad funcional. En ambos escenarios la ciudadanía podría verse privada de sus necesidades básicas y volverse vulnerable a impactos como un desastre natural, lo que la llevaría a la pobreza extrema

y perpetuaría los ciclos de conflicto violento.

Los desafíos incluyen los siguientes aspectos:

- Puede ser imposible empezar el proceso de elaboración constitucional antes de llevar a cabo un acuerdo de paz o pacto de seguridad interino para poner fin al conflicto violento y permitir a los responsables de la elaboración constitucional empezar su trabajo. El período de construcción de paz que precede a la elaboración constitucional puede tomar distintas formas, pero en general estipula cómo se realizará el proceso de elaboración constitucional, y puede incluso delinear algunos detalles que deberán ser incorporados en la nueva constitución. El proceso constituyente en Afganistán es un ejemplo claro de

lo anterior: los Acuerdos de Bonn de 2001 establecieron que el cuarto paso de la hoja de ruta hacia la paz sería un proceso de elaboración constitucional con el objetivo de restablecer instituciones de gobierno permanentes. En Nepal, la Constitución Interina acordada entre los partidos políticos en 2006 ya había determinado metas específicas para los participantes en la elaboración constitucional, concretamente, la de formular una constitución para una república democrática y federal. Una excepción a estas dos situaciones es la de Mozambique, pues el gobierno de turno promulgó una constitución más democrática en 1990 con el fin de presionar a los rebeldes para alcanzar la paz y avanzar con las negociaciones en curso. De hecho, los exhaustivos protocolos de paz firmados después de 1991 eran políticamente superiores a la constitución, pero luego quedaron subordinados a ella.

- El fácil acceso a armamento, que aún persiste, contribuye a reducir el costo de la violencia, y aquellos interesados en “sabotear” el proceso de elaboración constitucional podrían avivar el descontento con respecto a dicho proceso.
- Dar prioridad a la paz a toda costa también supone riesgos para el proceso de elaboración constitucional. Por ejemplo, si se prioriza el control de la violencia y la inseguridad a costa de construir un consenso constitucional, el proceso puede fracasar por completo. Las partes involucradas en el Acuerdo de Paz de Dayton de 1995 acordaron que la Constitución de Bosnia y Herzegovina fuera un apéndice del acuerdo de paz. En retrospectiva, este enfoque limitó la deliberación política entre la ciudadanía y quienes redactaron la constitución, lo que puede razonablemente considerarse un factor de la posterior dificultad para implementarla.
- Puede ser difícil determinar las perspectivas sobre una constitución que tienen quienes han sufrido violaciones masivas de los derechos humanos, pues, comprensiblemente, están enfocados en reasentarse y obtener justicia. Muchos ciudadanos pueden todavía encontrarse desplazados internamente o fuera del país, lo que eleva el costo logístico y de seguridad de incluirlos en el proceso de elaboración constitucional.
- Si bien la elaboración constitucional requiere paciencia, la amenaza de violencia puede implicar que ciertos temas deban abordarse rápidamente. Los plazos e hitos de los acuerdos de paz pueden suprimir la toma de conciencia entre la ciudadanía y la promoción del debate civil respecto de soluciones constitucionales, como ocurrió en Irak (durante el proceso que concluyó en la Constitución de 2005).
- Los responsables de la elaboración constitucional que abordan la cuestión de la fragilidad del Estado solo desde la perspectiva del conflicto se encontrarán con desafíos significativos, incluido el de dar un énfasis exagerado a la distribución del poder con el fin de aplacar a grupos armados o gobernantes represivos, con lo cual se puede sacrificar la responsabilidad electoral en beneficio de la estabilidad. Además, la corrupción y el abuso de poder podrían fortalecerse si el foco se pone más en reducir la violencia que en la elaboración constitucional orientada a obtener un gobierno más responsable.

- Cuando los responsables de la elaboración constitucional concentran todos sus esfuerzos en subsanar la fragilidad del Estado, es posible que tengan poco tiempo para establecer un marco legal que guíe los otros múltiples aspectos del proceso de elaboración constitucional. Por el contrario, dependiendo del contexto, abordar ciertos aspectos de la elaboración constitucional puede ser una condición previa para minimizar la fragilidad del Estado.

Los responsables de la elaboración constitucional que abordan la cuestión de la fragilidad del Estado solo desde la perspectiva del conflicto se encontrarán con desafíos significativos, incluyendo el dar un énfasis exagerado a la distribución del poder con el fin de aplacar a grupos armados o gobernantes represivos. Cuando sea posible, el proceso de construcción de paz debe desvincularse de la elaboración constitucional.

En los contextos de elaboración constitucional en que hay o ha habido violencia, los responsables del proceso de elaboración constitucional se enfrentan durante la puesta en marcha a los desafíos que conlleva garantizar que el proceso de construcción de paz no domine el acuerdo constitucional final, dentro del limitado contexto que implica detener el conflicto armado. Al respecto, diferentes experiencias sugieren algunas buenas prácticas para enfrentar esta situación.

Buenas prácticas sugeridas:

- Diseñar procesos de elaboración constitucional en dos etapas: (a) elaborar un plan constitucional interino o transitorio, que aborde específicamente la estabilidad y concluya el proceso de paz, y (b) permitir que las constituciones finales se enfoquen en el diseño institucional a largo plazo.
- Identificar si las soluciones constitucionales particulares que pueden prevenir o detener la violencia también tratan otros temas constitucionales de manera efectiva, como la corrupción, el gobierno responsable y la violación masiva de los derechos humanos.
- Si es viable, se debe desconectar el proceso de construcción de paz del proceso de elaboración constitucional para prevenir efectos indirectos y permitir la división del trabajo especializado, de modo que todos los temas constitucionales reciban la atención debida y adecuada.
- Los expertos deben proporcionar suficiente espacio para que los agentes de poder puedan examinar ciertos problemas con posterioridad.

2.2. La exigencia de democracia

La democracia es una característica fundamental de toda constitución legítima y ha sido una exigencia durante la elaboración constitucional como sistema necesario para manejar el conflicto social. Como mínimo, la democracia implica la igualdad entre la ciudadanía,

además de su participación efectiva en la gobernanza mediante la representación y la participación en la toma de decisiones de gobierno. La *Guía Práctica: Evaluar la Calidad de la Democracia*, desarrollada por el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), consta de 14 preguntas que los responsables de la elaboración constitucional pueden formularse para diseñar constituciones, teniendo en cuenta sus múltiples dimensiones.

Las interacciones entre los motores de cambio y sus intereses institucionales afectan el proceso de democratización. En India, la representación proporcional de las minorías en la Asamblea Constituyente, la cual estaba dominada completamente por el Congreso Nacional de ese país, logró establecer disposiciones inclusivas en la Constitución de India (1949), que posteriormente se extendieron en el tiempo gracias a movimientos de justicia social facilitados por la propia constitución. Así, una elaboración constitucional que incluya y permita la participación de todos los grupos, actores y agentes legitimados tendrá mayores probabilidades de optar por marcos institucionales que fortalezcan (y no debiliten) la democratización. De esta manera, los expertos pueden formular criterios para determinar la calidad o el nivel de la elaboración constitucional democrática sobre la base de la inclusión y la participación.

Una elaboración constitucional que incluya y permita la participación de todos los grupos, actores y agentes legitimados tendrá mayores probabilidades de optar por marcos institucionales que fortalezcan (y no debiliten) la democratización.

Existen ciertos diseños y procesos institucionales específicos que tienden a fortalecer la democratización, aunque depende del contexto. Tales diseños y procesos incluyen la protección de derechos humanos como el acceso a información oficial, el grado de concentración o descentralización política, administrativa y económica, y las relaciones de poder entre las ramas legislativa y ejecutiva, tema abordado en los capítulos siguientes de esta Guía. Algunos desafíos que se presentan al diseñar estas instituciones en las etapas iniciales suelen ser los siguientes:

- La ausencia de instituciones democráticas que inicien el proceso de elaboración constitucional puede ser problemática.
- Frecuentemente es necesario prestar mucha atención al tipo de sistema electoral que determinará la representación en el proceso de elaboración constitucional. Las decisiones tomadas en este sentido pueden originar nuevos conflictos.
- El nuevo marco legal puede enfocarse en la elección de los representantes ante los principales órganos involucrados en la elaboración constitucional. Sin embargo, cabe la posibilidad de que dentro de dichos órganos las reglas de procedimiento necesarias para sustentar una toma de decisiones democrática se vean desatendidas.
- En algunos casos la elaboración constitucional incluye acuerdos con la vieja guardia para así facilitar el cambio. Sin embargo, estos acuerdos pueden devenir en características antidemocráticas en constituciones que, de otro modo, serían democráticas. Si los miembros de la vieja guardia autocrática negocian para ganar posiciones en el nuevo orden constitucional, su rol en los nuevos puestos

En algunos casos, la elaboración constitucional incluye acuerdos con la vieja guardia para facilitar el cambio, pero estos acuerdos pueden presentar características antidemocráticas en constituciones que, de otro modo, serían democráticas. Distintos actores políticos pueden utilizar el proceso de elaboración constitucional para arraigar sus propios intereses.

de liderazgo suele reducir la posibilidad de sus víctimas de recibir las reparaciones correspondientes. Estos acuerdos también pueden contradecir compromisos de carácter normativo, lo que conduce a que sean considerados por muchos como carentes de principios o injustos.

- En estos contextos, la necesidad de contar con un mandato para la elaboración constitucional proveniente del electorado, o el considerar que las elecciones son una prioridad tras adoptar una nueva

constitución, puede asociarse con una elaboración constitucional exitosa. El riesgo es que la democratización se entienda como un hito electoral con un enfoque general en los aspectos más obvios de la competencia electoral. De hecho, en el ámbito de la elaboración constitucional la democratización es un proceso más complejo, que requiere de una pluralidad de grupos para poder llegar a un consenso en materias políticas.

- No todos los actores que exigen la elaboración constitucional están comprometidos con que el resultado sea una democracia, aunque estén de acuerdo con participar en un proceso de elaboración democrático. Puede ser que reduzcan la democratización a un medio para alcanzar el poder, en vez de verlo como un proceso orientado a garantizar el control popular sobre el gobierno.
- Finalmente, se puede buscar la democratización aunque el proceso constituyente esté dominado en la práctica por un solo partido o grupo político. En algunos casos, el partido dominante también puede tener ideas predeterminadas sobre la constitución, y puede incluso tener su propio borrador. El riesgo que surge en ese caso es que el proceso se centre en su totalidad en el poder y privilegio que debería concederse al grupo dominante, en vez de ocuparse de otros dilemas constitucionales más urgentes.

Cabe destacar que el hecho de que la democracia brinde servicios es igualmente importante en la elaboración constitucional. Si quienes elaboran constituciones

buscan unir la democratización al desarrollo económico, surge la siguiente pregunta: ¿asiste la elaboración constitucional a los más pobres? La respuesta dependerá de si la elaboración constitucional sustenta el *statu quo* o intenta entablar nuevas relaciones políticas, económicas y sociales, por ejemplo, poniendo fin a una modalidad feudal de gobierno o estableciendo objetivos para la inclusión política de grupos económicamente marginados.

Tratar las elecciones como prioridad luego de adoptar una nueva constitución acarrea el riesgo de que la democratización se equipare con la competencia electoral. La democratización en la elaboración constitucional es un proceso más complejo, que requiere una pluralidad de grupos para llegar a un consenso.

Si la elaboración constitucional utiliza la democracia para canalizar las causas de fondo del agravio social, se requiere implícitamente de una visión a largo plazo, en vez de una respuesta a las exigencias actuales de un grupo específico. La supervivencia de serias inequidades del orden constitucional anterior puede ser una señal de fracaso constitucional.

3. Desafíos del diseño de procesos constitucionales

Usualmente el inicio del proceso de elaboración constitucional es una época cargada de promesas de “nuevos comienzos”. También es un período relativamente único, en que las personas tienen una oportunidad histórica de consolidar los fundamentos y principios básicos de gobierno, más allá de la “política normal”. Asimismo, la elaboración constitucional es habitualmente parte de procesos más amplios de transformación de conflictos o democratización, como se indicó anteriormente. Su punto de partida como proceso podría estar comprendido en estos procesos más amplios.

Las decisiones tomadas durante las etapas iniciales de la elaboración constitucional son particularmente críticas tanto respecto del proceso de cambio constitucional como con relación a las cuestiones sustantivas.

A la hora de garantizar el mejor resultado, las decisiones que se toman durante las etapas iniciales de la elaboración constitucional son particularmente críticas respecto tanto del proceso de cambio constitucional como de las cuestiones sustantivas. Algunas de las preguntas más críticas relativas al proceso se refieren al alcance del cambio, al uso de instrumentos interinos o transicionales, a cuestiones de justicia transicional, a la representación democrática durante el proceso, a la participación popular y al rol de los actores externos.

3.1. Alcance del cambio

Los responsables de la elaboración constitucional pueden visualizar un gran diseño, que suponga cambios constitucionales exhaustivos, logrados mediante la redacción de una nueva constitución que reemplace a la anterior. Estos actos de gran diseño establecen un nuevo orden constitucional. En otros casos, el cambio constitucional se da de manera gradual, mediante reformas continuas de la constitución existente. Las reformas graduales y progresivas pueden acumularse y reflejar finalmente un nuevo orden constitucional, o al menos uno sustancialmente distinto.

El cambio constitucional puede adoptar la forma de un proceso de gran diseño, lo que implica redactar una nueva constitución para reemplazar la antigua, quizás en aquellos casos en que se requiere una ruptura completa con el pasado; o bien puede tratarse de un diseño gradual, que reforme continuamente la constitución existente.

Se pueden aducir experiencias de conflicto o autoritarismo con el fin de exigir un corte total con el pasado. La segregación oficial entre razas bajo el *apartheid* de Sudáfrica o la sanción oficial del genocidio en Camboya y Rwanda son ejemplos claros de un

pasado inmediato que ha sido completamente rechazado y deslegitimado. En Irak el régimen había sido completamente derrotado militarmente, de modo que se esperaba que la elaboración constitucional manifestara, o al menos simbolizara, un corte total con el pasado. En estos contextos, el alcance del cambio fue esencialmente restablecer las instituciones del Estado. Otros países, como Afganistán, por ejemplo, enfrentaron ambiciones similares en cuanto al alcance del cambio dada su historia de fracaso estatal.

Por otro lado, también se han dado contextos en que, después de una experiencia de autoritarismo o conflicto, los responsables de la elaboración constitucional enfrentaron demandas de cambio que aspiraban a reinstaurar tradiciones pasadas o mantener elementos de un orden constitucional antiguo en la nueva constitución. Así, durante el período *reformasi*, Indonesia volvió a la Constitución de 1945 y sus principios esenciales *pancasila* (véase el capítulo 2). La constitución se enmendó varias veces, sin desechar completamente el pasado, pero sí incorporando modificaciones.

En consecuencia, el alcance del cambio puede verse en términos de grandes diseños o de cambios graduales, lo que dependerá de lo que resulte viable en un contexto particular. Entre 2003 y 2004, las deliberaciones en la Loya Jirga Constitucional o “Gran consejo” en Afganistán pasaron de apoyar un sistema semipresidencial con un Presidente y un Primer Ministro, en un inicio, a preferir un sistema presidencial al final de las conversaciones. Ostensiblemente, esto ocurrió con el fin de garantizar la acción ejecutiva, aunque muchos responsables de la elaboración constitucional sospechaban que un sistema parlamentario representaría una estructura más sólida para la gobernanza a largo plazo. Durante la inauguración de la Constitución, el Presidente insinuó que el alcance del cambio en el período inmediato se enfocaría en la construcción del Estado y en los imperativos para establecer un gobierno funcional, y que quizás después de 10 años se podría reconsiderar la opción de un sistema parlamentario si así lo justificaran las circunstancias. Aquí, las cuestiones relativas al alcance del cambio y su duración en el tiempo fueron determinadas en la práctica por inquietudes inmediatas del ambiente predominante más que por visiones a largo plazo de las necesidades de Afganistán. El contexto determinó el alcance del cambio en cuanto que fue necesario negociar con elementos pertenecientes al orden antiguo, en virtud de un nuevo grupo dominante que apareció en escena.

En el caso de Kenia, ya en 1997 se acordó la necesidad de llevar a cabo un cambio constitucional exhaustivo, por lo que se estableció un comité para recopilar visiones y redactar un borrador de constitución. En 2004 se formó una Convención Nacional que incluía parlamentarios electos y representantes de diversos grupos para deliberar sobre ese borrador. En esta etapa, diversas cuestiones en torno al sistema de gobierno surgieron como temas contenciosos, lo que resultó en que algunos actores abandonaran el proceso. Posteriormente, el partido de gobierno hizo cambios al borrador de la constitución, reemplazando un sistema semipresidencial por uno completamente presidencial y limitando el nivel de descentralización, y finalmente sometió el borrador a referéndum. En noviembre de 2005, el borrador propuesto fue rechazado en el referéndum con el 58 por ciento de los votos. Tras la violencia vinculada a las elecciones de 2008 se formó una gran coalición de gobierno para compartir el poder. El cuarto asunto dentro de la agenda de reformas para prevenir la violencia consistió en completar el cambio constitucional. Así,

se creó un comité de expertos para reconciliar las diferencias sobre los asuntos polémicos más importantes. Nuevamente se propuso un sistema semipresidencial, aunque en esta ocasión el comité parlamentario de la gran coalición sustituyó la propuesta por un sistema puramente presidencial, aunque con el compromiso de una descentralización amplia de las instituciones y los servicios. En el referéndum de 2010 se adoptó la nueva constitución, con casi el 70 por ciento de los participantes votando “sí”. En este caso estaba claro que el alcance del cambio apuntaba a un gran diseño, pero dependía de que todos los interesados en terminar con el antiguo sistema logaran un acuerdo político. En Kenia se requirió más de una década para alcanzar este consenso dentro de la clase política, y este fue catalizado por la necesidad de prevenir la violencia, luego de la experiencia de 2008. En Sudáfrica el consenso en cuanto al alcance del cambio se logró en seis años, entre 1990 y 1996, y requirió experimentar dos convenciones democráticas fallidas, una constitución provisional y un gobierno de unidad nacional bajo una constitución interina. En Guatemala, el hecho de no poder involucrar a todos los grupos militares en las conversaciones fue lo que esencialmente determinó que el proceso de cambio no se completara de forma exitosa. Además, el conflicto social era demasiado profundo como para que el cambio propuesto en las conversaciones constitucionales fuese aceptado.

El alcance del cambio dependerá de lo que sea viable en el contexto concreto. Determinar si el alcance del cambio es factible depende de la flexibilidad en cuanto al tiempo necesario y de que todos los actores clave acepten las nuevas normas, instituciones y procedimientos.

De este modo la pregunta de si el alcance del cambio es asequible también se vincula a la flexibilidad respecto del tiempo razonablemente necesario y al hecho de que todas las partes clave acepten la transformación constitucional en lo pertinente a nuevas normas, instituciones y procedimientos.

En algunos casos, los responsables de la elaboración constitucional han tenido el beneficio de contar con instituciones existentes y con reglas que ofrecen una base a partir de la cual comenzar a construir. Esto ha sido particularmente útil cuando el parlamento tiene la legitimidad necesaria para llevar el proceso hasta su conclusión.

Tabla 1.1. Procesos constitucionales entre 1975 y 2002: eventos o instituciones que los iniciaron

Tipo de proceso	Porcentajes del proceso total
a. Dirigido por el poder ejecutivo	23%
b. Negociaciones de paz/mesas de diálogo	5,6%
c. Conferencia nacional/poder legislativo transicional	7,2%
d. Poder legislativo o asamblea constituyente	62,6%

Fuente: Jennifer Widner, Universidad de Princeton.

Cabe destacar que los parlamentos pueden ser la única ruta para el cambio constitucional. Su ventaja es que los responsables de la elaboración constitucional no tienen que enfocarse

en establecer nuevas instituciones que requerirían la aceptación política de los actuales y de los nuevos agentes. Los parlamentos existentes pueden estabilizar estos ambientes de transición y brindar, o mantener, la legalidad junto con la legitimidad. Sin embargo, se enfrentan tres limitaciones. En primer lugar, al igual que cualquier actor involucrado en negociaciones constitucionales, los parlamentos tienen *intereses institucionales* que buscan promover cuando controlan el proceso de elaboración constitucional, lo que a veces, aunque no siempre, perjudica a otros agentes institucionales. El peligro es que el parlamento se enfoque en consolidar su propia autoridad. En segundo lugar, el parlamento alberga a los partidos políticos. En muchos contextos estos carecen de una estructura democrática interna y son dominados por un círculo de liderazgo pequeño. Dada la importancia de la elaboración constitucional, las partes interesadas pueden oponerse a que un grupo pequeño y poderoso decida los temas clave, quizás por medio de un *toma y daca*. En tercer lugar, los partidos políticos individuales en el parlamento probablemente apoyarán diseños de partidos y sistemas electorales que los favorezcan en las elecciones. Dado que las reglas electorales y partidarias determinan la forma en que el parlamento distribuye el poder, esas preferencias pueden distorsionar el esquema constitucional en perjuicio de la democracia y la estabilidad, particularmente si los actores excluidos retornan al conflicto armado y la violencia.

Los expertos deberían prever la posibilidad de que los intereses institucionales manipulen los resultados constitucionales. Si bien los parlamentos existentes le dan legalidad y legitimidad al proceso, estos tienen intereses institucionales que buscan favorecer. Lo mismo harán los nuevos órganos creados con el propósito de llevar a cabo la elaboración constitucional.

manipulen los resultados constitucionales. Por tanto, los responsables de la elaboración constitucional deben reconocer sus propios intereses en los resultados constitucionales, pues estos podrían influir en el diseño de las instituciones y los procesos constitucionales.

3.2. Acuerdos interinos

En procesos de elaboración constitucional afectados por conflictos o posteriores a una crisis prolongada, puede que el término de las hostilidades o la crisis no sea el momento más oportuno para redactar una constitución. En esas situaciones, el desafío es permitir la mayor cantidad de cambios posible a la vez que se demuestra una clara ruptura con el pasado. Los acuerdos interinos pueden revestir diversas formas y muchas veces se describen como medidas de transición.

El momento en que cesan las hostilidades o la crisis no es necesariamente el más oportuno para redactar una constitución. Los acuerdos interinos pueden facilitar la elaboración de una constitución entre partes beligerantes; sin embargo, su diseño puede ser desafiante.

Las medidas interinas se implementan a corto plazo y están pensadas para (a) permitir a los responsables de la elaboración constitucional trabajar sobre la base de nuevos marcos legales y políticos que reemplazan a los antiguos, para que los cambios sean menos disruptivos, y (b) crear un espacio para la elaboración constitucional en condiciones estables que aumente las posibilidades de completar con éxito el desarrollo de una nueva constitución.

Los acuerdos interinos pueden facilitar el marco para una constitución entre partes enfrentadas. En ese sentido, diseñar arreglos interinos aceptables es desafiante. También lo será llegar a un acuerdo respecto del mandato y la duración de dichos arreglos, incluida su vinculación con los acuerdos constitucionales a largo plazo. Los acuerdos interinos pueden vincularse con los acuerdos finales mediante la estipulación de los principios y las normas que deberán incorporar, y pueden incluso requerir un nivel mayor de cumplimiento. La actual Constitución Interina de Nepal (2007), que se negoció para terminar con un conflicto armado de 10 años de duración, alteró la estructura de gobernanza, pues el país pasó de ser una monarquía unitaria a convertirse en una república federal, y se requirió que la Asamblea Constituyente redactara una nueva constitución para consagrar tales cambios. En Sudáfrica la Constitución Interina articuló 34 principios a los cuales debía atenerse la nueva constitución.

El contexto determinará la duración de los acuerdos interinos. Nepal y Sudáfrica establecieron plazos de dos años para la redacción de la constitución (en el caso de Nepal este plazo ha tenido que extenderse). Otros países han implementado períodos más largos o más cortos. Si bien las exigencias pueden dictar el tiempo permitido para redactar la constitución, los expertos deben dar el tiempo suficiente para la deliberación política, sin la cual aumentan significativamente las posibilidades de fracaso.

Tanto el enfoque del gran diseño como el del diseño gradual pueden requerir cierto tiempo para llevarse a cabo completamente. La secuencia es importante para que los actores nacionales puedan enfocarse en el largo plazo y en consensos más amplios, que incluyan los intereses de una mayoría bajo el nuevo marco constitucional. Muchos expertos han intentado separar el proceso en etapas para este propósito, y sus decisiones han tenido implicaciones en la inclusión y exclusión de actores en distintas etapas. Estas estrategias siempre son problemáticas, pues son errores que se cometen en el presente para no perder de vista el objetivo mayor.

3.3. Justicia transicional

Intentar resolver las demandas de justicia transicional de forma satisfactoria puede complicar la ya difícil tarea de establecer una cultura constitucional después de un conflicto o en medio de una división profunda. Dentro de las preocupaciones incluimos las siguientes: ¿Cómo lidiar con el pasado? ¿Cómo aprender a coexistir con antiguos opresores y autores de crímenes? ¿Cómo lograr la reconciliación y perdonar? Después de un conflicto, es posible que distintos profesionales tengan que sanar las divisiones entre los gobernantes anteriores, los combatientes, las víctimas de violaciones de los derechos humanos y sus simpatizantes, ya sean familiares, amigos u organizaciones de la sociedad civil. Tal proceso de sanación puede requerir un mecanismo para dar cauce a la indignación y al trauma generalizados. También puede requerir un proceso para dejar

al descubierto los hechos históricos que han llevado a la victimización, quizás como parte de un proceso mayor de reconciliación o de una solución de justicia sustantiva por crímenes y violaciones. El desafío es rehabilitar exitosamente a la sociedad completa sin desgarrar el país, particularmente cuando el conflicto se ha estancado, sin un ganador claro, forzando la negociación de un acuerdo.

3.4. Inclusión y representación

La representación inclusiva es un ideal de la elaboración constitucional. En teoría, es un factor importante en la legitimidad del proceso. La elaboración constitucional democrática se ha asociado a la estabilidad y también a la obtención de resultados ampliamente aceptables. Esto implica que la constitución probablemente contará con la voluntad política necesaria para su implementación, y, por lo tanto, para su permanencia.

Los responsables de la elaboración constitucional enfocados en aumentar la representación democrática también han rechazado la redacción y promulgación secreta de constituciones. En vez de ello, se han considerado las opciones que permiten incorporar la representación más amplia posible de todos los segmentos de la sociedad, como se puede ver en la Asamblea Constituyente de Nepal. La elaboración constitucional democrática también se ha considerado un proceso deliberativo, que requiere de tiempos adecuados y de condiciones estables.

La representación inclusiva durante la elaboración constitucional es importante para dar legitimidad al proceso. La representación sesgada acarrea el riesgo de que la deliberación sea dictada por los intereses del partido dominante o favorezca a quienes tienen el poder y los privilegios.

Las opciones que pueden servir para ampliar la elaboración constitucional democrática son tanto institucionales como procedimentales.

Los mecanismos institucionales considerados

han incluido los foros de diálogo de *conferencias nacionales*, utilizados en algunas partes de África. Estos fueron convocados por las autoridades políticas en Benín, Ghana, Kenia y Malí con el fin de incluir a representantes adicionales de cada grupo, para unirse al partido gobernante en las deliberaciones sobre el cambio constitucional en aras de la democracia. Cuando la participación es insuficiente y la asamblea es poco transparente, los conflictos aumentan; es lo que ocurrió, por ejemplo, en Malí. Sin embargo, Benín, donde la Conferencia Constitucional fue más exitosa, demuestra las posibilidades de éxito de utilizar una conferencia nacional para democratizar la gobernanza.

También se ha considerado la *convención constitucional*. La convención es un cuerpo de representantes convocado por elección o nombramiento con un único propósito: redactar, debatir y acordar una constitución. Este sistema se puede contrastar con las *asambleas constituyentes*, que son organismos elegidos para hacer una constitución, pero que también han funcionado como asambleas legislativas con sus funciones legislativas usuales, como la supervisión del poder ejecutivo, la rendición de cuentas y la elaboración de leyes. Los países que han sido influidos por el proceso constituyente francés usualmente eligen una asamblea constituyente, que es también el instrumento tradicional para la elaboración constitucional en América Latina. Con dos asambleas

separadas operando a la vez, la asamblea constituyente puede adoptar una visión a largo plazo cuando aborda los temas constitucionales sin verse obstaculizada por las funciones legislativas y políticas ordinarias. Sin embargo, la rivalidad entre la asamblea constituyente y el parlamento regular puede causar una paralización institucional y gubernamental, o incluso un conflicto violento. Esto ha sucedido en América Latina, donde algunas asambleas constituyentes elegidas de forma separada de las asambleas legislativas han buscado imponer su supremacía sobre estas últimas e incluso supervisarlas. Por otro lado, una asamblea que combina las funciones de una asamblea constituyente con las del legislador ordinario también puede tener limitaciones operacionales. En Nepal, dado que la Asamblea Constituyente también constituye el poder legislativo, al ejercer esta última función queda facultada para formar un gobierno: pero esa es una tarea compleja por los problemas prácticos del reparto de poder y de la toma consensual de decisiones. Ambas funciones además requieren de mucho tiempo, como demostraron las extensiones del plazo para la redacción de la constitución en Nepal.

El problema central de estos foros de diálogo es la representación. En algunos casos un partido ha dominado la representación y, por ende, las deliberaciones: es el caso del Frente Revolucionario por la Independencia de Timor Oriental, del Partido del Congreso de India (1947-1949), del Frente Patriótico Ruandés y del Frente de Liberación del Pueblo Eritreo (EPLF) en Etiopía. La representación sesgada conlleva el riesgo de que las deliberaciones sean dictadas según los intereses de los partidos dominantes o de que se tergiversen el poder y los privilegios de los que gozará un grupo dominante. Para enfrentar este problema es importante definir el *sistema electoral* para elegir al organismo. En las reglas electorales y procedimentales que rigen la elección de los hombres y las mujeres que componen una asamblea constituyente se suelen especificar los criterios para que los ciudadanos puedan adquirir la calidad de miembros de la misma a través de su vinculación con asociaciones, partidos políticos, asociaciones territoriales, minorías u otros criterios de identidad política. El diseño del sistema electoral tiene implicaciones importantes en la composición de dicho cuerpo, y también, en cierta medida, en su tamaño. La Asamblea Constituyente de Bolivia, elegida en 2006, tenía 301 miembros, mientras que la Asamblea Constituyente de Nepal, elegida en 2008, tenía 608 integrantes. En Sudáfrica, donde era evidente que el Congreso Nacional Africano dominaría la Asamblea Constituyente después de las elecciones, los partidos minoritarios insistieron exitosamente en que las decisiones de la Asamblea Constituyente fueran certificadas adicionalmente por el Tribunal Constitucional recientemente establecido.

3.5. Participación popular

El papel de la participación popular ha aumentado. Consultar a las personas y tomar en cuenta sus opiniones se considera cada vez más necesario para la legitimación popular del proceso de elaboración constitucional y sus resultados. En Sudáfrica se recopilieron 2 millones de propuestas de la población.

Beneficios de la participación popular

- Las personas pueden participar de forma democrática en la estructuración de la constitución que regirá su relación con el gobierno.

- Un referéndum facilita la transparencia y la rendición de cuentas, ya que se comparte con el público la información sobre la constitución y el proceso de elaboración constitucional.
- Las personas pueden educarse y familiarizarse con el contexto de los temas constitucionales antes de votar.

Costos

- La participación popular es muy costosa, absorbe muchos recursos, que pueden ser escasos, y podría no tener ningún vínculo probado con la legitimidad de la constitución.
- Los grupos de poder pueden manipular la participación popular ya sea a través de la formulación de las preguntas que se plantean al público o por medio de campañas partidarias que podrían influir en los votantes.
- En sociedades divididas por la identidad política de sus miembros, la participación sin más podría permitir que una mayoría étnica o religiosa simplemente adopte o rechace una propuesta constitucional en sus propios términos.
- La participación popular puede aportar legitimidad a medidas populistas que infringen o violan los derechos de las minorías.

Cada vez se considera más que la participación popular da legitimidad al proceso de elaboración constitucional, pero puede no tener ningún vínculo probado con la posterior legitimidad de una constitución, y es susceptible de ser objeto de manipulación.

La calidad de la participación popular en los países que salen de situaciones de conflicto y donde la ciudadanía ha sido excluida de la gobernanza por un tiempo prolongado sugiere que será necesario considerar la educación cívica. Por esta razón se ha recomendado que la educación cívica anteceda a la recopilación de opiniones sobre el borrador de la constitución en la etapa de

redacción. Asimismo, la calidad de la participación popular se percibe como más sólida cuando la educación cívica está a cargo de un órgano independiente, en vez de quedar en manos de los actores partidarios en el proceso constituyente, incluido el gobierno. En Bolivia, la Asamblea Constituyente organizó la participación pública y luego formó comités para recopilar los aportes de la población. En otros casos, una comisión independiente educó al público y recopiló sus opiniones, como ocurrió en Uganda.

Además, el rol del público está adquiriendo mayor visibilidad en las etapas de ratificación. Algunos procesos han permitido la participación popular en referéndums populares tanto para ratificar la constitución como para recopilar opiniones; por ejemplo, en Afganistán y en Kenia, donde anteriormente bastaba con la ratificación del parlamento. Sin embargo, los referéndums deben ser objeto de más cuidado cuando se utilizan en contextos de división social, para así evitar la polarización de un público ya dividido.

Dada la influencia ejercida por los grupos en el poder durante la elaboración constitucional, lograr el objetivo de tener negociaciones constitucionales inclusivas y ampliamente

participativas dependerá en gran medida de cuántas oportunidades significativas otorgue el marco legal y político a los grupos externos para modelar cualquier acuerdo constitucional resultante. Incluso con estructuras abiertas de diálogo político, los grupos en el poder tienden a concentrar una influencia desmedida sobre las negociaciones constitucionales. Si el proceso no considera estructuras de diálogo abiertas o la ratificación pública, la elaboración constitucional podría reducirse a un pequeño grupo de personas privilegiadas que se dividen el poder a puertas cerradas según sus propios intereses. Si bien la influencia de la élite en la elaboración constitucional es un hecho político, la experiencia ha demostrado que un diálogo más abierto, que comprenda una más amplia variedad de voces, puede generar un ímpetu constitucional independiente y propiciar la legitimidad. Por otro lado, ampliar el espectro podría alterar el equilibrio y la estructura de poder real, y conducir a acuerdos que los grupos dirigentes no habían previsto ni deseado.

Los responsables de la elaboración constitucional no pueden evitar adoptar el papel de líderes; aquí la pregunta es cómo hacer uso de los altos dirigentes en la elaboración constitucional sin necesariamente limitar el papel de aquellos que no ostentan cargos esenciales. Puede haber, por ejemplo, principios que requieran contar con líderes en ciertos momentos estratégicos, pero no en sesiones de trabajo detallado. Asimismo, puede haber líderes que faciliten los avances, o bien que obstaculicen el trabajo. Por otra parte, puede que los líderes estén obligados a cumplir las exigencias partidarias; muchos otros son influyentes durante la elaboración constitucional, pero no cuentan con mandato político, como es el caso de los jefes tribales, los líderes religiosos, los caudillos, los que ostentan el control de los medios y los líderes corporativos. En cada contexto los responsables de la elaboración constitucional deben entender por qué algunos líderes promueven el proceso de elaboración, mientras que otros lo resisten u obstaculizan, y en qué condiciones se pueden lograr concesiones entre ellos, todo con el fin de que la elaboración constitucional sea exitosa.

3.6. El papel de los actores externos

Si bien llevar adelante un proceso de elaboración constitucional constituye una potestad exclusiva de cada país, los responsables del diseño del proceso constitucional pueden aprovechar el apoyo que ofrecen los actores externos. Estos actores son variados, e incluyen a los donantes que ofrecen aportes financieros, por ejemplo para la participación pública, la educación cívica y las visitas de estudio; a especialistas en temas particulares que son invitados para asesorar sobre opciones específicas; a los actores multilaterales y bilaterales que pueden servir de mediadores, facilitar desde una perspectiva neutral las conversaciones más sensibles y ofrecer garantías de seguridad; a entidades internacionales a las que pertenezcan los Estados, las cuales pueden contar con principios y declaraciones normativas útiles para que los actores nacionales se ciñan a ciertos cursos de acción, y a organizaciones de la sociedad civil internacionales, que pueden ofrecer herramientas de apoyo y de monitoreo independiente. Los actores externos también contribuyen a destrabar bloqueos entre actores nacionales. En procesos dominados por un partido o grupo, se ha solicitado a los actores externos que examinen las opciones disponibles y ofrezcan alternativas, o bien que ayuden a mantener las distintas visiones sobre la mesa de conversación.

Los actores externos pueden ofrecer financiamiento, experiencia, mediación o neutralidad en las conversaciones, además de dar garantías de seguridad, pero sus roles no son neutrales ni están exentos de valores. En algunos casos, los valores que fomentan han estado en conflicto con los objetivos, ambiciones o prioridades de los constituyentes nacionales.

Lo importante es que los responsables de la elaboración constitucional comprendan que los papeles de los actores externos, o al menos los de la mayoría de ellos, no son neutrales ni están exentos de valores. Por una parte, los valores representados por cuerpos multilaterales como las Naciones Unidas, entidad de la que la mayoría de los Estados son miembros, pueden ser útiles para los responsables de la elaboración constitucional a nivel nacional. Es lo que ocurrió en Namibia cuando los actores nacionales que negociaban

con las Fuerzas Armadas para lograr la autodeterminación decidieron basar sus principios constitucionales en una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En este caso, la intervención histórica de las Naciones Unidas en Namibia antes de su independencia en 1990 sirvió de base para que los actores nacionales sin control total de su situación interna obtuvieran principios constitucionales para encauzar la elaboración constitucional hacia resultados legítimos nacional e internacionalmente. Por otra parte, las propias Naciones Unidas se han valido de su compromiso con los derechos humanos internacionales como un factor crucial de su legitimidad en todos los casos en que han participado en un proceso de elaboración constitucional, por medio de su Secretario General (Nota orientativa del Secretario General sobre la asistencia de las Naciones Unidas a los procesos constitucionales⁴).

En algunos casos, los valores que fomentan los actores externos están abierta o encubiertamente en conflicto con los objetivos, las ambiciones y las prioridades de los responsables nacionales de la elaboración constitucional. Por ejemplo, los actores externos podrían determinar el momento y la duración del proceso de elaboración, mientras se pone mayor énfasis en la etapa de redacción. En Camboya, el Acuerdo de Paz de París (1991) exigía que la redacción se completara en 90 días, lo cual resultó en la Constitución de 1993. Muchos camboyanos podrían argumentar que ese plazo fue limitante; sea como sea, el golpe de Estado de 1997 se considera una evidencia de lo acertadas que fueron las advertencias de que no todos los actores contenciosos habían sido incluidos en el proceso. Los responsables nacionales de la elaboración constitucional deberían insistir en quedar a cargo de la decisión acerca del tiempo y la duración del proceso.

En otros casos, los responsables de la elaboración constitucional han incorporado aspectos sustantivos a las constituciones debido a la presión o influencia de actores externos. Esto puede derivar en un problema de legitimidad, pero el efecto práctico inmediato podría ser que la constitución no se implemente o que no funcione por no estar adaptada al contexto. Para prevenir esta situación, se suele aconsejar a los actores externos que eviten los roles visibles cuando se trata de elegir opciones, o que operen bajo principios y estructuras normativas en apariencia transparentes. Los responsables nacionales de la elaboración constitucional también deben diseñar los procesos de elaboración de constituciones de manera que resulten en procesos y en resultados sustantivos legítimos.

Cuando sea viable, un buen punto de partida es definir las prioridades o los objetivos nacionales e integrar a cualquier actor externo dentro de este marco. Politizar la participación de los actores externos como medida “proteccionista”, sin embargo, es una reacción simplista, dado que al hacerlo la discusión se aparta del problema real y podrían desperdiciarse otras contribuciones de utilidad que podrían aportar dichos actores al proceso de elaboración constitucional.

4. Cuestiones relacionadas con las opciones sustantivas

Muchos grupos de interés no tienen del todo claro de qué lado están frente a ciertos temas. Este tipo de incertidumbres podría obstaculizar la tarea de llegar a un consenso más amplio sobre el contenido constitucional. Mientras más amplio sea el nivel de consenso requerido, mayor será el tiempo que necesitarán los constituyentes para tomar una decisión y mayores serán los costos de esa toma de decisiones. Además, muchos grupos con intereses y trasfondos distintos calcularán cómo maximizar su propio beneficio mediante las decisiones institucionales tomadas durante la elaboración constitucional.

Una constitución puede no zanjar todas las cuestiones de fondo.

Puede suceder que una constitución no zanje todas las cuestiones de fondo. Los responsables de la elaboración constitucional han debatido sobre qué cuestiones se deben incluir en la constitución y con qué nivel de detalle. En un proceso dirigido nacionalmente son, por supuesto, libres de diseñar la constitución según los criterios locales. En la medida en que los temas se vuelvan controvertidos e inabordable, el riesgo de que haya “saboteadores” aumenta. Estos son actores que pueden conseguir que no se implementen las disposiciones de una constitución a las que se oponen o a las que se resisten. A la hora de elegir entre las diferentes opciones sustantivas, los responsables de la elaboración constitucional suelen necesitar tiempo para manejar a los potenciales saboteadores por medio de tratos o persuasión, de modo que la constitución entre en vigor con la confianza de un amplio rango de actores, y se consolide en las instituciones públicas y el gobierno. Al mismo tiempo, puede que necesiten manejar una variedad de expectativas, particularmente de los grupos marginalizados.

Algunos asuntos han sido más controvertidos y debatidos que otros. En general, algunas áreas respecto de las cuales los responsables de la elaboración constitucional suelen buscar orientación o han tardado más tiempo en tomar decisiones definitivas se relacionan con los regímenes de poder (quién lo ostenta, cuánto poder tiene y con qué fin), y también con las cuestiones sobre los derechos, particularmente con relación a creencias o costumbres que, pese a estar extendidas, pueden ser contradictorias; a la pluralidad de los actores políticos y otros interesados, incluida su diversidad, y a la subordinación de la acción política a un marco legal efectivo para así prevenir los abusos y la impunidad. A continuación se exponen los desafíos relativos a estos conflictos.

4.1. Diseño institucional

Los responsables de la elaboración constitucional suelen deliberar extensamente sobre cuál diseño institucional adoptarán en respuesta a un conflicto. Muchas veces el diseño institucional se teoriza sobre la base de la experiencia constitucional, la que, de todos modos, no es consistente: debido especialmente a la presencia de conflictos, la práctica constitucional es extremadamente sensible al contexto particular. Esta Guía también teoriza sobre el diseño basándose en las experiencias recientes y las tendencias de la elaboración constitucional. Las perspectivas teóricas principales se refieren a: (a) las dinámicas que concentran o dispersan el “poder” y (b) las dinámicas que legalizan asuntos en las constituciones, comparadas con aquellas que buscan crear más espacio para la política. Además, también se destaca la relación entre el texto constitucional y sus propósitos más amplios, que van más allá de consagrar la ley suprema.

4.1.1. Arquitectura constitucional

La arquitectura constitucional conecta los textos constitucionales con sus funciones e intenciones subyacentes. Los elementos incluidos en una constitución están íntimamente relacionados con los propósitos que se espera que cumpla, para lo cual ha sido diseñada. Más adelante, en la etapa de implementación de la constitución, comprender la arquitectura constitucional es útil para interpretar el texto de la constitución. A este respecto, una opción consiste en considerar que la constitución es un instrumento “marco”. De acuerdo con las intenciones que subyacen en su diseño, el texto incluye solamente aquellas cuestiones normativas y sustantivas y aquellos principios alrededor de los cuales existe un consenso. La constitución marco puede asignar un gran número de temas sobre los cuales no existe consenso actualmente a negociaciones legislativas futuras, aunque puede estipular los principios generales que guiarán esa legislación. Si en 2010 los responsables

Los elementos incluidos en la constitución están íntimamente ligados al propósito para el cual está diseñada. Una opción es considerarla un instrumento “marco” que incluye solamente aquellos asuntos normativos y sustantivos y aquellos principios alrededor de los cuales existe un consenso.

de la elaboración constitucional en el actual proceso de Nepal hubiesen acordado adoptar una constitución marco que incluyera una agenda legislativa, quizás no habrían excedido los dos años establecidos para la Asamblea Constituyente. Sin embargo, el costo habría sido aplazar otros temas cruciales, como la conclusión del proceso de paz.

El enfoque de “estructura básica” ofrece a quienes elaboran constituciones la opción de centrarse en las funciones clave de gobierno, dando prioridad al establecimiento de las instituciones que ejercerán la autoridad gubernamental, como los tres poderes del Estado: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

El enfoque de estructura básica también puede incluir acuerdos de descentralización. Existe la presunción de que el gobierno tiene la autoridad legal para actuar, a menos que exista una limitación contemplada por la constitución o por otra ley. Distintas estructuras de gobierno pueden predominar en ciertas áreas, pudiendo así limitar y controlar la autoridad del gobierno, resguardar las libertades individuales y crear un equilibrio político.

También existe el enfoque “basado en los derechos”. Siguiendo principalmente el modelo de la revolución francesa de 1789, este enfoque considera que el fundamento del Estado es la protección de los derechos y el bienestar de sus ciudadanos y ciudadanas. En este caso, el gobierno se establece para dar efecto con prioridad a estos derechos. Tal enfoque puede enfatizar una cultura

Otra opción es adoptar el enfoque “basado en los derechos”, que hace hincapié en la cultura constitucional legal, articula opciones para la ejecución legal y administrativa de los derechos, e indica el nivel de compromiso hacia estos.

constitucional legal y articular opciones para la realización legal y administrativa de los derechos. Esta aproximación ha permeado constituciones que usan predominantemente el lenguaje de los derechos para representar cambios drásticos. Los responsables de la elaboración constitucional destacan el propósito de este enfoque posicionando los derechos al principio del texto constitucional. El artículo primero de la Constitución de Guatemala (1985) establece que la constitución es la base para la formación del gobierno guatemalteco, cuya responsabilidad es proteger a la persona y a la familia. Esta constitución en particular marcó el fin de una de las más cruentas guerras civiles de Centroamérica, entre 1962 y 1985, pero su arquitectura y estilo, que enfatizan los derechos, son acordes con la tradición constitucional hispanoamericana. Esta orientación también puede indicar el nivel de compromiso con los derechos. Por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica (1996) usó este enfoque para proveer el cumplimiento y la realización legal de los derechos económicos, sociales y culturales, y la aplicación de la Declaración de Derechos, de manera “horizontal”, en las relaciones entre ciudadanos privados, y reconoció además el derecho a huelga de los integrantes de las fuerzas militares. Cada una de estas disposiciones es llamativa en sí misma, y la inclusión de ambos derechos suele ser la razón por la cual esta constitución es considerada como la que más favorece los derechos.

4.1.2. Constituciones “jurídicas” y “políticas”

La “constitución jurídica” enfatiza la supremacía de la normativa constitucional, posicionándola por encima de cualquier otra forma de ley, imponiendo obligaciones legales y situándola bajo tutela judicial. Por otro lado, una “constitución política” sitúa la búsqueda de soluciones en el proceso político y dentro de un marco político más amplio, típicamente bajo la autoridad de una institución política como una asamblea legislativa o un consejo de Estado.

Una “constitución jurídica” enfatiza la supremacía de la constitución y la sitúa bajo la tutela del poder judicial. Debe haber protecciones para impedir que mayorías transitorias alteren con facilidad sus principios fundamentales. Una “constitución política”, por otra parte, confía la solución de las cuestiones al proceso político dentro de un marco político más amplio.

Las constituciones jurídicas y políticas surgen de las estrategias de actores interesados. Quienes apoyan una constitución jurídica prefieren que la certeza jurídica proteja sus intereses frente a futuros acuerdos políticos. Abordar las disputas desde la perspectiva jurídica también puede permitir que los actores eviten una reacción política adversa, ya sea real o aparente. Por ejemplo, los delegados sudafricanos en la Asamblea

Constituyente (1994-1996) decidieron específicamente postergar y delegar la decisión sobre la abolición de la pena de muerte (apoyada por muchos votantes) en la nueva Corte Constitucional. A pesar de ese apoyo popular, la Corte declaró a la pena de muerte inconstitucional, fundamentando su decisión en la consagración de los derechos humanos en la Constitución Interina (1994-1996). Esta Guía se refiere al enfoque que aborda las disputas legales como “juridificación”.

Los expertos a favor de la juridificación suelen argumentar que:

- El régimen gobernante no equivale a una mayoría democrática (podría ser un gobierno minoritario o uno que apenas alcanza la mayoría), por lo que la constitución debe siempre imponer controles legales a los gobernantes y a los políticos.
- Cualquier cambio fundamental requiere el mayor consenso, el cual rara vez ocurre fuera de la elaboración constitucional. Una vez acordadas en las constituciones, las protecciones deben impedir que las mayorías transitorias alteren con facilidad los principios fundamentales.
- En sociedades profundamente divididas, quienes abogan por una visión política de la constitución pueden a menudo asegurarse victorias electorales y así el dominio de las instituciones políticas, ya sean las asambleas legislativas, el poder ejecutivo o los partidos políticos, en beneficio de su base de poder. La juridificación es más igualitaria.
- Una mayor claridad en la constitución puede reforzar la rendición de cuentas de los funcionarios. Por ejemplo, una cláusula que requiere que la policía acuse a una persona dentro de las 48 horas siguientes al arresto define cuándo ocurrirá una infracción e identifica al autor; es necesario un cierto nivel de claridad al estar la vida y la libertad en juego. Los grupos minoritarios pueden exigir mayor detalle en el establecimiento de los derechos de las minorías para reducir el futuro alcance de la intervención legislativa.

Pocas constituciones en contextos de profunda división siguen sometiendo sus decisiones puramente al imperio de una mayoría política. Para ofrecer protecciones reales, sus

controles y contrapesos deben ser prácticos y factibles. El principio constitucional acerca de la necesidad de limitar cualquier mayoría es de suma importancia en Estados nación multiculturales o plurales. En tales contextos, la percepción generalizada de que la constitución es la ley suprema adquiere gran importancia.

Al mismo tiempo, las constituciones expresan ideas y arreglos bajo la forma de acuerdos políticos, reflejando así el equilibrio de poder existente cuando fueron acordadas. No es raro que estos acuerdos hayan sido la

Las constituciones expresan ideas y arreglos como acuerdos políticos, y reflejan el equilibrio de poder del momento en que fueron acordadas. Una constitución puede reflejar principios generales y permitir que la convención política y la práctica consuetudinaria llenen los vacíos. Este enfoque político pone énfasis en el diálogo por la resolución judicial de problemas constitucionales.

única forma adecuada y políticamente viable de llevar a cabo la transición de lo antiguo a lo nuevo. Promover una visión política se opone inherentemente a la juridificación y al engrandecimiento del poder judicial.

Los titulares de los cargos públicos (o sus partidos) suelen reclamar, sobre la base de su mandato electoral, su derecho o incluso su deber de interpretar la constitución. Quienes proponen el enfoque político prefieren que el gobierno o el poder ejecutivo sea el beneficiario de una fuerte presunción de constitucionalidad de la acción política. Además, solicitan que las limitaciones a la autoridad del gobierno no solo figuren en la constitución, sino también en la legislación, que puede ser enmendada por los grupos que se alternan en el poder. La constitución puede incluso establecer que los representantes electos ejerzan la soberanía. La Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía (1995) reconoce la supremacía de la constitución, pero cuando surgen disputas que requieren de una interpretación constitucional, el Consejo de Investigación Constitucional debe investigar y recomendar nuevas medidas a la Cámara de Representantes, que es el único organismo capacitado para dirimir disputas constitucionales.

Quienes apoyan el enfoque político argumentan que:

- En vez de establecer detalles legales, la constitución debe reflejar principios generales y permitir una cierta ambigüedad, de modo que la convención política y la práctica consuetudinaria llenen los vacíos que no estén contemplados por escrito. Por ejemplo, una convención que indica que un Estado no puede declarar su secesión de la unión federal (EE. UU.), o que hay alternancia en la presidencia entre las partes norte y sur del país (Nigeria).
- Solo los cargos públicos sujetos a remoción deberían decidir las cuestiones constitucionales de forma definitiva. Las reformas deben ser precedidas por la democracia directa y la iniciativa pública, de manera tal que la constitución se desarrolle principalmente mediante la contienda política.
- Una democracia constitucional resuelve la gran mayoría de las disputas mediante la deliberación política y la votación.
- Los poderes judiciales suelen carecer de la información necesaria para llegar a decisiones informadas. Por ejemplo, ¿cuáles son las consecuencias de que los jueces invaliden los acuerdos de paz entre un gobierno elegido democráticamente y los rebeldes armados, debido a que ese acuerdo infringe una disposición constitucional que exige la indivisibilidad de un Estado unitario? ¿Qué pasaría si el poder judicial opina que un gobierno electo debe renunciar porque algunos integrantes del partido político gobernante han cometido fraude electoral? A diferencia de los legisladores que tomen una decisión similarmente contenciosa, los jueces no se enfrentan a las consecuencias electorales de sus decisiones. Aun si se le encomienda su resolución a una corte constitucional, la naturaleza de un problema político hace necesario que la corte tome una decisión política.
- La cultura jurídica puede ser insuficiente para soportar el deber de hacer cumplir legalmente las materias altamente contenciosas.

El enfoque político enfatiza el diálogo por encima de la judicialización de los temas constitucionales. Desde esta perspectiva, los mecanismos de consulta están dispersos en las constituciones, ya sea como consejos constitucionales, consejos de seguridad, comisiones parlamentarias bipartidistas obligatorias, ejecutivos divididos, reparto de poder por mandato constitucional, reparto de poder por mandato electoral, cámaras altas del parlamento con funciones diferenciadas, consejos económicos o similares. Además, hay amplias referencias a “cómo” tomar las decisiones, no solo en lo referente a las reglas de los procesos legislativos en la constitución, sino también en lo que respecta a la exigencia de que las decisiones del ejecutivo adopten formas determinadas. Se puede incluir una exhortación al consenso y a la cooperación del gobierno. Todas estas son, en esencia, opciones que favorecen el diálogo.

Cabe señalar que las constituciones jurídicas y políticas están interrelacionadas. Tras un examen más detallado, muchos responsables de la elaboración constitucional adoptan tanto el enfoque de la constitución jurídica como el de la política. Un enfoque puede ser el dominante para tratar ciertos problemas (por ejemplo, los derechos humanos, la interpretación constitucional) y el otro, para otro tipo de problemas (por ejemplo, las relaciones exteriores o la gobernanza económica). Sin embargo, las tendencias constitucionales actuales favorecen la juridificación, que se manifiesta en el creciente nivel de detalle de las constituciones, en la extensión de la supremacía judicial para un número cada vez mayor de cuestiones y en la creación de nuevos tribunales constitucionales, como ocurrió recientemente en Indonesia, Mongolia y Tailandia.

Tabla 1.2. Constituciones jurídicas y constituciones políticas

Constitución jurídica	Constitución política
<ul style="list-style-type: none"> • Énfasis en las limitaciones a la acción del gobierno. • Control judicial de la constitucionalidad de la acción del gobierno. • Idea de supremacía judicial; el tribunal constitucional es el custodio independiente de la constitución. • Organismos de control constitucional independientes de mayor prominencia. • Mayor cantidad de asuntos justiciables; mayor jurisdicción de los tribunales sobre temas constitucionales. • Claridad; la constitución es detallada para facilitar su ejecución legal. • El catálogo de derechos es más extenso y de mayor aplicación jurídica. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fuerte presunción de constitucionalidad de la acción de gobierno. • Idea de supremacía legislativa. • Pocos organismos de control constitucional externos o independientes. • Impugnación política en vez de control jurisdiccional. • Contiene principios generales en vez de detalles; se usa un lenguaje ambiguo. • La aplicación judicial de los derechos distingue entre las libertades fundamentales y aquellas demandas que requieren medidas políticas. • Es breve y compacta, e incluye los enfoques de marco constitucional y de estructura básica constitucional.

Constitución jurídica	Constitución política
<ul style="list-style-type: none"> • Enfocada en los derechos y, por ende, más larga. • La constitución y los tribunales resuelven un creciente número de asuntos, en vez de derivarlos a la política. • Reglas muy estrictas para las reformas constitucionales; uso de referéndums para dificultar los procesos de reforma. 	<ul style="list-style-type: none"> • La democracia directa y las iniciativas populares también sirven para resolver las cuestiones constitucionales.

4.1.3. “Agregación” y “dispersión” del poder

Por un lado, la democracia requiere una pluralidad de ideas políticas, así como controles y contrapesos en las relaciones entre las instituciones de gobierno, pues lo que la menoscaba es la concentración de poder en manos de unos pocos. La lógica del diseño institucional en un sistema democrático debe entonces apoyar el establecimiento de múltiples centros de poder a nivel nacional, e incluso verticalmente, entre un nivel nacional y uno subnacional.

Las corrientes actuales tienden a favorecer el enfoque jurídico, manifestado en la creciente cantidad de detalles incluidos en la constitución, en la extensión de la supremacía judicial sobre un número creciente de temas y en la creación de nuevas cortes constitucionales.

Dispersión del poder es el término usado para describir el efecto de asignar autoridad exclusiva para tomar ciertas decisiones constitucionales a múltiples órganos o cargos constitucionales autónomos. Si el diseño requiere una dispersión del poder, se puede realizar una separación horizontal (separación de poderes, un número más alto de organismos de control o guardianes constitucionales) y una separación vertical (formas de descentralización desde la desconcentración hasta el federalismo). Es posible dispersar el poder y aun así crear instituciones nacionales sólidas, dado que la dispersión ocurre en el nivel nacional, donde los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y otros organismos de control son sólidos y se controlan mutuamente. El poder puede dispersarse a su vez dentro del poder ejecutivo, de modo que el Presidente lo comparta con el Primer Ministro y un gabinete, y mediante consejos constitucionales que pueden coaccionar al poder ejecutivo.

Por otro lado, un país que inicialmente era democrático puede tender a concentrar el poder en manos del ejecutivo en razón de un conflicto o una persistente crisis nacional; por ejemplo, por medio del uso prolongado de los poderes que otorga el estado de emergencia. Para desconcentrar el poder del ejecutivo puede ser necesario que antes se consiga la pacificación. *Agregación* es el término utilizado para describir el efecto de reducir el número de actores o cargos autónomos que tienen poder exclusivo para tomar decisiones constitucionales. También puede verse como el efecto de permitir

que ciertos cargos constitucionales actúen de forma unilateral sin la oposición seria de otra institución.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden también perseguir el objetivo de maximizar el poder del gobierno para apoyar el bienestar general en contextos de profunda división. Las opciones constitucionales que se elijan deben entonces dar al gobierno el poder y el mandato adecuados para actuar. La agregación del poder puede considerarse en términos de su alcance y en relación con instituciones o grupos particulares. El efecto real es que las instituciones de alto nivel pueden enfrentar un gran número de problemas y que los poderes son conferidos a grupos reducidos que tienen más poder juntos que por separado.

El Parlamento británico ofrece un ejemplo de gran acumulación de poder. En términos de grupo, el poder se reduce a un único actor político, y en términos de alcance, el Parlamento, que está compuesto por el monarca, la cámara y el órgano legislativo, es supremo en todas las áreas. Hay impulsores del cambio constitucional que plantean que los Estados modernos se enfrentan a problemas que requieren de un gobierno con mayor capacidad de respuesta para lidiar con problemas complejos, internacionalizados y técnicos. Estos incluyen los temas mencionados anteriormente con relación al diseño constitucional para la democratización; es decir, crear igualdad entre grupos, proveer mecanismos que ofrezcan reparaciones y garantizar que ninguna relación de poder importante esté aislada de la política constitucional. La gente común generalmente quiere que el gobierno resuelva los problemas posconflicto más severos, los cuales pueden incluir el crimen generalizado, la reiniciación del sistema escolar, la mejora de la infraestructura de telecomunicaciones y transporte, la regulación de los cargos públicos del Estado que no estén restringidos por ley, etc., y en tales casos la capacidad gubernamental requerirá habilitación.

La democracia necesita pluralismo en las ideas políticas y controles y contrapesos en las relaciones entre las instituciones de gobierno. Lo que la menoscaba es la concentración de poder en manos de unos pocos.

La *agregación* es más concebible cuando las conexiones entre las personas son sociales, económicas y culturales con alguna forma de identidad colectiva, de modo que incluso los grupos sociales específicos

(mujeres, y minorías raciales o religiosas) que abogan por un trato igualitario busquen oportunidades justas dentro del sistema y no fuera de él. La agregación surge entonces como una posibilidad porque el poder focalizado no solo dirige una agenda de reforma en favor del bienestar general de manera más efectiva, sino que también lo hace de acuerdo con cálculos racionales, con más eficiencia. La opción de agregar el poder cuando los vínculos colectivos no son muy sólidos implica un riesgo de hegemonía de unos sobre otros, ya que el poder podría utilizarse para beneficiar a aquellos que están al mando, a costa de los demás.

Los responsables de la elaboración constitucional preocupados por esclarecer la razón misma por la que el gobierno debería existir (generalmente cuando la conciencia política y ciudadana es baja) también pueden ser los que acaben impulsando o reclamando la agregación. Esta puede ser asimismo una forma de dirigir el desarrollo de capacidades en

el Estado, identificando las políticas públicas que se adoptarán para mejorar la capacidad del Estado para satisfacer las necesidades de los ciudadanos. Los políticos suelen inclinarse por cargos más poderosos y prestigiosos. Con frecuencia, suelen citar el conflicto como razón para, en primer lugar, optar por la agregación constitucional del poder del Estado y, en segundo lugar, empoderar al gobierno de modo que logre sobrevivir a las crisis y sea un mejor gestor de riesgos.

La agregación y la dispersión son dinámicas, no estáticas. Algunos Estados con una diversidad rica y pacífica o tolerante, como España, tienden a reconocer este hecho mediante sistemas constitucionales que dispersan el poder. La experiencia de conflicto o graves crisis nacionales en otros Estados de amplia diversidad, como Ecuador, han empezado a inclinar la balanza a favor de concentrar el poder en el ejecutivo. La globalización de las condiciones de inclusión y exclusión ha promovido el reflejo de adoptar diseños que dispersan el poder. Los acuerdos de doble nacionalidad materializan este factor a nivel personal. Al mismo tiempo, un efecto de la globalización es que, si bien el Estado es más débil, la concentración de poder es una realidad, con la salvedad de que el poder se concentra en manos privadas (agrupaciones económicas, familias adineradas, grupos religiosos y medios de difusión globales). Como respuesta, algunos Estados tienden a devolver el poder a la política pública y hacerlo efectivo, inclinando la balanza en favor de la agregación. Como se señaló, se trata de un ciclo dinámico.

4.2. Sistema de gobierno

En las últimas décadas ha surgido un enfoque común en la elaboración constitucional: el establecimiento de gobiernos de unidad nacional o de grandes coaliciones para supervisar el proceso. Según este enfoque, la representación en el poder ejecutivo no se basa en una mayoría simple, sino que se reconoce que la unidad nacional requiere considerar distintos intereses. El resultado es que el poder ejecutivo ha estado constituido por distintos partidos con responsabilidades compartidas. Si bien este enfoque ha sido muy popular porque da espacios clave a los más altos líderes, según la evidencia empírica su éxito es muy limitado. Si se mantiene en el diseño del sistema de gobierno en una constitución, el resultado podría ser que el ejecutivo sea un terreno en disputa y un espacio para batallas políticas continuas que podrían debilitar el buen gobierno.

En un enfoque alternativo, la mayoría del liderazgo nacional se ha integrado en cuerpos legislativos deliberadamente numerosos. Si este tipo de cuerpo legislativo dirige el proceso de elaboración constitucional, un resultado posible es que el acuerdo político

se traduzca en un sistema parlamentario que favorezca la más amplia representación. Se puede entonces exigir la representación proporcional para permitir que los partidos entren a la asamblea con un umbral bajo. Sin embargo, el riesgo es que la representación de los partidos en la asamblea debilite su habilidad y capacidad para ejercer sus funciones

Un enfoque común que ha surgido en las últimas décadas es el establecimiento de gobiernos de unidad nacional o grandes coaliciones para supervisar el proceso de elaboración constitucional. Este enfoque ha tenido un éxito muy limitado.

básicas, incluida la elaboración de leyes. En este sistema, el poder ejecutivo puede convertirse en rehén de una política de partidos fraccionada en la asamblea.

Los responsables de la elaboración constitucional también deben considerar las consecuencias de diseñar sistemas de gobierno según el tamaño del gobierno, y, por lo tanto, su costo. La consecuencia más evidente es que un gobierno más grande es un gobierno más costoso. Sin embargo, un gobierno más grande también implica la creación de nuevos intereses.

4.3. El papel de los derechos humanos

La democracia, como marco normativo, requiere que los responsables de la elaboración constitucional apoyen y garanticen los derechos civiles y políticos. Dado que los derechos son indivisibles, existen varios derechos entendidos como económicos, sociales, culturales o colectivos cuyo reconocimiento complementa los derechos políticos y permite hacerlos realidad. En el contexto de diversidad que se describe más adelante, la única forma de que la protección constitucional sea efectiva, amplia e igualitaria para todas las personas es basándose en el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Los derechos humanos permiten dismantelar a nivel constitucional las inequidades injustificables. Los derechos humanos de las mujeres, los niños y las

personas con discapacidad son ejemplos de derechos que trascienden culturas y grupos de identidad, y que deberían garantizarse debido a la vulnerabilidad que tales grupos enfrentan, exacerbada cuando hay conflictos violentos y la división es profunda.

El reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales o colectivos completa los derechos políticos y permite hacerlos realidad.

4.4. Reconocimiento de la diversidad

En una sociedad profundamente dividida y diversa, una constitución legítima debe considerar la participación e inclusión total de los potenciales grupos en contienda del país. Se acepta también que incluso los grupos minoritarios tengan derecho a ser representados e incluidos en la elaboración constitucional. Así, planear la inclusión de la diversidad en las etapas iniciales forma parte de un buen comienzo. Los responsables de la elaboración constitucional han considerado opciones electorales en el momento de crear los organismos que deliberarán sobre la constitución, aunque también existen opciones de nombramiento para aquellos grupos que puedan verse subrepresentados una vez definida la conformación de estos organismos. Es particularmente importante asegurar la diversidad del grupo a cargo de la redacción propiamente dicha, que bien puede tratarse de un comité o una comisión, en vez del pleno de una asamblea, convención o conferencia.

El consentimiento democrático requiere de ciertos procedimientos para determinar cuál es la voluntad general. Sin embargo, es difícil asegurar que los métodos democráticos sean los que den contenido a la voluntad general en Estados polarizados o afectados por conflictos, particularmente cuando tal voluntad se equipara con una mayoría electoral o legislativa.

En contextos donde las identidades políticas están muy arraigadas y no se pueden cambiar fácilmente, las elecciones difícilmente expresarán por sí mismas la voluntad general, y habrá oposición constante a sus resultados. Las decisiones tomadas por la mayoría pueden ser ilegítimas si infringen garantías constitucionales. Sin embargo, ponerse de acuerdo sobre esas garantías requiere el más amplio consentimiento, lo cual toma tiempo, especialmente en contextos de profunda división. India, la democracia más grande del mundo, es también uno de los Estados más diversos. Hasta el momento ese país ha abordado sus dificultades de diversidad por medio de derechos individuales liberales que coexisten con la definición constitucional de la condición especial de las minorías, bajo el entendimiento de que todos los derechos derivan de la constitución misma.

Los grupos basados en el origen étnico, la nacionalidad, la casta y otras categorías de identidad suelen oscilar entre apoyar o no la democratización y la elaboración constitucional según qué esperan ganar o perder.

El reconocimiento constitucional de principios relacionados con la diversidad es un punto de partida. Sin embargo, para asegurar la protección oficial de la diversidad se necesitarán opciones sustantivas que garanticen la titularidad sobre los derechos. Los derechos humanos pueden ser una puerta de entrada para ofrecer protección real a la diversidad, y a estas alturas se encuentran particularmente bien desarrollados en lo referente a las minorías y los pueblos indígenas. El reconocimiento del pluralismo legal o judicial también es útil. Sin embargo, los responsables de la elaboración constitucional tendrán que pensar cómo resolver los conflictos entre sistemas legales.

Para abordar la representación de grupos diversos en el nivel nacional y en otros niveles de gobierno se puede requerir de normas electorales y acuerdos de distribución de poder, frecuentemente vinculados a una fórmula numérica. Por lo tanto, el diseño institucional para opciones sustantivas debe considerar varias alternativas.

En el fondo, la pregunta clave que subyace a la selección de opciones depende del objetivo: si la idea es reconocer la diversidad

Es complejo garantizar que los métodos democráticos en Estados polarizados o afectados por conflictos sean los que den contenido a la voluntad general, particularmente cuando tal voluntad se reduce a una mayoría electoral o legislativa. En una sociedad profundamente dividida y diversa no se puede crear una constitución legítima sin la más amplia participación e inclusión de grupos con potenciales intereses en conflicto.

Para que se adopten las medidas oficiales adecuadas para proteger la diversidad es necesario garantizar los derechos. Los derechos humanos pueden ser una vía para ofrecer una protección real a la diversidad y están especialmente bien desarrollados en relación con las minorías y los pueblos indígenas.

La diversidad se puede reconocer desarrollando una base de identidad común con todos los grupos en una corriente principal o por medio de medidas como reservas y garantías de autonomía. La democracia en contextos de polarización con líneas de identidad arraigadas es tanto una solución como una fuente de nuevos problemas.

para desarrollar una base común de identidad y acción oficial con todos los grupos en una corriente principal, o, alternativamente, si lo que se persigue es reconocer la diversidad en cuanto a medidas como las reservas y garantías de autonomía, que preservan los distintos espacios en que los diversos grupos pueden operar. La democracia en el contexto de polarización en torno a líneas de identidad arraigadas es tanto una solución como una fuente de problemas. En dichos contextos, los responsables de la elaboración constitucional deben prestar especial atención a los principios, normas e instituciones que merecen ser elevados y protegidos frente a la política mayoritaria normal en sociedades ricas en diversidad. En términos generales, la práctica muestra que las propuestas comunes de dejar en su propio nicho, incluyendo nichos territoriales, a los grupos religiosos; étnicos y raciales; sociales, y a otros grupos que se encuentren bien organizados dentro del régimen constitucional nacional constituyen una barrera importante para la solución del problema, porque impiden la coordinación constitucional y no ofrecen incentivos para la acción colectiva. Los movimientos sociales que parten desde las bases y la formación de partidos políticos han tenido lugar en torno a identidades ciudadanas comunes, no en torno a identidades étnicas arraigadas. Segundo, las coaliciones de partidos políticos y las asociaciones que defienden intereses particulares que lidian con desigualdades generalizadas por medio de políticas públicas tienen más posibilidades de prosperar cuando están basadas en la ciudadanía y no cuando se basan en autoridades tribales y nativas.

4.5. Estado de derecho

Fundamentalmente, el propósito principal de la elaboración constitucional es codificar acuerdos en un texto jurídico que los tribunales harán cumplir en su calidad de ley suprema. Esto es parte de la creación de un Estado de derecho, que es importante para garantizar que la elaboración constitucional no sea solamente una excusa para que los actores políticos se repartan el botín. El Estado de derecho debe ser defendido para imponer los límites necesarios a las acciones políticas. Si el proceso de definir el marco constitucional es dirigido solamente por intereses políticos de los grupos políticos involucrados, puede que más adelante nada limite el poder de estos últimos. Por eso es fundamental establecer por adelantado alguna forma de legalidad para asegurar que el proceso de elaboración constitucional esté dentro de un marco predecible de normas legales. En la implementación, esto sirve para garantizar una base de igualdad para todos aquellos participantes que se atengan a las reglas que afectan a todos.

Desde la perspectiva de los resultados sustantivos, el Estado de derecho se basa en la supremacía de la constitución en todas las esferas de la vida pública. Esencialmente, cada Estado tiene un marco o sistema jurídico que determina cómo una constitución pasa a ser ley suprema. Si aún sigue vigente, ese marco puede influir en los procedimientos que usan los negociadores para efectuar el cambio constitucional. Si es débil o inexistente, puede que sea necesario aplicar un marco jurídico alternativo —como una constitución interina o una constitución previa— de forma urgente. El marco jurídico preexistente permite que las partes interesadas o los nuevos actores cuestionen la legalidad o validez de los cambios constitucionales propuestos, lo que reduce la posibilidad de que las fuerzas políticas monopolicen el proceso.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden optar por un órgano soberano con un mandato legal de formular la constitución, como las asambleas constituyentes de Nepal o Sudáfrica. Dado que la asamblea actúa siguiendo un mandato originario y soberano, esta opción implica que la constitución que emane de esta institución será autorizada por un poder originario y será la ley suprema. Ello será así a menos que la constitución misma también encarne la supremacía de otras leyes, como se ve en la discusión sobre la creación de una cultura de derechos humanos. En otros casos, los responsables de la elaboración constitucional han llamado a referéndums públicos para manifestar la voluntad soberana por medio de una votación que respalde la nueva constitución como ley suprema. En Kenia se llamó a un referéndum a pesar de que no había precedente de ello en el país; esto fue así porque se aceptó popularmente que los poderes ejecutivo y legislativo carecían del mandato legal para reemplazar la constitución en su totalidad, por el hecho de haber sido creados por una constitución preexistente. Solamente el pueblo podía hacerlo, en virtud de la idea de que la soberanía radica en el pueblo. Esta opción también se utilizaría para dar sustancia a las enmiendas de aquellas disposiciones constitucionales que se encuentran consolidadas.

La pregunta que surge es qué debería ocurrir cuando una nueva constitución impide que las leyes preexistentes continúen vigentes. Un desafío es decidir si revocar todas las leyes de manera inmediata, por ejemplo, para instalar un nuevo orden legal; o bien, si algunas leyes se van a mantener, y en ese caso, cuáles y por cuánto tiempo. En Sudáfrica, uno de los primeros problemas de implementación estuvo centrado en si debía o no haber continuidad legal. La nueva constitución había interrumpido la vigencia de los gobiernos locales, pero las nuevas instituciones no habían tenido tiempo de instaurar nuevas reglas para el funcionamiento del gobierno local. Entonces, el Presidente Nelson Mandela apeló a su poder ejecutivo para decretar nuevas normas que permitieran que el gobierno local siguiera funcionando. Esta acción ejecutiva fue impugnada rápidamente ante los tribunales por su inconstitucionalidad, principalmente porque la constitución reconocía la separación de poderes como principio fundamental, lo cual se entendía también como una limitación a la capacidad del ente legislativo de delegar su poder de elaboración de leyes. Para prevenir esta posibilidad, algunas constituciones reconocen expresamente el mandato del ejecutivo de dictar normas de transición, las que solo rigen hasta que el poder legislativo gestione el asunto mediante el poder adecuado. En aquellos casos en que la ley antigua caducó, puede que no haya más opción que permitir legislar por decreto temporalmente. Cuando es la propia constitución la que revoca la legislación preexistente, es posible que los responsables de la elaboración constitucional deban considerar opciones de transición como las cláusulas de suspensión (*sunset clauses*) y las cláusulas de aplicación diferida (*sunrise clauses*) de Sudáfrica.

Invaldar leyes antiguas tiene consecuencias: el orden social puede que dependa de las decisiones legales tomadas por el antiguo régimen. En aras de la buena gobernanza y por razones normativas que subyacen al Estado de derecho, la constitución puede renegar de todas las leyes anteriores y aun así mantener decisiones particulares tomadas en virtud de dichas leyes. Los responsables de la elaboración constitucional pueden nombrar un comité o tribunal especial para examinar la validez de tales decisiones, ordenando así una revisión caso por caso en vez de aplicar indiscriminadamente ciertos principios generales.

Aun en los lugares donde las constituciones introducen un orden legal completamente nuevo, siempre va a existir cierto nivel de continuidad legal en algunas áreas. Por ejemplo, las constituciones nuevas suelen garantizar la continuidad de los derechos de ciudadanía obtenidos en el orden jurídico previo. La mayoría de los sistemas legales crean derechos que los responsables de la elaboración constitucional no deberían desestimar arbitrariamente, particularmente si están protegidos por otros acuerdos regionales o internacionales que son previos a la nueva constitución. Si bien quienes redactan constituciones pueden reescribir la ley sustantiva, por motivos institucionales y de Estado de derecho deberían conservar formas y marcos procedimentales que sean familiares; por ejemplo, las audiencias de tribunales que determinan el estado de derechos adquiridos. Al reformar solamente la ley sustantiva, los actores institucionales como los jueces y el personal militar pueden continuar aplicando sus competencias particulares, incluso si la nueva constitución modifica sus instituciones según se requiera.

5. Cómo usar esta Guía

5.1. Objetivos de esta Guía

Esta Guía está pensada para un público involucrado en la elaboración constitucional en su país. Es una herramienta desarrollada considerando la historia reciente de la elaboración constitucional, durante la cual la mayoría de los países del mundo han experimentado tal proceso. Su finalidad es compartir el cada vez mayor entendimiento sobre la elaboración constitucional entre los expertos que participan de ella.

La Guía es importante en primer lugar porque es una de las pocas herramientas de esta naturaleza disponible para quienes redactan constituciones. En segundo lugar, su forma de lidiar con cuestiones centrales del proceso de elaboración constitucional enfatiza la importancia de un aprendizaje basado en el contexto, en vez de aplicar un mismo modelo a todos los países por igual. La relevancia de la Guía se verá reflejada en la manera en que los expertos la utilicen para buscar respuestas.

5.2. Enfoque de esta Guía

La Guía subraya la importancia del contexto para determinar el proceso de elaboración constitucional y sus resultados. No es un prototipo de opciones de elaboración constitucional ni un manual con criterios generalizados; más bien, busca destacar algunas de las opciones que los responsables de la elaboración constitucional han considerado o pueden considerar respecto de los temas sustantivos constitucionales más comunes en el contexto de procesos constitucionales afectados por conflictos.

Si bien la Guía se enfoca en las constituciones como documentos clave de los sistemas políticos, el sistema constitucional se entiende como un todo. La Guía anima a los responsables de la elaboración constitucional a distinguir entre lo que las constituciones dicen o insinúan, y cómo funcionan en realidad. Se suelen dar ejemplos de constituciones a lo largo del mundo, pero no se debe considerar por ello que se apoya a una constitución o disposición en particular. Más bien, se incentiva a que quienes redactan constituciones

revisen los ejemplos para pensar bien en las opciones disponibles y adecuadas según su propio contexto de elaboración constitucional.

Dado que las cuestiones constitucionales están interconectadas, el significado de un artículo puede verse alterado por otro artículo dentro de la constitución. Para facilitar esta visión integral de las constituciones, cada capítulo aborda cada institución específica considerando a la vez una visión holística. Por lo tanto, cada capítulo es autónomo, lo que permite al público objetivo utilizarlo según sus necesidades.

La Guía es una herramienta. Cuenta además con el sustento y la experiencia de IDEA Internacional, que se comparten mediante asistencia directa, capacitación y un sitio web dedicado a estas materias.

5.3. Resumen de los capítulos

5.3.1. Capítulo 1. Introducción

Al comenzar, los responsables de la elaboración constitucional deben tomar dos tipos de decisiones: primero, aquellas relacionadas con la dimensión del proceso (por ejemplo, los procedimientos, las instituciones, las reglas, los plazos y las responsabilidades para la toma de decisiones), y, segundo, aquellas relacionadas con el contenido. En contextos afectados por conflictos, la legitimidad dependerá a menudo de estas dos decisiones. Este capítulo enfatiza la importancia del contexto como guía clave para los responsables de la elaboración constitucional a la hora de iniciar el proceso de elaboración. Se estructura de la siguiente forma.

- Primero, se identifican las observaciones generales y los supuestos clave del capítulo.
- Segundo, a partir de una breve descripción general de la práctica de la elaboración constitucional a nivel global, se mencionan los desafíos generales que frecuentemente surgen cuando el proceso de elaboración ocurre en contextos afectados por conflictos.
- Tercero, se discuten los aspectos de la dimensión del proceso relacionada con la obtención de resultados legítimos.
- Cuarto, la discusión se conecta con algunos temas de fondo que surgen en el proceso.
- Quinto, el capítulo 1 introduce la Guía, indica cómo usarla y proporciona una descripción general de los otros capítulos.

5.3.2. Capítulo 2. Principios y temas transversales

Las constituciones juegan un papel importante a la hora de establecer y elevar ciertos principios centrales para crear una sensación de unidad y de valores compartidos. Sin embargo, su significado va más allá de lo puramente simbólico. Los principios permiten echar luz sobre el significado y el funcionamiento de una constitución. Este capítulo explora la forma en que se desarrollan los principios constitucionales, ya sea por medio

de negociación e incorporación explícita a la carta fundamental, ya sea por medio de su aparición posterior a partir del texto, la estructura y la implementación de la constitución. También explora el rol de los principios constitucionales dentro del gobierno, es decir, si apoyan ciertas interpretaciones constitucionales u ofrecen lineamientos a quienes elaboran las políticas públicas. Este capítulo también identifica cómo la incorporación de principios constitucionales está relacionada con ciertos temas transversales abordados por cualquier constitución. Trata ciertos temas, como el Estado de derecho, el manejo de la diversidad, la igualdad de género, la religión y las relaciones internacionales, y discute cómo una constitución puede abordarlos, por medio de su lenguaje o de disposiciones específicas. El capítulo explora cómo el contexto y las tendencias dentro de un país pueden dar cierta forma y sentido a los principios constitucionales y a las disposiciones relacionadas con esos temas.

5.3.3. Capítulo 3. Desarrollo de una cultura de derechos humanos

Existen varias razones para incluir los *derechos humanos* en una constitución: entre otras, que restringen el poder del gobierno, son un componente básico de la democracia, establecen las bases para crear una cultura sobre los derechos humanos y son parte integral de la legitimidad de la constitución. Una *cultura de derechos humanos* otorga espacio a los individuos y grupos para organizar y sumar sus intereses, y les permite a las personas comunes enfrentarse a los funcionarios públicos y a las instituciones del Estado. Dicha cultura tiene que ver con cómo “funcionan” los derechos humanos, y por tanto va más allá de la constitución y toca otras complejas dimensiones sociales. El derecho internacional dicta que los derechos humanos son universales, inalienables e indivisibles. Sin embargo, los motivos para incluir y proteger ciertos derechos en la constitución es un tema tan disputado como la naturaleza y el propósito de la constitución misma. Un desafío clave no es solo acordar un catálogo de derechos, sino también que la protección de los derechos humanos contribuya a la coexistencia pacífica de grupos socialmente diversos y afectados por conflictos. Este objetivo no está libre de tensiones, como se ve en los a veces intrincados debates sobre derechos humanos entre diversos segmentos sociales durante la elaboración constitucional. Entre ellos, vemos los derechos de los grupos minoritarios a disfrutar de medidas especiales; los derechos económicos relacionados con reivindicaciones sobre los recursos nacionales, y los derechos a la igualdad de las mujeres en las relaciones familiares. Otro reto es la implementación de los derechos, que claramente necesita de garantías institucionales para llevarse a cabo. Si bien la ejecución legal de los derechos fundamentales está bastante generalizada en las distintas tradiciones legales, los responsables de la elaboración constitucional también han buscado que el marco de implementación sea dinámico, de modo que quede espacio para que la política evolucione hacia un consenso más amplio sobre los derechos humanos.

5.3.4. Capítulo 4. Diseño del poder ejecutivo

Según los libros de texto, el poder ejecutivo representa uno de los tres posibles poderes del Estado, tradicionalmente con un objetivo específico: ejecutar o implementar la ley conforme la dicte el poder legislativo y lo interprete el poder judicial. En la práctica, el poder ejecutivo puede tener un papel singularmente poderoso y suele considerarse el

líder o gobernante natural de una nación, que personifica a nivel nacional y global la imagen del país. Así, no es sorprendente que la elección del líder del ejecutivo sea un evento importante que pueda causar discordia, particularmente luego de un conflicto en sociedades con una pronunciada identificación étnica. En efecto, muchos conflictos internos comienzan o resurgen durante la lucha por mantener, agrupar y/o dispersar el poder ejecutivo, ya sea dentro o fuera del marco constitucional.

El proceso de redactar una constitución no es un ejercicio puramente académico en que los actores buscan las mejores soluciones técnicas disponibles para su país. Los redactores y negociadores de la constitución también son actores o partidos políticos que buscan ver su propia agenda política reflejada en el texto constitucional. Así, el diseño constitucional suele representar un compromiso entre varios actores con distintos intereses y expectativas.

Mediante la exposición de opciones constitucionales en forma comparativa, estructurada y coherente, el capítulo sobre el poder ejecutivo intenta apoyar a los actores relevantes para que traduzcan sus agendas al formato constitucional, y también procura facilitar la adaptación de varios intereses en competencia a un compromiso constitucional viable. El capítulo se enfoca especialmente en las opciones constitucionales para desconcentrar los poderes del ejecutivo. Sin ignorar los posibles beneficios de un ejecutivo nacional fuerte en casos específicos, el capítulo presume que muchos conflictos violentos son causados o sostenidos, al menos en parte, por un poder ejecutivo excesivamente centralizado, que concentra el poder en unos pocos y margina a muchos. El resultado de desconcentrar el poder ejecutivo es permitir la participación de más actores en los procesos de toma de decisiones, sea dentro del poder ejecutivo o como parte de los controles institucionales frente a los otros poderes del Estado.

5.3.5. Capítulo 5. Diseño del poder legislativo

Las tres funciones básicas del poder legislativo son la representación, la elaboración de leyes y la supervisión. Como la institución más representativa de la política (al menos en el caso ideal), la asamblea legislativa representa la arena política donde compiten las opiniones divergentes de la sociedad. En un ambiente posconflicto, los grupos que antes se enfrentaban pueden tener problemas para reemplazar la violencia y el odio por la política. En tal situación, el diseño legislativo puede facilitar esta evolución, al crear un foro para la expresión, consideración y adecuación de diferentes opiniones.

Desde una perspectiva más práctica, el diseño constitucional representa un compromiso entre varios actores con distintos intereses y expectativas. Varios de los agentes que fueron parte de un conflicto, incluidos los que buscan sabotear el proceso posterior y los perpetradores de violencia, van a exigir que se dé cabida a sus intereses. Así, puede ocurrir que los responsables de la elaboración constitucional no logren la mejor constitución desde el punto de vista técnico, pero sí tengan éxito asegurando el mejor compromiso constitucional posible. Dado que los integrantes del poder legislativo provienen en su mayoría de los mismos partidos políticos, sus intereses —además de las visiones de sus líderes— muchas veces dominan el proceso de diseño del ente legislativo. Los partidos dominantes quizás negocien sobre la base de un modelo del tipo “el ganador se lleva todo” no solo respecto del sistema electoral, sino también respecto del diseño legislativo en su

totalidad, concentrando el poder legislativo al permitir que una mayoría simple ejerza una autoridad de gran alcance. Los partidos que representan a un grupo minoritario, sea religioso o cultural, podrían preferir un diseño distinto.

Es común que se depositen grandes expectativas en el poder legislativo y su rol en la estructura de gobierno. Especialmente en aquellos escenarios donde la población ha sufrido a causa de gobernantes autoritarios que han dirigido el país sobre la base de una rama ejecutiva fuertemente centralizada, se espera que el alivio provenga de una asamblea legislativa viable. Los defensores de la democracia pueden considerar que no hay nada problemático en un poder legislativo potente que acumula amplios poderes. El poder legislativo se percibe como una rama deliberativa en que la negociación y el compromiso, seguidos por elecciones, son la norma.

Sin embargo, el diseño de una rama legislativa de gobierno acarrea sus dificultades: los responsables de la elaboración constitucional pueden considerar que el poder legislativo sin restricciones bajo una regla de mayoría simple puede conllevar el riesgo de tiranía para los grupos minoritarios que no tienen representación suficiente.

El capítulo sobre el poder legislativo examina una variedad de opciones constitucionales de diseño legislativo y las organiza según tres funciones básicas: representación, supervisión y elaboración de leyes. Agrega también otros dos elementos: el grado de autonomía del poder legislativo y las tareas sustantivas adicionales de la asamblea junto con la elaboración de leyes.

5.3.6. Capítulo 6. Diseño del poder judicial

Las constituciones asignan la responsabilidad de resolver disputas e interpretar la ley al poder judicial. La mayoría de las constituciones también le otorgan a la rama judicial el poder de control de la constitucionalidad, como una forma de asegurar que la legislación y la acción del gobierno se ajusten a los requisitos constitucionales. Los poderes y procedimientos para el control de la constitucionalidad varían significativamente de una constitución a otra. En este capítulo se exploran varias opciones relacionadas con el diseño de dicho control. Además se discute el equilibrio de poder entre el poder judicial y los otros poderes del Estado. Si bien asegurar la independencia judicial es vital, la responsabilidad y la transparencia de los fallos legales también son esenciales. Finalmente, el capítulo explora un elemento de la estructura interna del poder judicial que es particularmente interesante en contextos de división: el pluralismo legal y las posibilidades de coexistencia armoniosa de múltiples sistemas jurídicos bajo una misma constitución.

5.3.7. Capítulo 7. Formas descentralizadas de gobierno

La descentralización generalmente ocurre por dos razones: (a) para acercar la distribución de servicios a la población, por temas de eficiencia y rendición de cuentas, y (b) para promover la armonía entre grupos diversos dentro de un país, para lo cual se permite cierto grado de autogobierno. Especialmente en sociedades fragmentadas por un conflicto violento, la descentralización puede apoyar una coexistencia pacífica de diversos grupos, culturas y religiones.

La descentralización incluye un elemento formal y uno sustantivo. Mientras que el elemento formal aborda la configuración estructural del gobierno, el sustantivo se refiere a la profundidad real de la descentralización, que se mide de mejor manera si se atiende a la descentralización administrativa, política y fiscal.

6. Conclusiones

La elaboración constitucional es un proceso político vulnerable a las circunstancias imperantes. Si bien quienes crean constituciones intentan diseñar procesos y resultados sustantivos legítimos y que respondan a problemas a corto y largo plazo, el futuro sigue siendo incierto. El éxito de la elaboración constitucional puede depender de factores que van más allá de la constitución misma. Sin embargo, los responsables de la elaboración constitucional pueden influir en la forma como se diseña el proceso, particularmente en lo referido a su carácter inclusivo y a la reducción de la monopolización política por parte de unos pocos grupos. Un buen comienzo puede significar un gran impulso para que la elaboración constitucional llegue a buen término, de modo que la implementación de la constitución funcione de la forma esperada.

Al comenzar la elaboración constitucional, los expertos deben anticipar un número de desafíos, que pueden revestir diversas formas. Estos desafíos serán específicos del contexto, estarán arraigados en la historia del Estado o en las circunstancias inmediatas que provocaron el proceso de elaboración constitucional, y otros surgirán a medida que el proceso avance. Los responsables de la elaboración constitucional pueden identificar los desafíos generales y particulares, y planear cómo superarlos desde el principio.

Los procesos de elaboración constitucional que incluyen a todos los grupos y actores legítimos interesados en aras de la inclusión democrática tendrán más posibilidades de llegar a opciones institucionales que fortalezcan el proceso de elaboración, además de la democratización. Sabiendo esto, los responsables de la elaboración constitucional pueden entonces estar en posición de establecer los criterios para determinar la calidad o el nivel de su construcción democrática sobre la base de la inclusión y la participación.

Puede ocurrir que una constitución no zanje todas las cuestiones materiales. Los actores pueden debatir sobre qué asuntos se incluirán en la constitución y con qué nivel de detalle. Por supuesto, son libres de diseñar las constituciones de acuerdo con los criterios locales. Es posible también que deban controlar a los que buscan sabotear el proceso para que la constitución entre en vigor con la confianza de un espectro más amplio de actores, con el fin de que se impregne en las instituciones públicas y en el gobierno. Finalmente, los responsables de la elaboración constitucional deben manejar las expectativas, particularmente de los grupos marginalizados: si bien puede ser necesario expandir las redes de seguridad oficiales para obtener su apoyo, incorporarlos a la corriente dominante puede tomar tiempo.

Testimonio de Torquato Jardim, ex-Ministro y asesor constitucional de la Comisión Constitucional, Brasil

“La redacción de una constitución es un ejercicio para historiadores, sociólogos, antropólogos, filósofos, escritores y poetas; para todos los hombres y mujeres que han sufrido injusticias a lo largo de las generaciones y han encontrado el coraje necesario para exponer sus almas y ponerlas en palabras vinculantes; dejar esta tarea a los políticos de carrera es abrirle el paso a una hidra moral; dejársela solamente a los juristas es invitar a una abstracción normativa sin alma. Es difícil que la historia nos dé una lección más dolorosa.”

Notas

¹ Estas son algunas de las fechas que ilustran el proceso de elaboración constitucional desde la independencia de Costa Rica:

- Independencia de España: 1821;
- Miembro de la República Federal de Centroamérica: de 1823 a 1840;
- Constitución de 1825, Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica;
- Constitución de 1844, Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica;
- Constitución de 1847, Constitución Política de Costa Rica;
- Constitución de 1848, también llamada “constitución reformada”, y
- Constituciones posteriores: 1859, 1869, 1871, 1917, 1949.

Universidad de Costa Rica, *Constituciones políticas de Costa Rica 1821-2010* (2010), <http://esociales.fcs.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=193>; Clotilde Obregón Quesada, *Colección: Las constituciones de Costa Rica* (5 vols.) (2009).

² La primera Constitución de Bolivia fue aprobada el 19 de noviembre de 1826 por el Congreso General Constituyente de la República Boliviana. Las constituciones posteriores son las de 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1875, etc. Véase <<http://www.constituyentesoberana.org/info/?q=historia-constituciones-bolivia>> y <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/constituciones.shtml>>.

³ Los países de Europa del Este también han estado cada vez más activos en la elaboración constitucional y muchos han adoptado nuevas constituciones en las últimas dos décadas, como Bielorrusia, Bulgaria, República Checa, Estonia, Kazajistán, Kirguistán, Lituania, Rumania, Rusia y Eslovenia. Rett R. Ludwikowski, *Creación constitucional en la región con antiguo dominio soviético* (Durham, NC: Duke University Press, 1996).

- ⁴ Naciones Unidas, *Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Assistance to Constitution-making Processes* [Nota orientativa del Secretario General. Asistencia de las Naciones Unidas a los procesos constitucionales] (abril de 2009), <https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf>.

Términos clave

Acuerdos interinos, rol de los actores internacionales, actores externos, Estados frágiles, fragilidad del Estado, justicia transicional, gobierno de unidad nacional, promulgación, referéndum, participación, asamblea constituyente.

Recursos adicionales

Muchas instituciones se dedican a investigar y compartir públicamente su conocimiento. Algunas se especializan en un área de política particular o trabajan solamente en regiones específicas. Otros recursos que pueden apoyar el trabajo de los expertos incluyen los siguientes:

- **Programa de Prevención y Recuperación de Crisis del PNUD**

<<http://www.undp.org/cpr/>>

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) cuenta con un programa para la prevención de crisis y la recuperación poscrisis que asiste a los países que están enfrentando conflictos y luchando contra la violencia. El sitio web incluye programas y recursos relativos a la recuperación de las crisis, la igualdad de género, el Estado de derecho y la construcción del Estado. También tiene una “Guía práctica” para identificar cuáles son las necesidades en una situación posconflicto.

- **USIP Centro para la Paz y la Estabilidad Posconflicto**

<<http://www.usip.org/programs/centers/center-post-conflict-peace-and-stability-operations>>

El Instituto de los Estados Unidos para la Paz (USIP), una organización independiente fundada por el Congreso de los Estados Unidos, creó el Centro para la Paz y la Estabilidad Posconflicto para investigar, identificar las buenas prácticas, apoyar los esfuerzos educativos y de capacitación, y desarrollar herramientas para implementar operaciones posconflicto y de estabilización de la paz. El USIP también tiene programas y publicaciones sobre la construcción de la paz, el Estado de derecho y la elaboración constitucional para promover la estabilidad en las áreas del mundo afectadas por conflictos.

- **ConstitutionNet**

<<https://www.constitutionnet.org>>

ConstitutionNet, un recurso global en línea, es una iniciativa conjunta de IDEA Internacional y de Interpeace, y es mantenido por IDEA Internacional con el apoyo económico del Gobierno de Noruega. Su objetivo es cubrir las necesidades de

conocimiento de un creciente grupo de responsables de la elaboración constitucional. El sitio web provee una edición de esta Guía en línea, así como información sobre otras herramientas de conocimiento, incluidos un programa de capacitación, documentos de debate y una biblioteca virtual de materiales compilados a partir de procesos seleccionados en todo el mundo.

- **Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral**

<<http://www.idea.int>>

El Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) es una organización intergubernamental que apoya la democracia sostenible en todo el mundo. Su misión es asistir el cambio democrático sostenible en el tiempo proporcionando conocimiento comparado, ayudando a la reforma democrática, e influyendo en las políticas públicas y la política. El sitio web de IDEA Internacional proporciona información sobre procesos regionales de elaboración constitucional, entrevistas con participantes nacionales y un análisis sobre el estado de la democracia en el mundo, que los expertos pueden usar para determinar la percepción de los ciudadanos respecto de las deficiencias democráticas, incluyendo una perspectiva constitucional.

- **ConstitutionMaking.org**

<<http://www.constitutionmaking.org/>>

ConstitutionMaking.org es un proyecto conjunto del Comparative Constitutions Project (CCP) y el USIP. Su objetivo es ofrecer información sistemática sobre las opciones de diseño y texto constitucional. El sitio recopila recursos, y borradores de informes sobre las tendencias de la elaboración constitucional y ofrece un foro de discusión sobre una serie de temas constitucionales. Pone a disposición una base de datos de constituciones. Además, cuenta con un blog de desarrollos constitucionales alrededor del mundo.

- **Comisión de Venecia**

<http://www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp>

La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho es un *think tank* legal de expertos independiente que se dedica al manejo de crisis, la prevención de conflictos y la elaboración constitucional. Se enfoca en promover los ideales legales europeos, que incluyen la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho, y en aconsejar a las naciones sobre temas constitucionales. El sitio web ofrece opiniones específicas por país y estudios comparados de los procesos de elaboración constitucional europeos.

- **Universidad de Richmond**

<<http://confinder.richmond.edu/>>

La Universidad de Richmond, ubicada en Richmond, Virginia, es la cuna de la Herramienta para Encontrar Constituciones (Constitution Finder Tool). Este buscador de bases de datos de constituciones, estatutos, enmiendas y otros documentos relevantes permite ingresar a las publicaciones oficiales de documentos nacionales.

Bibliografía

Sobre la naturaleza política de las constituciones

Griffith, J. A. G., “The Political Constitution” [La constitución política], *Modern Law Review*, 42/1 (1979), págs. 1-21 (sobre la distinción entre constituciones políticas y jurídicas).

Tribe, L., *The Invisible Constitution* [La constitución invisible] (Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2008), págs. 18-19 y 25-51 (analiza la importancia de la parte “no escrita” de la Constitución de Estados Unidos).

Sobre el diseño de constituciones con miras a las incertidumbres futuras

Balkin, J. M. y R. B. Siegel (eds.), *The Constitution in 2020* [La constitución en 2020] (Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2009), págs. 1-7 (descripción general de las expectativas relativas a la Constitución de Estados Unidos en el año 2020).

Benomar, J., “Constitution-Making after Conflict: Lessons for Iraq” [La elaboración de constituciones después del conflicto: lecciones para Irak], *Journal of Democracy*, 15/2 (2004).

Fukuyama, F., *The End of History and the Last Man* [El fin de la historia y el último hombre] (Londres: Penguin Books, 1992), págs. 199-208 (sobre el impacto de las políticas identitarias en el Estado universal y homogéneo).

Hazell, R. (ed.), *Constitutional Futures Revisited: Britain’s Constitution to 2020* [Futuros constitucionales revisitados] (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008), págs. 1-25 (sobre el diseño matriz de agregación y la dispersión de poder).

Sobre la importancia del “proceso” en la elaboración constitucional

Andolina, R., “The Sovereign and its Shadow: Constituent Assembly and Indigenous Movement in Ecuador” [El soberano y su sombra: asamblea constituyente y movimientos indígenas en Ecuador], *Journal of Latin American Studies*, 35/4 (2003), págs. 721-750 (se discute la legitimación del proceso constituyente de 1997-1998 entre los pueblos indígenas).

Austin, G., *The Indian Constitution, Cornerstone of a Nation* [La Constitución de India: piedra angular de una nación] (Oxford: Oxford University Press, 1966; 1999), págs. 308-329 (resume la elaboración de la Constitución de India de 1949).

Berhanu, K., “Ethiopia Elects a Constituent Assembly” [Etiopía elige una asamblea constituyente], *Review of African Political Economy*, 22/63 (1995), págs. 129-135 (sobre el proceso en Etiopía y el Frente Democrático Revolucionario del Pueblo Etíope).

Bhattarai, H. P. y J. Subedi (eds.), *Democratic Constitution Making: Experiences from Nepal, Kenya, South Africa and Sri Lanka* [Elaboración constitucional democrática: experiencias de Nepal, Kenia, Sudáfrica y Sri Lanka] (Katmandú:

- Centro Sudasiático de Nepal, 2007), págs. 105-138, <http://nesac.org.np/main/publications/democracy_constitution.html> (revisión comparada de los desafíos del proceso de participación).
- Culic, I., “State Building and Constitution Writing in Central and Eastern Europe after 1989” [Creación del Estado y redacción constitucional en Europa Central y del Este después de 1989], *Regio Yearbook*, 3 (2003), págs. 38-58.
- Elster, J., “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process” [Fuerzas y mecanismos del proceso de elaboración constitucional], *Duke Law Journal*, 45 (1995-1996) (discute cómo decisiones particulares relativas al proceso pueden representar intereses institucionales particulares).
- Furley, O. y J. Katalikawe, “Constitutional Reform in Uganda: The New Approach” [Reforma constitucional en Uganda: un nuevo enfoque], *African Affairs*, 96/383 (1997), págs. 243-260 (discute el impacto del proceso consultivo bajo el Movimiento de Resistencia Nacional).
- Ghai, Y., *The Role of Constituent Assemblies in Constitution-Making* [El rol de las asambleas constituyentes en el proceso constituyente] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2006), <<https://www.constitutionnet.org>>.
- Ghai, Y. y G. Galli, *Constitution Building Processes and Democratization* [Procesos de elaboración constitucional y democratización] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2006), <http://www.idea.int/publications/cbp.../upload/cbp_democratization_eng.pdf>.
- Hart, V., *Democratic Constitution Making*, Informe especial núm. 107 [Elaboración constitucional democrática] (Washington, D.C.: Instituto de los Estados Unidos para la Paz, 2003), págs. 4-11, <<http://www.usip.org>> (sobre la importancia del proceso).
- Hassen, E., *The Soul of a Nation: Constitution-making in South Africa* [El alma de una nación: el proceso constituyente en Sudáfrica] (Oxford y Ciudad del Cabo: Oxford University Press, 1999), esp. capítulo 14.
- Klug, H., *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction* [Constituyendo la democracia: ley, globalización y reconstrucción política de Sudáfrica] (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), págs. 93-117 (sobre la transición sudafricana).
- Lawoti, N. (ed.), *Contentious Politics and Democratization in Nepal* [Políticas contenciosas y democratización en Nepal] (India: Sage; Nepal: Bhrikuti, 2007), págs. 48-72 (se discute el proceso que llevó a la Constitución de 1990).
- Phongpaichit, P. y C. Baker, *Thailand's Crisis* [La crisis de Tailandia] (Singapur: Instituto de Estudios del Sudeste Asiático, 2001), págs. 116-127 (sobre el proceso de redacción de la Constitución de 1997).

Sobre la importancia de elaborar un diseño para que la democracia equilibre intereses e ideas que compiten entre sí

Cowen, D. V., “Constitution Making for a Democracy” [Creando una constitución para la democracia], *African Affairs*, 59/238 (1961), págs. 77-108 (discute los desafíos de la democratización de Sudáfrica en la era de la independencia africana, durante la década de 1960).

Dahl, R., *Democracy and its Critics* [La democracia y sus críticos] (New Haven, Conn., y Londres: Yale University Press, 1989), págs. 135-192 (diálogo sobre los problemas del proceso democrático).

Elster, J., C. Offe y U. Preuss, *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea* [Diseño institucional en sociedades poscomunistas: reconstruir el barco en altamar] (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), págs. 63-108 (sobre la elaboración de constituciones en Europa del Este).

McWhinney, E., *Constitution-making: Principles, Process, Practice* [Creación de constituciones: principios, proceso y práctica] (Toronto: University of Toronto Press, 1981), págs. 67-125 (sobre diseños para instituciones y procesos institucionales).

Murphy, W., *Constitutional Democracy* [Democracia constitucional] (Baltimore, Md: Johns Hopkins University Press, 2007), parte 1 (sobre la creación de una democracia constitucional).

Instituto Neerlandés para la Democracia Multipartidaria (NIMD), “Writing Biographies of Nations: A Comparative Analysis of Constitutional Reform Processes” [Escribir biografías de naciones: un análisis comparativo de procesos de reforma constitucional], 2009, <<http://www.nimd.org>> (casos de estudio en procesos de cinco países).

Ramaphosa, C. y Z. Motala, *Constitutional Law: Analysis and Cases* [Derecho constitucional: análisis y casos] (Ciudad del Cabo: Oxford University Press Sudáfrica, 2002), págs. 1-12 (sobre la elaboración de la Constitución de Sudáfrica de 1996).

Sartori, G., *Comparative Constitutional Engineering* [Ingeniería constitucional comparada], 2.^a edición (Nueva York: New York University Press, 1996), págs. 195-201 (descripción de la ingeniería constitucional).

Smith, S. A. de y R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law* [Derecho constitucional y administrativo], 8.^a edición (Londres: Penguin Books, 1998), págs. 6-13 (sobre el contenido de las constituciones) y págs. 27-46 (sobre las convenciones constitucionales).

Sunstein, C. R., *Designing Democracy: What Constitutions Do* [Diseñando la democracia: lo que hacen las constituciones] (Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2001), págs. 13-47 (se discute el diseño institucional en comunidades heterogéneas polarizadas).

Tilly, C., *Contention and Democracy in Europe 1650-2000* [Disputas y democracia en Europa 1650-2000] (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), págs. 42-69 (sobre los regímenes y disputas entre los participantes del proceso de democratización).

Tully, J., *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* [Extraña multiplicidad: constitucionalismo en una era de diversidad] (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), págs. 183-212 (descripción general de argumentos a favor y en contra del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural).

Casos monográficos de IDEA Internacional

IDEA Internacional, *Democracy in the Making: Key Options in Iraq's Democratization Process* [Democracia en creación: opciones clave en el proceso de democratización de Irak] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2005), <<https://www.idea.int/publications/catalogue/democracy-making-key-options-iraqs-democratization-process>>.

IDEA Internacional e Instituto del Cáucaso por la Paz, la Democracia y el Desarrollo, *Constitutional and Political Reform Process in Georgia, Armenia and Azerbaijan* [Proceso de reformas constitucionales y políticas en Georgia, Armenia y Azerbaiyán] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2005), <<https://www.idea.int/publications/catalogue/constitutionalpolitical-reform-process-georgia-armenia-and-azerbaijan>>.

Slatina, S., "Final Analytical Report on Constitution Building Processes in Bosnia and Herzegovina" [Informe analítico final sobre los procesos de elaboración constitucional en Bosnia y Herzegovina], caso de estudio de IDEA Internacional (1996), <<http://www.constitutionnet.org/vl/item/final-analytical-report-constitutional-building-processes-bosnia-and-herzegovina>>.

CAPÍTULO 2

CAPÍTULO 2

Principios y temas transversales

Nora Hedling

1. Descripción general

En este capítulo se examinan las diversas formas en que los expertos han utilizado las constituciones para establecer y elevar ciertos principios. También se explora la relación entre esos principios y el significado y funcionamiento de la constitución. Así, se investiga cómo se desarrollan tales principios; es decir, si se negocian e incorporan explícitamente a la constitución, o si surgen posteriormente a partir del texto, la estructura y la implementación de la constitución. Además, se analiza cómo los principios constitucionales pueden guiar las políticas de gobierno o apoyar el establecimiento de ciertos derechos y estructuras legales. Finalmente, se exploran seis temas transversales que suelen aparecer durante el desarrollo de las constituciones: gobierno democrático, Estado de derecho, manejo de la diversidad, equidad de género, religión y principios relacionados con el derecho internacional. Al discutir brevemente cómo se abordan estos conceptos en las constituciones, se analiza la forma en que las fuerzas y tendencias de un país pueden moldear y dar sentido a los principios y las disposiciones constitucionales relacionados. Se ejemplifican los principios constitucionales que forman parte de distintas constituciones y procesos constitucionales con el propósito de ilustrar, y no necesariamente como recomendaciones. Se recomienda que los responsables de la elaboración constitucional exploren más a fondo las constituciones y los contextos de aquellos ejemplos que encuentren interesantes, pero deben también recordar que las disposiciones funcionan de forma muy diferente en contextos distintos y no se deben copiar o importar de un escenario constitucional a otro sin considerar los cambios cuidadosamente.

Ideas clave

- Una constitución encarna ciertas normas y valores éticos en la forma de principios constitucionales, algunas veces establecidos de forma explícita y en otras ocasiones derivados posteriormente a través de la interpretación

judicial. Los principios constitucionales pueden, delinear reglas generales pero obligatorias, o bien servir como estándares con el carácter de aspiraciones que se espera alcanzar en la mayor medida posible. Las constituciones son documentos jurídicos escritos, promulgados, interpretados y aceptados a la luz de los principios que promueven explícita o implícitamente.

- En este capítulo se discuten los principios incluidos explícitamente en las constituciones o respaldados por ellas, así como aquellos desarrollados sobre la base de las mismas. Sin embargo, los valores sociales derivados de otras fuentes, como las normas y los valores religiosos o culturales, o los valores del derecho internacional, también pueden influir en la implementación de la constitución, independientemente de que sean incluidos en la constitución de manera explícita.
- Quienes redactan pueden articular principios constitucionales de manera explícita en el texto de la constitución. Estos principios también se pueden inferir o derivar de la estructura e interacción de sus disposiciones. Las decisiones políticas y las negociaciones durante la elaboración constitucional suelen determinar si un principio se acoge de forma explícita o no.
- En contextos de conflicto grave, los acuerdos sobre valores comunes entre individuos y grupos que han vivido épocas de violencia, anarquía y violaciones de derechos humanos son especialmente desafiantes. En algunos casos, a medida que se va implementando la constitución, pueden irse identificando ciertos principios constitucionales considerados como fundamentales aun cuando quienes los redactaron no los designaran específicamente como tales. Los principios constitucionales pueden surgir posteriormente a partir de disposiciones y compromisos específicos contenidos en la constitución, así como a partir de la costumbre y las normas de derecho internacional.
- Los principios constitucionales pueden expresar valores compartidos y gracias a ello proporcionar un marco general para manejar las diferencias, incluso si las divisiones son profundas. Donde no sea posible llegar a un acuerdo sobre disposiciones específicas, los responsables de la elaboración constitucional pueden convenir en principios generales, con el fin de que los jueces o la legislación posterior los desarrolle de manera más completa. Por ejemplo, todos los partidos pueden tener un compromiso firme con la igualdad, pero estar en desacuerdo acerca del lenguaje a incluir en disposiciones específicas que busquen dar efecto a dicha igualdad. Sin embargo, el acuerdo sobre los principios a menudo representará un gran logro. En los Estados afectados por conflictos, la falta de acuerdo respecto de los valores y principios comunes puede transformar la elaboración constitucional en un proceso divisor en vez de unificador.
- Muchos principios constitucionales se relacionan con el trato que la constitución le otorgue a la identidad. Algunos términos que aparecen

en las constituciones de diversos Estados son: multiétnico, multirracial, multirreligioso, multicultural, plurinacional, interracial y no racial. Estos conceptos resaltan las distintas nociones sobre las relaciones entre los diversos grupos y el Estado. También se tocan temas de identidad según cómo se aborde la religión y su relación con la igualdad de género en el nivel constitucional.

2. Funciones de los principios constitucionales

Toda constitución contiene un conjunto de principios que explican su propósito y fundamento normativo, y que guían la comprensión de este documento como un todo. Estos principios suelen estar arraigados en la experiencia histórica del país, y reflejan los valores comúnmente asumidos o respetados por la población. Los principios pueden demostrar y adoptar estándares internacionales y regionales, ya sea de manera vinculante o como aspiración. Otros principios generalmente se refieren a los problemas actuales que afectan al Estado. Algunos son el resultado directo de una experiencia colectiva de conflicto y del anhelo por establecer la paz.

Toda constitución contiene un conjunto de principios que explican su propósito y fundamento normativo, y que guían la comprensión de la constitución como un todo. Como consagración y símbolo de valores compartidos, los principios constitucionales pueden contribuir a la creación de un sentido de unidad, y a aumentar el compromiso de los ciudadanos con la constitución.

Algunos son el resultado directo de una experiencia colectiva de conflicto y del anhelo por establecer la paz.

2.1. Encarnar valores

Generalmente, los principios establecidos en una constitución sirven para definir de manera amplia los objetivos y propósitos por los que debe regirse el gobierno. Los principios constitucionales pueden reflejar la ideología o la identidad de un Estado. Como tales, en su nivel más básico son la encarnación simbólica, así como la celebración, del compromiso de la sociedad con una idea, valor o forma de vida. En ese mismo sentido, la articulación de principios también cumple una función educativa, toda vez que informa al público y a otras instituciones gubernamentales sobre los propósitos y objetivos de la constitución y del gobierno. Como consagración y símbolo de valores compartidos, los principios constitucionales pueden contribuir a la creación de un sentido de unidad. Además, los principios, en cuanto afirmaciones claras de los propósitos y las prioridades de la constitución, pueden aumentar el compromiso con ella entre los ciudadanos, lo que es crucial para que su implementación sea exitosa.

2.2. Generar acuerdos

Los principios constitucionales tienen una importante capacidad de unificar incluso a una sociedad con diversos intereses contrapuestos. Pueden propiciar acuerdos en medio de grandes conflictos, ya que elevan los valores y las aspiraciones compartidas a un nivel de generalidad de manera que los diversos grupos puedan aceptarlos. Los principios son útiles para guiar, y a veces limitar, las negociaciones. El compromiso inicial con cierto

Los principios constitucionales pueden propiciar acuerdos en medio de grandes conflictos, ya que elevan los valores y las aspiraciones compartidas a un nivel general de manera que los diversos grupos puedan aceptarlos. La adherencia a ciertos principios también puede ser una herramienta para acabar con un bloqueo y crear consenso.

principio, por ejemplo, un tipo específico de gobierno, puede ser una manera efectiva de retirar un tema de la mesa de conversación y de limitar la influencia de aquellos que se oponen a dicho principio. La adhesión a ciertos principios también puede ser una herramienta para acabar con el bloqueo y crear un consenso que permita decidir cuáles negociaciones seguirán adelante durante el proceso de redacción. Una vez que se acuerdan principios amplios, el compromiso

de crear una constitución que se ajuste a ellos puede ser una garantía alentadora para distintos grupos. Un ejemplo de principios que cumplen la función de generar este tipo de compromiso se encuentra en la experiencia de Sudáfrica, donde los principios que se acordaron sirvieron como una suerte de acuerdo o pacto entre las partes involucradas. Se aseguró a todos los partidos que el acuerdo establecido no sería infringido, y los principios acordados pasaron a ser el fundamento vinculante y exigible judicialmente para la elaboración de la constitución (véase el recuadro 2.1).

Recuadro 2.1. Sudáfrica: principios que marcaron el curso del desarrollo constitucional

Los principios constitucionales tuvieron un rol importante y único en el desarrollo e implementación de la Constitución sudafricana. Durante la etapa temprana de negociaciones políticas se acordaron 34 principios fundamentales y jurídicamente vinculantes, incluido el compromiso con un Estado unitario con ciudadanía común, igualdad racial y de género, y supremacía constitucional. Estos principios sirvieron no solo como base para la Constitución Interina, sino también como marco para la negociación y redacción de la Constitución de 1996. Antes de que la Constitución de 1996 entrara en vigor, la Constitución Interina ordenaba crear una nueva Corte Constitucional para certificar que la Constitución de 1996 se ajustara a los 34 principios fundamentales. El compromiso vinculante que se hizo con estos principios es un ejemplo de cómo las garantías legales pueden fijar ciertas normas en el orden constitucional: los 34 principios establecidos en la Constitución Interina guiaron y, quizás más importante, limitaron el alcance de las negociaciones sobre el texto final de la Constitución de 1996.

La Corte Constitucional Sudafricana rechazó el primer borrador de la Constitución de 1996 porque no cumplía con la totalidad de los 34 principios. El borrador de la Constitución, por ejemplo, no asignaba poder suficiente a los gobiernos provinciales*. Durante el proceso de redacción los diferentes partidos políticos discutieron agitadamente sobre esta descentralización: el Partido Democrático y el Partido de la Libertad Inkatha defendían una mayor

descentralización, mientras que el partido mayoritario, el Congreso Nacional Africano, optaba por un Estado altamente centralizado”. El borrador de la Constitución presentado ante la Corte Constitucional en mayo de 1996 favorecía la centralización, reflejando los intereses del Congreso Nacional Africano. En tanto, los 34 principios enfatizaban la necesidad de una “autonomía provincial legítima” e indicaban explícitamente que los poderes y las funciones de las provincias definidas en la Constitución no podrían ser sustancialmente menores o inferiores a aquellos provistos en la Constitución Interina^{***}. La Corte rechazó el sesgo de centralización del Congreso Nacional Africano. Al defender este principio de descentralización, la Corte Constitucional proporcionó una protección legal en contra de un mandato mayoritario. El compromiso vinculante con los 34 principios demuestra que las garantías legales pueden fijar ciertas normas en el orden constitucional.

* Certificación de la Constitución de la República de Sudáfrica, 1996. Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso CCT 23/96, párrafos 471-481.

** J. Sarkin, “The Political Role of the South African Constitutional Court” [El rol político de la Corte Constitucional Sudafricana], *South African Law Journal*, 114 (1997), pág. 138.

*** Principio 20, Anexo 4, de la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993, y Principio 18, Anexo 4, de la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993, según fue enmendada por la sección 13 (a) de la Ley 2 de 1994. Véase el anexo de este capítulo.

Como puntos de acuerdo, los principios dan la base para crear un gobierno efectivo. Como se discutió anteriormente, puede que incluso se establezcan límites concretos y guías de referencia para el desarrollo y la aplicación de la constitución. Sin embargo, expresar valores compartidos que funcionan como puntos de encuentro para partidos opositores no es la única razón por la cual los principios son relevantes. Si bien suelen ser amplios y generales, no deben entenderse como una mera palabrería vacía respecto a las ideas que representan. También pueden ser de importancia en cuestiones que surgirán en el futuro en la medida en que quienes toman las decisiones dependen de los principios para determinar su curso de acción, especialmente cuando la constitución no provee una guía detallada. Más aún, la claridad sobre el sentido de un principio dentro de la constitución muchas veces se deriva de las decisiones que reconocen que ciertos principios particulares son la base para políticas o poderes sustantivos. Esta claridad puede, a su vez, aumentar la influencia de ese principio como autoridad constitucional. Como se discute en las siguientes secciones, los principios constitucionales pueden conllevar un grado importante de influencia dado que tanto las cortes como los actores del gobierno dependen de ellos para guiar sus decisiones.

Los principios constitucionales brindan las bases para crear un gobierno efectivo.

2.3. Informar el sentido de la constitución

Las constituciones, por su naturaleza, no pueden establecer reglas detalladas para cada conflicto o pregunta que surja durante su implementación. Los principios generales son a veces la única base sobre la cual se pueden entender las exigencias y los requisitos de la constitución en una situación dada.

Los principios constitucionales guían las decisiones y acciones de las instituciones gubernamentales y de los cargos públicos en el poder ejecutivo y legislativo, a la vez que ayudan a los integrantes del poder judicial a interpretar la constitución. Por su naturaleza, las constituciones no establecen reglas detalladas para cada conflicto o pregunta que surja durante su implementación. Por lo tanto, a veces los principios generales son la única base sobre la cual se pueden entender

las exigencias y los requisitos de la constitución en una situación dada. Además, el lenguaje constitucional ambiguo o la ausencia de dirección en un tema particular a veces es intencional. La ambigüedad puede reflejar la falta de consenso entre quienes redactaron una constitución, que optan por delegar las respuestas a las preguntas particularmente disputadas en los encargados de implementarla, para así no paralizar el proceso de elaboración constitucional. Cuando una constitución no se refiere a una cuestión específica, los principios constitucionales pueden ser la clave orientadora para los futuros encargados de tomar decisiones al respecto.

La claridad sobre el significado de un principio incluido en la constitución suele obtenerse a partir de decisiones posteriores que reconocen principios particulares como la base para políticas o poderes sustantivos.

Los principios, tanto escritos como tácitos, orientan a los tribunales y a los gobiernos sobre cómo reaccionar a problemas imprevistos o no tratados de manera específica en la constitución. Un ejemplo de la influencia de los principios ante la ausencia de una directiva más específica proviene de Canadá, donde la Corte Suprema se basó en principios

constitucionales derivados para resolver la cuestión sobre la posibilidad de Quebec de separarse¹. Dado que la constitución no trataba el tema de la secesión de manera explícita, la Corte analizó la constitución y encontró, aunque no por escrito, cuatro principios constitucionales fundamentales: federalismo, democracia, Estado de derecho y respeto a las minorías. La Corte determinó que los principios no son meramente descriptivos, sino que también están investidos de una fuerza normativa poderosa, y son vinculantes tanto para los tribunales como para los gobiernos. Según este análisis, la Corte determinó que, si bien la secesión unilateral no era constitucional, los principios exigían que los gobiernos federales y provinciales negociaran si los ciudadanos de Quebec debían votar a favor o en contra de la secesión.

Otro ejemplo de uso de los principios constitucionales para responder a preguntas disputadas proviene de la Corte Constitucional sudafricana, que, para su decisión histórica en la que prohibió la pena de muerte, se apoyó en el principio de *ubuntu*². *Ubuntu* es un concepto filosófico sobre la existencia e interrelación humana que ha ayudado a dirigir el desarrollo político de la nación y ha estado en el centro de numerosos

debates políticos, incluidos aquellos sobre reconciliación y relaciones laborales³. Si bien la constitución vigente no toca explícitamente el tema de si la pena de muerte equivale a una violación ilegítima de los derechos fundamentales, sí incorpora el principio de *ubuntu* en una disposición final⁴, que orientó la decisión de la Corte sobre esta materia: la pena capital no se atenía al principio de *ubuntu* y, por lo tanto, no era constitucional. Así, el principio pasó a ser un instrumento importante para comprender el significado de la constitución en un asunto complejo y disputado.

3. Consagración y aplicación de principios constitucionales

Como se mencionó, los principios pueden surgir de un proceso de negociación y contestación que emana de las voces de varios grupos que participan en el proceso de elaboración constitucional. Si bien los principios pueden a veces reflejar los intereses de grupos dominantes, otras veces representan acuerdos entre los grupos participantes. Los principios también pueden estar arraigados en normas y valores provenientes de las esferas culturales, tradicionales, religiosas, económicas y políticas. Permitir un debate vigoroso y fomentar la inclusión de voces con puntos de vista divergentes sobre los valores centrales del Estado puede ser útil para crear principios constitucionales significativos y perdurables en el tiempo. Así como quienes redactan pueden considerar más fácil llegar a un acuerdo en términos generales, otros interesados, incluida la ciudadanía, probablemente quieran dar su opinión sobre las cuestiones generales que abordan los principios. Una vez que se han identificado y acordado los principios en esta forma, estos deben informar cada disposición de la constitución, asegurando la consistencia y armonía de su totalidad. Usualmente también se incluyen por escrito en secciones específicas de la constitución, a veces con pautas específicas para hacer efectivo su cumplimiento.

Sin embargo, no todos los principios constitucionales están explícitamente identificados como tales en la constitución. Puede que ni siquiera surjan directamente del proceso de negociación, debate y participación pública. Por el contrario, pueden surgir gradualmente a partir de una comprensión y un desarrollo más profundos de la constitución, a medida que se va implementando y sus disposiciones se ponen en práctica. En esta sección se discuten las formas en que los principios constitucionales están consagrados en la constitución, como también las diversas maneras en que se pueden aplicar.

Los principios constitucionales muchas veces representan acuerdos entre los grupos participantes del proceso de elaboración constitucional. Un vigoroso debate y la inclusión de voces con puntos de vista divergentes sobre los valores centrales del Estado pueden ser útiles para crear principios constitucionales significativos y perdurables en el tiempo.

Los principios constitucionales pueden tomar la forma de disposiciones fundacionales materializadas en el texto constitucional o en su preámbulo; de principios rectores, que establecen los objetivos fundamentales del Estado, o de principios derivados, subyacentes al texto.

3.1. Disposiciones fundacionales

Las disposiciones fundacionales permiten establecer un compromiso inequívoco con los valores nucleares de la constitución y el Estado, y proporcionan una orientación clara sobre la interpretación e implementación de la constitución.

Ciertas constituciones contienen secciones dedicadas a destacar los principios constitucionales. El primer capítulo de la Constitución sudafricana da a conocer sus Disposiciones Fundacionales (véase el anexo de este capítulo), que establecen los valores fundacionales del Estado e incluyen compromisos con la dignidad humana, la igualdad, los derechos humanos y las

libertades, la prohibición del racismo y el sexismo, la supremacía de la Constitución, el sufragio adulto universal, las elecciones regulares y un sistema de gobierno democrático multipartidista. En esa sección también se identifican los idiomas oficiales y se hace un llamado a divulgarlos, así como fomentar el respeto y la promoción de todos los idiomas usados comúnmente en Sudáfrica⁵. La Constitución de Turquía presenta a continuación de su Preámbulo una sección dedicada a los Principios Generales, que proporcionan la forma y las características del Estado y describen sus objetivos y deberes fundamentales, que incluyen el resguardo de la democracia y la protección del bienestar, la paz y la felicidad del individuo y de la sociedad⁶. Las secciones dedicadas a los principios fundacionales son una oportunidad para establecer un compromiso inequívoco con los valores nucleares de la constitución y del Estado, y para otorgar una clara orientación sobre cómo interpretar e implementar la constitución.

3.2. Preámbulos

En el preámbulo se establecen los propósitos y las aspiraciones del texto constitucional, mediante la expresión de las normas, los valores y los principios desarrollados a lo largo de la historia del país. Los redactores y los jueces rara vez incorporan derechos jurídicamente vinculantes, pero los jueces se han apoyado en el preámbulo para sustentar la interpretación de otras disposiciones constitucionales.

Quienes redactan constituciones suelen articular los principios en el preámbulo de la constitución o en una sección dedicada a los principios básicos. En los preámbulos se establecen los propósitos y las aspiraciones del texto constitucional, expresando las normas, los valores y los principios asumidos, y haciendo a menudo referencia a los valores desarrollados a lo largo de la historia del país. Los redactores y los jueces rara vez incorporan derechos jurídicamente vinculantes a estas promesas y principios, por lo que el preámbulo generalmente sirve

como un parámetro de referencia al que las instituciones políticas y los funcionarios pueden aspirar, pero no es necesariamente aceptado como fuente de normas legales. Sin embargo, los jueces se han apoyado en el preámbulo para sustentar la interpretación de otras disposiciones constitucionales. Por ejemplo, la Corte Suprema de India se remitió al Preámbulo de su Constitución para interpretar otras disposiciones constitucionales, con lo que le confirió al Preámbulo un grado de fuerza jurídica. En el caso *Kesavananda*, por ejemplo, la Corte Suprema falló que el artículo 368, que esboza el proceso de enmienda,

no permitía aprobar enmiendas que alteraran la estructura básica de la Constitución⁷. La Corte se basó en las normas establecidas en el Preámbulo para tomar esta decisión. Así, aunque suelen carecer de exigibilidad legal directa, los preámbulos pueden influir en la interpretación legal. Además, si bien la experiencia indica que los preámbulos no son aplicables en un contexto legal, ello no siempre es así. Salvo disposición constitucional expresa que declare la inaplicabilidad de los principios presentes en el preámbulo, el poder judicial, al interpretar la constitución, procederá como el árbitro final de los principios contenidos en el preámbulo, determinando su influencia y aplicación. Además, los principios presentes en el preámbulo son en cualquier caso significativos para orientar a los responsables de tomar decisiones en lo relativo a los valores de la constitución, y como símbolos que crean ciertas expectativas y orientan la comprensión de los ideales de la constitución.

3.3. Principios rectores

Los principios constitucionales también se encuentran en secciones dedicadas a los principios rectores⁸, que establecen los objetivos fundamentales del Estado y esbozan generalmente los medios por los cuales los gobiernos pueden alcanzarlos. Los principios rectores dirigen e inspiran las políticas legislativas, a la vez que aportan el ímpetu para la reforma. Pueden abordar e influir en un amplio abanico de temas constitucionales, incluidas materias de desarrollo socioeconómico, reconciliación de grupos divididos, ética oficial, desarrollo cultural o temas medioambientales. Los principios rectores suelen promover políticas sociales y económicas que buscan guiar, más que atar, a los futuros gobiernos.

Los principios rectores establecen los objetivos fundamentales del Estado. Dirigen e inspiran las políticas públicas y están a menudo pensados para guiar (pero no obligar) a los futuros gobiernos. Por lo general no se consideran judicialmente exigibles, aunque pueden utilizarse para interpretar la constitucionalidad de la legislación.

Los principios rectores sirven principalmente para guiar o influir en el poder político. Si logran aceptación política generalizada, después vendrá su exigibilidad política, en la medida en que los políticos que los infrinjan lo harán a su propio riesgo. A menos que se promulguen en la legislación, los principios rectores no suelen considerarse exigibles desde un punto de vista judicial. Sin embargo, este no siempre es el caso: los principios rectores pueden tener valor jurídico aun sin legislación que los implemente. La Corte Suprema de Ghana, por ejemplo, en el fallo *Lotto*, determinó que todas las disposiciones constitucionales, incluidos los principios rectores, son legalmente exigibles a menos que la constitución explícitamente diga lo contrario⁹. De manera similar, los principios rectores pueden servir para informar cómo se interpreta la constitucionalidad de la legislación. Tanto la Corte Suprema de Sri Lanka como la de India han reconocido y explorado el significado constitucional de los principios rectores¹⁰.

Ya sea exhibiendo valor jurídico o influyendo en las decisiones políticas, los principios rectores también han demostrado ser importantes por otros motivos. Pueden servir para

educar al electorado sobre los deberes del gobierno, y proporcionar un estándar para medir el progreso y el esfuerzo de un gobierno particular. También pueden ayudar a congregarse apoyo político para la posterior implementación de esos principios en alguna legislación específica. Esta dinámica en particular se desarrolla cuando los principios rectores reflejan una preocupación por el bienestar y el desarrollo económico de la gente común. Por otro lado, los principios rectores pueden tener menos éxito a la hora de proporcionar ayuda o servicios a grupos políticos subrepresentados o marginalizados, dado que tales grupos carecen del apoyo político necesario para motivar una acción al amparo de estos principios rectores.

3.4. Principios derivados

Puede ocurrir que el texto escrito de una constitución no indique de manera explícita todas las normas relevantes para su propia interpretación. Sin embargo, la totalidad de las disposiciones constitucionales o su estructura pueden indicar la existencia de importantes principios subyacentes. En la medida en que estos principios ganan predominio y aceptación, ya sea a través de sentencias judiciales, el estudio académico o su aceptación general como tales, su impacto en el funcionamiento del Estado puede ser significativo e influir en las convenciones, la práctica y las consideraciones de los actores políticos. Además, las normas emergentes pueden adquirir valor jurídico. Cuando el poder judicial reconoce las normas constitucionales, esas normas pueden contribuir a la interpretación constitucional e incluso dirigir las decisiones legales¹¹. Por ejemplo, los políticos y jueces pueden interpretar la estructura federal establecida en la constitución como un compromiso con el principio del federalismo, aunque los redactores constitucionales no lo hayan identificado explícitamente como tal. Un ejemplo de uso de dichos principios tácitos, aplicado por la Corte Suprema de Canadá, se discutió anteriormente.

Los principios constitucionales derivados también son conocidos como principios implícitos o no escritos. El texto escrito de la constitución no siempre establece de manera explícita las normas relevantes para su propia interpretación, pero se pueden usar los principios subyacentes para sustentar futuras decisiones. Las normas que surgen pueden acabar adquiriendo valor jurídico.

La legitimidad de los principios constitucionales derivados, conocidos también como principios implícitos o no escritos, no es universalmente aceptada. Si bien la mayoría de los expertos están de acuerdo en que las cortes y otros actores del gobierno a veces se apoyan en los principios derivados, algunos cuestionan si esto debe hacerse. Tal práctica es problemática porque podría llegar a considerarse antidemocrática: los jueces, en

general, no son cargos electos sujetos a la voluntad democrática. Junto con lo anterior, cuando se ratifica una constitución no se sabe qué se está ratificando exactamente si luego surgen principios no escritos. Por otra parte, precisamente debido a que las circunstancias futuras no son previsibles, el poder judicial puede necesitar apoyarse en el examen de los principios subyacentes de una constitución para llegar a una decisión. Quienes redacten la constitución no tienen por qué zanjar esta cuestión, pero sí deben tomar nota al respecto. Dado que los tribunales han derivado principios del texto constitucional en el pasado, los redactores y otros responsables de la elaboración constitucional pueden no tener

control completo, estar al tanto o considerar cuidadosamente la existencia de principios constitucionales, pues eso dependerá del desarrollo de la sociedad en general y de los hechos que subyazgan a los casos particulares. Sin embargo, los redactores y los responsables de la elaboración constitucional deben ser conscientes de los principios que sustentan y vinculan entre sí las disposiciones de una constitución coherente, así como también del marco de gobierno que crean, todo lo cual establece el trasfondo para la interpretación constitucional.

Recuadro 2.2. Principios rectores de la Constitución de India

El artículo 37 de la Constitución de India de 1950 declara que sus Principios Rectores de Políticas de Estado no serán ejecutables por ninguna corte*, sino que más bien constituyen directrices socioeconómicas, no garantías, que el gobierno debe aspirar a lograr. Se trata de un proyecto político para desarrollar políticas de gobierno. Aunque los principios rectores influyen en la interpretación de la Corte Suprema relativa a los derechos fundamentales legalmente exigibles, operan principalmente como resguardo político, creando un parámetro con el cual el electorado puede medir la responsabilidad que les cabe a los representantes políticos. Los principios rectores incluyen acceso igualitario a la propiedad, prohibición de la discriminación por género o raza, poder judicial independiente, representación proporcional y empoderamiento de los gobiernos provinciales.

Consideremos la educación, un área donde los principios rectores han afectado significativamente a la sociedad y a la ley india. Uno de estos principios establece que la legislación debe garantizar a los niños menores de 14 años una educación gratuita y obligatoria**. En el caso *Unni Krishnan JP vs. Estado de Andhra Pradesh*, la Corte Suprema citó dicho principio rector para apoyar su fallo de que los niños tienen un derecho exigible a la educación gratuita hasta los 14 años de edad***. Después del fallo, diversas organizaciones no gubernamentales (ONG) y otros actores independientes buscaron extender el efecto de esos logros y conseguir, mediante *lobby* o cabildeo, legislación que reconociera la educación como un derecho fundamental. Lo lograron en 2001, cuando el gobierno aprobó una reforma constitucional que reconocía el derecho a la educación como un derecho fundamental. Este ejemplo ilustra que, si bien no son directamente exigibles ante los tribunales, los principios rectores pueden influir tanto en la interpretación judicial como en la promulgación de normas legislativas. El ejemplo también demuestra cómo, mediante una participación activa en el ámbito político y legal, las normas y los principios pueden transformar la ley.

* Artículo 37 de la Constitución de la República de India (1950, con sus enmiendas hasta 1995).

** Artículo 45 de la Constitución de la República de India (1950, con sus enmiendas hasta 1995).

*** *Unni Krishnan J. P. vs. Estado de Andhra Pradesh*, 1993 SCC (1) 645.
Véase el anexo de este capítulo.

4. Temas específicos

Además de examinar la naturaleza y el propósito de los principios constitucionales, en este capítulo se examinan brevemente una serie de cuestiones que las constituciones tratan con frecuencia. Se exploran materias transversales y globales selectas, y se discute cómo las constituciones pueden abordar las cuestiones relacionadas mediante principios constitucionales y otro tipo de disposiciones. Las materias tratadas son la gobernanza democrática, el Estado de derecho, la diversidad, el género, la religión y los principios del derecho internacional. Para cada tema, se abordan dos factores que son parte del marco analítico subyacente en esta Guía. El primero es si los impulsores del cambio utilizan el proceso de elaboración constitucional para desagregar o acumular poder en el gobierno central o en una institución gubernamental particular. El segundo es si los responsables de la elaboración constitucional adoptan mecanismos jurídicos o se basan en la responsabilidad política para hacer cumplir los acuerdos y principios constitucionales pertinentes.

4.1. Gobernanza democrática

Muchas constituciones expresan de forma directa su compromiso con la gobernanza democrática, que puede ser la base de diversas formas de gobierno, como una federación, un sistema unitario que centraliza el poder, y disposiciones que delegan poderes legislativos o administrativos específicos en los gobiernos regionales o locales.

Las constituciones modernas establecen un compromiso con la gobernanza democrática. El principio de soberanía popular o gobernanza del pueblo identifica al pueblo como la fuente del poder del gobierno y proporciona la legitimidad necesaria para ejercer ese poder. Muchas constituciones expresan directamente su compromiso con este principio. La Constitución de Rusia de 1993 establece que el titular de la soberanía y la fuente del poder en la Federación de Rusia es el pueblo multinacional¹². Esta disposición

reconoce la diversidad dentro del Estado al tiempo que identifica al pueblo como la fuente del poder del gobierno. En otras constituciones el compromiso con la gobernanza democrática subyace al sistema y a las estructuras instauradas por la constitución, como ocurre con la creación de mecanismos para la democracia directa o los sistemas electorales representativos. Quienes redacten constituciones pueden reconocer la soberanía popular simplemente incluyendo una disposición que garantice el derecho universal al voto o la declaración de que un gobierno legítimo debe servir a la voluntad del pueblo. El artículo 7 de la Constitución de Timor Oriental, por ejemplo, garantiza el sufragio universal y destaca el valor de un sistema multipartidista¹³.

Los compromisos constitucionales con la gobernanza democrática pueden servir de base a muchas formas de gobierno. Algunas constituciones requieren la gobernanza democrática en la forma de un gobierno federal que descentraliza parte del control del gobierno mediante entidades regionales. Otras la establecen por medio de un sistema unitario centrado en un organismo legislativo o ejecutivo elegido mediante el voto popular. Donde existen tendencias a la agregación, los responsables de la elaboración constitucional suelen inclinarse por concentrar el poder en el nivel

nacional, frecuentemente en instituciones particulares. Por ejemplo, aquellos que favorecen la concentración de poder pueden apoyar un sistema de gobierno unitario y la concentración de la toma de decisiones en un poder legislativo o ejecutivo poderoso, que será la misma institución que tendrá el control del ejército y de los recursos naturales. De manera alternativa, los redactores pueden dispersar el poder al incluir disposiciones que transfieren poderes legislativos o administrativos específicos a los gobiernos locales o regionales. La toma de decisiones se irá desplazando de manera incremental hacia los niveles inferiores de gobierno. Así, las autoridades regionales o locales pueden actuar de manera independiente o conjunta con las autoridades federales en áreas como la fuerza policial o los sistemas educativos. Además, la desconcentración puede requerir la dispersión del poder entre los distintos poderes del Estado a nivel nacional, en lo que se conoce como separación de poderes. Una separación de poderes fuerte refleja que no hay un único centro de autoridad gubernamental, aun si la constitución no delega el poder en las autoridades locales o regionales.

La gobernanza democrática necesita de garantías tanto políticas como legales para operar de manera efectiva. Las garantías políticas incluyen elecciones periódicas mediante las cuales el pueblo hace responsables a sus representantes de la redacción de leyes y de la implementación de políticas. La posibilidad de perder el poder ha demostrado ser una forma históricamente efectiva para alinear los intereses de los representantes y los electores. Así, las elecciones justas sirven como expresión de la voluntad del pueblo y como un mecanismo de control del poder del gobierno. Algunas constituciones otorgan a las instituciones y

La gobernanza democrática requiere de resguardos tanto legales como políticos. Los resguardos políticos incluyen las elecciones periódicas, pero un enfoque político uniforme puede no ser suficiente para evitar que los intereses de los poderosos ejerzan una influencia excesiva. Los resguardos legales que garantizan derechos, a la vez que asignan y limitan el poder del gobierno, sirven de contrapeso para esto, como también la supervisión de órganos independientes.

los cargos públicos electos mayor discreción a la hora de ejercer el poder gubernamental y confían en que el electorado corregirá cualquier error al respecto. La democracia directa también otorga protecciones políticas, en la medida en que las constituciones pueden permitir referéndums populares para responder a preguntas sobre políticas específicas.

Sin embargo, la historia ha demostrado la debilidad del enfoque político uniforme. Una democracia basada exclusivamente en un sistema político de controles y contrapesos puede dar lugar a que los intereses poderosos, ya sea de corporaciones, del ejército, de gobiernos extranjeros o de políticos individuales, controlen la dirección de las políticas públicas mediante una excesiva influencia en los votantes o representantes. La supervisión de organismos independientes puede limitar dicha influencia. Además, los intereses minoritarios suelen salir perdiendo cuando el proceso es dirigido exclusivamente por el voto mayoritario. Las garantías legales de los derechos, además de asignar y limitar el poder del gobierno, pueden servir de contrapeso a este sesgo mayoritario. Las garantías legales generalmente constituyen disposiciones judicialmente exigibles que protegen los derechos individuales frente a violaciones por parte del gobierno, y separan y limitan los poderes del

gobierno. En un sistema de controles legales, los responsables de la elaboración constitucional articulan el diseño del gobierno, los poderes específicos de instituciones particulares y las protecciones otorgadas a la ciudadanía en la forma de derechos individuales, de manera que estas cuestiones se sustraen de la discrecionalidad de los actores políticos. Los órganos de supervisión, principalmente los tribunales, suelen aplicar estas disposiciones.

4.2. Principios relacionados con el Estado de derecho

Otro principio que la mayoría de las democracias modernas adopta dentro de sus constituciones es el Estado de derecho. El Estado de derecho dicta que la legislación escrita, comprensible y accesible, sea constitucional o legislativa, guíe las decisiones y acciones de gobierno. Además, el gobierno debe aplicar esta legislación de manera justa y consistente para todos, incluidos los funcionarios de gobierno, y todos deben tener acceso a la justicia y al cumplimiento de las leyes. Por lo tanto, el compromiso con el Estado de derecho también requiere supervisión contra la corrupción política y el abuso de poder, que pueden causar un perjuicio político, económico y social especialmente importante a la sociedad y al gobierno.

Las constituciones contienen la ley fundamental y frecuentemente suprema del Estado, y el Estado de derecho dicta la exigibilidad de esos principios por sobre todas las demás leyes.

Una concepción práctica, en vez de teórica, y ampliamente aceptada del Estado de derecho agrega un elemento de justicia. Así, además de que la ley sea predecible, accesible y universalmente aplicable, el Estado de derecho requiere de un sistema legal justo. Además, el Estado de derecho exige más que una mera

adhesión a la ley o la promulgación válida de la ley. Debe considerar la igualdad y los derechos humanos, y no debe discriminar entre clases de personas de manera injustificada.

Muchas constituciones contienen compromisos explícitos con el principio del Estado de derecho y pueden promoverlo de diversas maneras, fundamentalmente adoptando un marco jurídico coherente. Las doctrinas de supremacía constitucional y control judicial de la constitucionalidad, así como los órganos de supervisión independientes, pueden reforzar ese marco. Asegurar la aplicación de las garantías constitucionales también es fundamental. Muchas constituciones contienen cláusulas de supremacía. Por ejemplo, la Constitución de Rwanda, tanto en su preámbulo como en una disposición separada, declara la supremacía de la Constitución¹⁴. Cualquier ley que entre en conflicto con este principio es nula y no tiene efecto. Tailandia posee una disposición similar que declara la inaplicabilidad de cualquier ley que sea inconsistente con la constitución¹⁵. La supremacía

protege las medidas del Estado de derecho, tales como las estructuras legales, los controles y contrapesos, y la garantía de los derechos.

Las constituciones también conservan los principios y valores fundamentales creando procesos de enmienda arduos. Algunas constituciones garantizan la permanencia de ciertos principios mediante la prohibición de su enmienda.

Las constituciones también preservan los derechos y valores fundamentales creando procesos de enmienda arduos. Un estándar más alto para la reforma de la constitución que para la aprobación de una ley desincentiva

cualquier cambio precipitado de la ley fundamental. En muchas constituciones, como la de Brasil, toda enmienda requiere el apoyo de una mayoría cualificada¹⁶. Otras constituciones van más allá y resguardan la permanencia de ciertos principios y valores por medio de la prohibición de su reforma. La constitución alemana, por ejemplo, enraíza un número de principios, incluido el compromiso con los derechos humanos, la democracia y la separación de poderes¹⁷. El Estado de derecho no *requiere* de principios pétreos; por el contrario, las disposiciones pétreas solamente deben verse como una posibilidad entre un abanico de formas de asegurar constitucionalmente el Estado de derecho. Las constituciones más exhaustivas y detalladas pueden beneficiarse de un proceso de reforma menos restrictivo en algunas áreas, lo que permite desarrollar y mejorar la constitución a lo largo del tiempo. Por otro lado, las constituciones marco de menor extensión pueden beneficiarse de barreras más estrictas para la reforma, como modo de proteger los principios y derechos básicos consagrados en ellas.

Dado que el poder judicial aplica la ley a casos individuales, es el encargado de resguardar el Estado de derecho. Por eso, un poder judicial independiente y que funciona correctamente es un prerrequisito del Estado de derecho. El Estado de derecho también requiere el derecho a un juicio imparcial y el acceso a la justicia. Los procesos judiciales, incluida la revisión de la constitucionalidad, garantizan que los demás poderes del Estado también se adhieran al Estado de derecho. El capítulo de esta Guía que trata sobre el poder judicial (capítulo 6) discute los mecanismos de revisión con más detalle.

El Estado de derecho también se preocupa por combatir la corrupción. El aumento de la transparencia dentro de los órganos y poderes del Estado, la garantía de independencia de los monitores de la corrupción, como los medios y las organizaciones de la sociedad civil, y el establecimiento de órganos designados para combatir la corrupción son todos mecanismos efectivos para reducir la corrupción. Los controles y contrapesos entre los distintos poderes del Estado también combaten la corrupción, pues permiten que las ramas y los órganos de gobierno se supervisen mutuamente.

El poder judicial, que aplica la ley a los casos individuales, actúa como guardián del Estado de derecho. Así, un poder judicial independiente y que funciona correctamente es un prerrequisito para el Estado de derecho, el que presupone contar con un sistema legal justo, con el derecho a un juicio imparcial y con el derecho de acceso a la justicia.

4.3. Principios relacionados con la diversidad

En un ambiente posconflicto suele ser necesario que los principios constitucionales aborden el manejo de la diversidad y promuevan un concepto particular de identidad. Los principios relativos a la diversidad e identidad son de particular importancia cuando el origen étnico y la religión causan división. Sin embargo, no hay consenso respecto de cómo las constituciones deben abordar la diversidad, y las distintas concepciones afectan tanto el contenido de la constitución como la operación del gobierno de manera significativa.

Un enfoque promueve normas que reconocen y aceptan la diversidad, aunque no las contempla como un factor determinante en el orden del Estado. El foco aquí es

Los contextos posconflicto suelen requerir que los principios constitucionales aborden el manejo de la diversidad, particularmente cuando el origen étnico y la religión dividen a los grupos. Sin embargo, no existe un consenso sobre cómo abordar la diversidad. Un enfoque es promover normas que reconozcan la diversidad y, al otro lado del espectro, otorgar derechos particulares basados en la identidad de grupo.

construir unidad más que empoderar a los grupos a partir de su identidad. Estas normas enfatizan el hecho de que los gobiernos pueden manejar las diferencias en parte destacando una identidad común, en vez de destacar las divisiones. Desde esta perspectiva, también se argumenta a favor de mantener la igualdad entre los diversos grupos invocando y utilizando políticas como la no discriminación. Especialmente cuando el poder está agregado —lo que puede constituir una especial amenaza para los grupos minoritarios o marginalizados, cuyo acceso al poder es más limitado—, esta

concepción de la diversidad puede requerir un sistema robusto de garantías legales que proteja la igualdad. Un fuerte catálogo de derechos y mecanismos de supervisión, junto al control judicial de la constitucionalidad, pueden proporcionar tales garantías.

Al otro lado del espectro, otra clase de normas buscan no solo reconocer la diversidad, sino también otorgar derechos o facultades particulares sobre la base de una identidad de grupo. Estas normas suelen promover la dispersión del poder en vez de su agregación, lo cual aumenta el poder y la autonomía del nivel regional. Canadá adoptó un enfoque que permite cierto grado de autonomía sobre la base de la nacionalidad, lo cual resulta en una descentralización asimétrica. La descentralización asimétrica distribuye los poderes de manera desigual o diferente entre los distintos gobiernos regionales. Es decir, no todas las unidades subestatales o regiones ejercen los mismos poderes. Una región puede reflejar una identidad específica con necesidades específicas. Así, la constitución puede empoderar a esa región, y solamente a esa región, para satisfacer esas necesidades. En Canadá, después del movimiento nacionalista en Quebec, el marco constitucional ha permitido descentralizar ciertos poderes en Quebec, pero no en las demás provincias¹⁸.

Los acuerdos para compartir el poder también caen en este lado del espectro, mediante la creación de derechos o poderes particulares sobre la base de la identidad. En Bosnia y Herzegovina, por ejemplo, la Constitución prevé una presidencia compuesta por tres miembros electos, uno bosnio, uno croata y uno serbio. Cada miembro opera como figura principal de la presidencia sobre una base rotativa¹⁹. Estas estructuras intentan garantizar la participación y la representación política de los distintos grupos sobre la base de su identidad de grupo. Otros países han adoptado políticas multilingües, sistemas electorales proporcionales u otras estructuras de gobierno para promover la representación de minorías, como los escaños reservados para los grupos minoritarios o los sistemas de cuotas. Por ejemplo, en la Constitución de Pakistán, 10 escaños de la Asamblea Nacional están reservados para personas que no son musulmanas²⁰.

Los responsables de la elaboración constitucional han empleado garantías tanto políticas como jurídicas para apoyar la idea de un Estado diverso. La ejecución política puede basarse en principios rectores o en otras directrices no vinculantes. La legislación o las

decisiones administrativas subsiguientes servirán para explicar con más detalle el sentido de esas disposiciones y lo que implican, como la delegación de facultades, o los derechos y garantías exigibles, o la mayor protección de un idioma minoritario mediante la educación. Los responsables de la elaboración constitucional deben también

Los escaños reservados para grupos minoritarios o los sistemas de cuotas y otras medidas tienen por objetivo intentar asegurar la participación política y la representación de los distintos grupos sobre la base de su identidad de grupo.

considerar que los principios constitucionales de carácter vago probablemente requerirán de apoyo político, dado que su ejecución judicial o política posterior moldeará el significado de las disposiciones relevantes en la vida cotidiana. El artículo 125 de la Constitución de Irak garantiza los derechos administrativos, políticos, culturales y educacionales de las diversas nacionalidades, tales como la turcomana, caldea, asiria y todas las otras que formen parte²¹. Si bien tales disposiciones pueden leerse como garantías directas e incluso expansivas, su falta de detalle deja las preguntas sobre el alcance y la forma de su ejecución en manos de los órganos políticos y los actores que produzcan y administren la ley, y de las regulaciones que las desarrollen. Sin implementación o interpretación judicial adicional, la naturaleza abierta de esta disposición impide la previsibilidad respecto de cómo se debe aplicar²².

Las constituciones también pueden contemplar mecanismos legales para manejar la diversidad. Los controles legales tienen más posibilidades de adoptar la forma de disposiciones explícitas y detalladas que abordan los derechos a la igualdad e identidad. Los controles pueden prohibir las prácticas discriminatorias basadas en la identidad étnica, la orientación sexual o el género; ofrecer beneficios para grupos históricamente oprimidos o subrepresentados, tales como las disposiciones sobre discriminación positiva para promover la inclusión en la sociedad y el gobierno, o bien crear derechos aplicables para proteger la libertad religiosa y cultural. Los esfuerzos legales incluyen disposiciones constitucionales que garantizan derechos orientados a la conservación cultural, como la garantía de recibir educación en el idioma nativo. Los controles legales también pueden presentarse como disposiciones constitucionales que ordenan la representación de acuerdo con la identidad, por medio de escaños reservados, que son escaños que deben ocupar solamente miembros de un grupo subrepresentado, o bien mediante sistemas de cuotas que reservan un umbral de candidatos o posiciones gubernamentales a grupos subrepresentados.

Una característica clave de los controles legales es su aplicación judicial o la existencia de otros mecanismos de supervisión independientes que sirven para monitorear y, potencialmente, desautorizar o invalidar el poder político, ya sea que el poder político esté descentralizado o disperso de otro modo. Así, incluso si algunas regiones particulares ejercen su autonomía, una constitución puede requerir que todas las instituciones de gobierno respeten la diversidad y garanticen

Los mecanismos legales para el manejo de la diversidad pueden proscribir prácticas discriminatorias basadas en la identidad étnica, la orientación sexual o el género; ofrecer beneficios para grupos históricamente oprimidos o subrepresentados, como disposiciones de discriminación positiva, o crear derechos exigibles para la protección de la libertad religiosa y cultural.

la igualdad. Si no cumplen con ello, las presuntas víctimas pueden dirigir sus reclamos a la autoridad judicial o a otra autoridad no política, como un Defensor del Pueblo (*Ombudsperson*), quien está a cargo de investigar y de representar sus intereses.

Recuadro 2.3. Abordar la diversidad: El Estado plurinacional de Bolivia

Bolivia, el país con más población indígena de Sudamérica, eligió en 2006 a su primer Presidente indígena, Evo Morales, quien obtuvo el apoyo popular como parte de un movimiento indígena nacional que buscaba restaurar los derechos indígenas y reescribir la Constitución. Cuando llegó al poder, Morales inició una serie de cambios políticos diseñados para dispersar el poder hacia las comunidades indígenas. La Constitución de 2009, que enfatiza el carácter “plurinacional” del Estado y se titula Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, destaca la importancia de la diversidad dentro del país, norma que es particularmente visible en el Preámbulo, el cual evoca los orígenes diversos de Bolivia junto a otros aspectos de la cultura indígena, como la íntima relación con la tierra y el territorio.

La Constitución aborda el tema de la diversidad dentro de un Estado unificado. Confrontando la historia de subrepresentación y desigualdad, quienes redactaron la Constitución incluyeron varios compromisos para empoderar a la población indígena de Bolivia. La Constitución se enfoca en afirmar los derechos de las personas indígenas y dedica un capítulo entero a los “Derechos de las Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos”*. Además de reconocer de manera oficial a los numerosos grupos indígenas y sus idiomas, la Constitución extiende la autonomía territorial y los derechos de autogobierno otorgando un número de competencias exclusivas a las autoridades indígenas regionales, al tiempo que se crean otras competencias concurrentes o compartidas entre las autoridades regionales y nacionales. La extensión de poder efectuada por Bolivia a las autoridades regionales y étnicas representa una desagregación de poder importante en favor de empoderar a grupos tradicionalmente subrepresentados.

* Capítulo 4 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

4.4. Principios relacionados con el género

Los responsables de la elaboración constitucional deben considerar la igualdad de género y los derechos de las mujeres, en algunos casos mediante un compromiso estricto con la no discriminación; en otros, mediante políticas de discriminación positiva para fomentar la inclusión y participación de género.

Los responsables de la elaboración constitucional deben también considerar la igualdad de género y los derechos de las mujeres. Si bien se suele proclamar el compromiso con la igualdad de género, la forma de estos compromisos varía ampliamente entre constituciones. Algunas constituciones exigen un estricto compromiso con la no discriminación. Otras articulan políticas de

discriminación positiva para fomentar la inclusión y la participación de género. En otras constituciones, las disposiciones sobre igualdad resultan en la aprobación y ejecución de medidas por parte de órganos políticos. Además de las disposiciones constitucionales directa y específicamente relacionadas con la igualdad de género, los principios relativos al género se expresan en disposiciones relativas a derechos humanos, en disposiciones sobre la igualdad en general, en disposiciones sobre la ciudadanía e incluso en el lenguaje de la constitución.

4.4.1. Lenguaje constitucional

Para enraizar los principios de igualdad de género, un método inmediato y simple es incluir un lenguaje de género neutro en el texto de la constitución. El uso de un lenguaje de género neutro representa un compromiso con la igualdad entre hombres y mujeres. Si bien la preferencia por usar un lenguaje “masculino” en vez de usar un lenguaje de género neutro puede interpretarse como un refuerzo de la jerarquía de los hombres sobre las mujeres, es frecuente encontrarlo en las constituciones y otros documentos oficiales.

El uso de un lenguaje de género neutro en una constitución significa que existe el compromiso de considerar a los hombres y las mujeres como iguales.

Si bien la preferencia por usar un lenguaje “masculino” en vez de usar un lenguaje de género neutro puede interpretarse como un refuerzo de la jerarquía de los hombres sobre las mujeres, es frecuente encontrarlo en las constituciones y otros documentos oficiales. Los pronombres masculinos (tales como *él* o *lo*) suelen usarse para referirse a las personas descritas en la constitución. En efecto, el lenguaje masculino suele estar incorporado en la constitución en términos como “los hombres” para referirse a la humanidad, o al hablar de “los padres de la patria”. Si bien algunos consideran que los pronombres masculinos engloban a hombres y mujeres, el uso exclusivo de los pronombres masculinos y de un lenguaje masculino puede oscurecer y debilitar la inclusión y las experiencias de las mujeres, dado que frecuentemente en otros escenarios, incluido el uso diario del lenguaje, los pronombres masculinos se usan para referirse solamente a hombres²³. Por estos motivos, varias constituciones modernas se refieren tanto a los individuos como a los grupos sin usar pronombres, o usando pronombres aplicables a ambos géneros —por ejemplo, “él o ella” o “cualquier persona”—, con el objetivo de eliminar cualquier aspecto de desigualdad de género. Las constituciones que emplean un lenguaje de género neutro incluyen las de Fiji, Sudáfrica, Suiza y Uganda²⁴.

4.4.2. Igualdad de derechos

Las disposiciones sobre la igualdad de derechos otorgan otra oportunidad para tratar la igualdad de género. En muchas constituciones, la garantía de igualdad de los derechos no conlleva una delineación separada de los derechos de género, sino que asegura la aplicación de los derechos para todas las personas, incluidas las mujeres. Las disposiciones que prohíben la discriminación basada en la identidad, incluido el género, suelen acompañar a dichas disposiciones. Otras constituciones se refieren específicamente a las mujeres en el momento de discutir la igualdad en términos generales o en áreas particulares, como los derechos de familia y los derechos laborales. La Constitución de Suiza incluye un artículo que garantiza la igualdad generalizada y prohíbe la discriminación sobre la base de una serie de criterios, incluidos raza, origen, género y estilo de vida (véase el anexo de este capítulo). El mismo artículo luego enfatiza la igualdad de derechos entre hombres y mujeres estableciendo que los hombres y las mujeres tienen igualdad de derechos. La

ley provee igualdad legal y de hecho, particularmente en la familia, en la educación y en el lugar de trabajo. Los hombres y las mujeres tienen derecho al mismo pago por realizar un trabajo de igual valor²⁵. Otro grupo de constituciones tienen disposiciones que se refieren específicamente a los derechos de las mujeres y que comprometen a los Estados a llevar a cabo ciertas acciones, como promover la igualdad de género y erradicar la discriminación de género. La Constitución de Paraguay plantea un compromiso al señalar que “promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional”²⁶.

4.4.3. Representación

La participación y la representación igualitaria en la política constituyen otra preocupación constitucional clave. Muchas constituciones introducen sistemas de cuotas para asegurar la participación de las mujeres en los órganos de elaboración de leyes, como también en otras instituciones de gobierno. Estos sistemas imponen la integración de las mujeres en los procesos políticos y la gobernanza. Algunos reservan cierto número de escaños para mujeres en los órganos legislativos u otros órganos de gobierno. La Constitución Interina de Nepal exigía que por lo menos un tercio de los miembros de la Asamblea Constituyente, el órgano responsable de redactar la nueva Constitución, fuesen mujeres²⁷. La Constitución de Rwanda contiene tales disposiciones, reservando 24 de los 80 escaños de la Cámara Baja, y también un 30 por ciento de los escaños del Senado, para mujeres²⁸. El número de mujeres elegidas en el parlamento de varios países frecuentemente sobrepasa la cuota o el número reservado de escaños. Al poco tiempo de que estas cuotas se implementaran, las mujeres ocupaban el 56,3 por ciento de los escaños del Parlamento de Rwanda, que tiene el nivel de representación parlamentaria femenina más alto del mundo²⁹.

Otro sistema de cuotas es el de aquellas constituciones que requieren que un cierto número mínimo de mujeres sean candidatas en las elecciones. Para evitar que los partidos políticos pongan a las mujeres al final de sus listas electorales, y así limiten sus posibilidades de ser elegidas, muchas constituciones exigen además una cierta proporción de mujeres a lo largo o al principio de la lista del partido. Dicho sistema es el vigente en Argentina, donde una disposición constitucional prevé la discriminación positiva como medida para garantizar la igualdad de oportunidades para competir por cargos electivos, y se implementó un decreto que establece un mecanismo para asegurar que los partidos propongan candidatas mujeres³⁰. Las cuotas también se pueden usar para obtener representación fuera del poder legislativo. Algunas constituciones emplean sistemas de cuotas u otras medidas para mantener el equilibrio de género en los puestos de gobierno en otras áreas o niveles. La Constitución de Pakistán establece escaños reservados para mujeres en las asambleas provinciales³¹. La Constitución de Colombia tiene una disposición que llama a la “adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas u órganos del poder público”³².

Cabe señalar que varios países emplean sistemas de cuotas diseñados por el poder legislativo o los partidos políticos, en vez de la constitución. Es decir, las constituciones no son el único nivel en el cual se pueden introducir sistemas de cuotas, ni necesariamente el más deseable.

Además, los sistemas de cuotas por sí mismos no garantizan la completa inclusión de las mujeres en la vida política. Frecuentemente existen también factores sociales, culturales y económicos profundamente arraigados que contribuyen a una representación de género desproporcionada. Para aspirar a una constitución con igualdad de género, el foco debe estar en identificar y combatir los desincentivos estructurales que limitan la participación de las mujeres, como también en incrementar los mecanismos positivos que promueven su participación³³. Sin embargo, aunque los sistemas de cuotas pueden tener un efecto limitado en la participación e inclusión de muchas mujeres, invariablemente aumentan el número de mujeres en la política y mejoran sus oportunidades de participación.

La participación y la representación de las mujeres en la política es una preocupación constitucional clave. Muchas constituciones introducen sistemas de cuotas para asegurar la inclusión de las mujeres en los órganos legislativos (y también dentro de los partidos políticos y en distintos niveles de gobierno), pero en sí mismos estos sistemas no son suficientes para garantizar la inclusión completa de las mujeres en la vida política.

La dispersión del poder del gobierno por medio de la descentralización y otros medios puede dificultar los derechos relacionados a la igualdad de género. Como se discutió anteriormente, la descentralización puede ser un medio significativo para empoderar a grupos tradicionalmente desfavorecidos. Sin embargo, dado que las mujeres no constituyen un grupo homogéneo ni aislado en la sociedad, sino que existen en toda clase social, grupo étnico y religioso, la descentralización puede no promover los derechos de las mujeres en la misma medida en que fortalece a los grupos minoritarios. En otras palabras, un sistema descentralizado puede otorgar más autonomía a un grupo minoritario para autogobernarse, pero ningún grado de descentralización beneficiará a las mujeres de la misma manera. Al contrario, en algunas circunstancias el progreso respecto de los derechos de las mujeres puede necesitar de un poderoso centro nacional. Algunos expertos han concluido que la descentralización puede dejar de lado las necesidades de grupos que no están definidos regional o territorialmente³⁴. Además, las creencias tradicionales y religiosas pueden fomentar la exclusión de algunas personas para ciertos roles debido a su género; mantener la cultura encarnada en las creencias tradicionales o religiosas podría incluso impulsar la desconcentración del poder. Así, las autoridades regionales pueden favorecer las creencias tradicionales por encima de la igualdad de género, particularmente si los dos principios están en conflicto. Adicionalmente, en un sistema de poder disperso, los esfuerzos para promover la igualdad pueden tener un aspecto muy diferente en regiones distintas, según las decisiones tomadas por distintos departamentos, regiones u órganos. Por otro lado, en algunas situaciones los gobiernos descentralizados pueden tener más información y una mayor capacidad para abordar las necesidades y condiciones particulares de las mujeres en una región dada. Aun cuando parezca que no están relacionados, el nivel de agregación o dispersión del poder del gobierno tendrá implicaciones en la protección y promoción de la igualdad de las mujeres. Aunque solo fuera por esta razón, los responsables de la elaboración constitucional deben considerar estas materias de manera cuidadosa y conjunta.

Los mecanismos de ejecución deben acompañar las disposiciones constitucionales que ordenan la igualdad de género. Algunas disposiciones prohíben ciertas acciones por

parte del gobierno o de los particulares, y suelen ser exigibles ante los tribunales. Tales disposiciones suelen prohibir la discriminación basada en la identidad étnica, la religión, la orientación sexual o el género. O bien la constitución puede garantizar, como en el caso de Polonia, la no discriminación en los servicios de gobierno, como la educación³⁵. Ciertas disposiciones pueden prohibir la discriminación de género en la esfera privada, garantizando a nivel constitucional igual salario por igual trabajo, como es el caso de México³⁶. Otras disposiciones que exigen la acción del gobierno, como las cuotas constitucionales o los sistemas de reserva mencionados anteriormente, puedan ser también aplicables ante los tribunales, que pueden obligar al gobierno a ejecutar las promesas de la constitución. Especialmente en un gobierno caracterizado por la dispersión del poder, estas disposiciones pueden servir de base para un estándar uniforme de igualdad de género, un piso respecto del cual las diversas regiones e instituciones del gobierno no pueden bajar.

Los mecanismos de ejecución deben acompañar a las disposiciones constitucionales que ordenan la igualdad de género. Puede que se basen en medios legales y/o políticos, de modo de que sean exigibles ante los tribunales, o pueden depender del apoyo político.

Por otro lado, las medidas constitucionales que buscan la igualdad de género pueden depender adicional o alternativamente de su ejecución política. Por ejemplo, las disposiciones que permiten o exigen la discriminación positiva, pero no delimitan sistemas específicos para su implementación, dejan espacio para que los actores políticos tomen decisiones sobre cómo se cumplirán los requisitos constitucionales. También

deben ser considerados los principios rectores, que expresan el compromiso del gobierno o señalan la dirección de las políticas del Estado, pero no lo vinculan a un curso de acción específico. Estas disposiciones tan generales dan reconocimiento constitucional a la igualdad de género y, a su vez, permiten que los actores políticos determinen cómo se debe materializar esa igualdad. La forma de implementación depende del apoyo político, específicamente, de la formación de grupos de interés con el mandato de promover la igualdad, y de representantes políticos que aprueben e implementen leyes que permitan avanzar en materia de igualdad de género y derechos de las mujeres.

Recuadro 2.4. Una base para la igualdad de género: la Constitución de Ecuador de 2008

La lucha por la igualdad de género y los derechos de las mujeres ha sacado a la luz intrincados problemas en Ecuador. Según la Oficina de Género del Ministerio de Gobierno, las mujeres reportaron más de 50.794 casos de maltrato sexual, psicológico o físico solamente en el año 2000*. En 2009, la diferencia entre las remuneraciones de hombres y mujeres llegó al 30 por ciento**. María Soledad Vela comenzó una calurosa discusión en la Asamblea Constituyente ecuatoriana sobre los derechos de las mujeres y su consagración durante el proceso de redacción de la Constitución de 2008. Este tema adquirió relevancia dados los reiterados fracasos

a la hora de implementar la igualdad de género después de la Constitución de 1998 y la Ley de Cuotas, y debido a las crecientes exigencias posteriores de parte de las ONG y sectores del servicio civil^{**}.

La Constitución resultante no solo garantiza igual trato para hombres y mujeres, incluyendo la educación, la salud, el voto, la seguridad social y el trabajo, sino que también otorga a las mujeres derechos sexuales y reproductivos, derechos de propiedad e igualdad de derechos en el hogar. Además, prohíbe el sexismo y la intolerancia hacia las mujeres en los medios y reconoce a las mujeres como un colectivo vulnerable, en particular a las mujeres embarazadas, las víctimas de violencia nacional, los niños abusados sexualmente y las mujeres de edad avanzada^{***}. Es importante señalar que la Constitución reconoce un origen de discriminación al distinguir entre género e identidad sexual^{****}. Al reconocer diferentes orientaciones sexuales al tiempo que aborda los derechos garantizados a las mujeres de manera exhaustiva, la Constitución maximiza las posibilidades de una implementación y ejecución efectivas de la igualdad, representando así un avance en la protección de los derechos humanos.

* Departamento de Estado de EE. UU., Informes de País sobre Prácticas de Derechos Humanos 2002, *Ecuador*, 31 marzo de 2003, <<http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2002/18330.htm>>.

** “Legisladores ecuatorianos enfrentados a desafío en igualdad de género”, <http://www.idea.int/americas/ecuador/legislators_face_gender.cfm>, fecha de consulta: octubre de 2010.

*** R. Rosero y S. Goyes, “Los derechos de las mujeres en la constitución del 2008”, *La Tendencia: Revista de Análisis Político*, 8 (octubre-noviembre de 2008), págs. 77-82, <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/05108/tendencia2008,8.pdf>>.

**** Véase, por ejemplo, el artículo 11 (2) de la Constitución de Ecuador (2008) en el anexo de este capítulo.

***** R. Garcés y S. Goyes, “Los derechos de las mujeres en la constitución del 2008”. Véase también la Constitución de Ecuador de 2008, artículo 11 (2).

4.5. Relación de la constitución con la religión

Las creencias religiosas indudablemente moldean las identidades individuales y de grupo, al igual que moldean las sociedades. La religión ha proporcionado históricamente la base sobre la cual se han desarrollado muchos sistemas jurídicos. Dado el vínculo arraigado e inextricable entre la religión y la sociedad, la religión puede también contribuir a la elaboración constitucional. Sin embargo, en escenarios posconflicto las creencias religiosas pueden ser una nueva fuente de conflicto, y como tales son un tema clave que debe tratarse en el proceso de elaboración constitucional.

Los responsables de la elaboración constitucional han tomado distintos caminos para incorporar la religión al orden constitucional. Las constituciones pueden abrazar una o más religiones, pueden incorporar enseñanzas religiosas al orden jurídico o recurrir a una

ideología religiosa para sustentar o guiar sus leyes o pueden simplemente reconocer la religión y la libertad religiosa. Donde las creencias religiosas son diversas o hay conflictos religiosos, los responsables de la elaboración constitucional pueden querer abordar la religión en la constitución para contribuir a la creación de una sociedad en que las personas con creencias religiosas distintas puedan convivir pacíficamente.

Las creencias religiosas han sido la base sobre la cual se han desarrollado muchos sistemas legales, y pueden contribuir a la elaboración constitucional, pero también pueden constituir, en sí mismas, una fuente de conflicto, por lo que son un tema clave a tratar durante el proceso de elaboración.

que la constitución une la ley a la religión. La pregunta relevante aquí es cuánto influyen los principios de una religión en la ley. Una constitución puede estar íntimamente ligada a una religión específica. Por otro lado, una constitución puede contemplar varias religiones, guardar silencio en materia de religión o marcar una línea de separación clara entre la religión y el Estado.

Hay varias formas en que las constituciones incorporan la religión o los principios religiosos, pero un foco es el grado en que la constitución vincula la ley a la religión. La pregunta relevante es cuánto influyen los principios de una religión en la ley.

Estado³⁷. Sin embargo, aun en los países que adoptan religiones oficiales, la influencia de la religión sobre el gobierno varía. Algunas constituciones proclaman que el sistema jurídico debe adaptarse al dogma de una religión particular. Un órgano o actor religioso puede interactuar con el gobierno o las funciones de gobierno, como ocurre en Irán³⁸. En otros países, si bien la religión oficial puede servir como base para el sistema jurídico, la constitución puede tener fuerza con independencia de la ley religiosa, como es el caso de Irak³⁹. También hay países en los cuales el reconocimiento de una religión oficial es principalmente simbólico o histórico, de modo que los líderes religiosos no tienen influencia significativa sobre las políticas de gobierno. Otro ejemplo de dispersión ha ocurrido en Indonesia, que reconoce varias religiones, pero no privilegia ninguna⁴⁰.

Muchas constituciones no promueven una religión oficial. Las constituciones de algunos países, como Francia, enfatizan la laicidad, estableciendo una separación estricta entre la religión y el sistema jurídico y la vida pública⁴¹. Aunque la constitución garantiza la

Las disposiciones constitucionales relacionadas con la religión reflejan la historia, la cultura, las tradiciones y los sistemas de creencias de un país. También establecen una relación entre la religión y la constitución y la legislación constitucional. Hay varias formas en que las constituciones incorporan la religión o los principios religiosos, pero un área en la que es necesario enfocarse para comprender la relación entre la religión y una constitución es el grado en

Un sistema jurídico que se identifica completamente con una religión particular está en un extremo del espectro. Algunas constituciones priorizan o favorecen una religión por encima de otras. De hecho, hay varios países que declaran una religión oficial en sus constituciones. En la constitución de Costa Rica, la religión católica romana es designada como la religión oficial del

libertad religiosa, relega la religión a la esfera privada y protege al sistema jurídico de su influencia. Las políticas de gobierno y las leyes abordan la religión y delimitan límites entre la esfera pública y la privada. Cuando el ejercicio de las creencias religiosas privadas pone esos límites a prueba, los tribunales pueden ser llamados a arbitrar.

Otro aspecto importante de la relación entre el Estado y la religión es el establecimiento de la libertad religiosa. Independientemente de si una constitución otorga reconocimiento oficial a una religión, deriva sus principios o leyes de enseñanzas religiosas, o limita la influencia de la religión en la actividad de gobierno de manera estricta, las constituciones democráticas reconocen y protegen el derecho a la libertad religiosa. La libertad religiosa es considerada internacionalmente un derecho humano fundamental y está protegida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR)⁴² de 1966. La relación de un Estado con la religión no debe afectar negativamente el goce de ninguno de los derechos establecidos en el Pacto, incluidos la libertad religiosa y el derecho a la práctica religiosa, ni debe resultar en ninguna clase de discriminación hacia personas no creyentes o adherentes a una creencia particular⁴³.

Una constitución puede estar vinculada a una religión en concreto, abarcar varias religiones, guardar silencio respecto de la religión, o trazar una línea de separación clara entre la religión y el Estado. El principio de libertad religiosa es considerado internacionalmente un derecho humano fundamental, y la relación de un Estado con la religión no debe ser causa de discriminación contra quienes no son creyentes o quienes se adhieren a una creencia específica.

Recuadro 2.5. Unir a un país dividido religiosamente: *Pancasila* en Indonesia

El Preámbulo de la Constitución de Indonesia de 1945 hace referencia a *pancasila*, la filosofía del Estado que sirve como base de la ley indonesia. Al redactar los cinco principios listados en *pancasila*, el Presidente Sukarno buscaba unificar las distintas islas de Indonesia bajo principios particulares del Estado, con el fin de proporcionar una solución a la relación entre el islam y el Estado. Los cinco principios de *pancasila* son: (1) un solo y único Dios; (2) humanidad justa y civilizada; (3) la unidad de Indonesia; (4) democracia, y (5) justicia social. En otras palabras, estos principios conjuntamente buscan promover la unidad y, al mismo tiempo, aceptar la diversidad de Indonesia. A pesar de sus orígenes anticuados, *pancasila* y sus principios tradicionales han sobrevivido hasta hoy: la Asamblea Consultiva del Pueblo (Majelis Permusyawaratan Rakyat, MPR) volvió a adoptar estos principios en el reciente proceso de reforma constitucional (1999-2002), con el argumento de que *pancasila* había pasado a ser un símbolo de tradición y unidad nacional*. Cuando la MPR comenzó el proceso de reforma constitucional en 1999, tomó la importante decisión de enmendar la constitución en vez de redactar una completamente nueva, en parte para mantener el Preámbulo, que incluía *pancasila*, reteniendo así la ideología de Estado plurirreligioso que representa**.

- * M. Morfit, “Pancasila: The Indonesian State Ideology According to the New Order Government” [Pancasila: La ideología del Estado indonesio según el nuevo orden de gobierno], *Asian Survey*, 21/8 (1981), págs. 838-851; D. E. Weatherbee, “Indonesia in 1984: Pancasila, politics and power” [Indonesia en 1984: Pancasila, política y poder], *Asian Survey*, 25/2 (1985), págs. 187-197; S. Prawiranegara, “Pancasila as the Sole Foundation” [Pancasila como el único fundamento], *Indonesia*, 38, Programa de Publicaciones del Sudeste Asiático de la Universidad de Cornell (1984), págs. 74-83; D. Indrayana, “Indonesian Constitutional Reform, 1999-2002: An Evaluation of Constitution-Making in Transition” [Reforma constitucional indonesia, 1999-2002: evaluación de la creación de una constitución en transición], (Yakarta, diciembre de 2008), <http://www.kas.de/wf/doc/kas_19023-544-1-30.pdf>.
- ** M. Morfit, “Pancasila: The Indonesian State Ideology According to the New Order Government”; Weatherbee, *Asian Survey*, 25/2; S. Prawiranegara, “Pancasila as the Sole Foundation”, y D. Indrayana, “Indonesian Constitutional Reform, 1999-2002”.

4.6. Principios relacionados con el derecho internacional

El derecho internacional consta de una serie de principios para orientar a las constituciones modernas. Para adquirir legitimidad en la comunidad global, las constituciones deben adherirse a las normas más elementales del derecho internacional, como el respeto por los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, más allá de la implementación de requisitos mínimos para lograr reconocimiento y aceptación internacional, el tratamiento del derecho internacional y de las relaciones internacionales en las constituciones es muy variado.

Las constituciones generalmente incorporan medios por los cuales los Estados pueden cumplir con las obligaciones de los tratados que han suscrito. Estos medios varían de constitución en constitución, reflejando así las distintas visiones de la relación entre el Estado y el orden internacional. Algunas constituciones disponen que las obligaciones internacionales pasen directamente a formar parte del orden legal. La Constitución de Timor Oriental es un ejemplo, toda vez que establece que las normas de los acuerdos internacionales se aplican internamente siguiendo su aprobación, ratificación y adhesión

por el respectivo órgano competente, y luego de su publicación en la gaceta oficial⁴⁴. Esta concepción de las obligaciones internacionales, frecuentemente denominada *monismo*, también puede significar que las obligaciones internacionales tienen primacía sobre la legislación nacional. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de la República Checa, que dispone que los tratados constituyen parte del orden jurídico y que las disposiciones de los tratados internacionales deben ser aplicadas incluso donde sean contrarias a una ley

Las constituciones varían en su tratamiento del derecho internacional y las relaciones internacionales. Algunas establecen que las obligaciones internacionales forman parte del ordenamiento jurídico directamente. Otras incorporan determinados convenios internacionales. Y otras exigen que las obligaciones internacionales se incorporen al derecho interno antes de que sean vinculantes.

nacional⁴⁵. La Constitución de Hungría también hace un reconocimiento explícito de las obligaciones internacionales, pero no les da supremacía. En vez de eso, apela a armonizar las obligaciones internacionales con la legislación nacional⁴⁶. Además, la Corte Constitucional húngara ha determinado que la Constitución y la legislación nacional deben ser interpretadas de una manera que dé efecto a la ley internacional generalmente reconocida⁴⁷. En otras constituciones, como la de Alemania, el derecho consuetudinario internacional tiene primacía sobre la legislación nacional, pero las obligaciones de los tratados reciben el mismo trato que la ley nacional. Cuando las obligaciones de los tratados y la ley nacional entran en conflicto prevalece la disposición más reciente⁴⁸.

De manera alternativa, algunas constituciones adoptan la denominada concepción *dualista*, que requiere que el gobierno incorpore las obligaciones internacionales a la legislación nacional antes de que pasen a ser vinculantes. Tal arreglo exige que el poder legislativo actúe antes de que el tratado adquiera vigor en el sistema jurídico, incluso si, de acuerdo con derecho internacional, el tratado ya debería vincular al país.

Recuadro 2.6. Perspectivas del derecho internacional en el nivel nacional

El **monismo** es la visión del derecho internacional según la cual la legislación nacional y las normas internacionales están unidas en un único sistema.

- El derecho internacional no tiene que ser traducido a una ley nacional para surtir efecto.
- La ratificación del derecho internacional, por ejemplo, por medio de un tratado, incorpora tal derecho al orden jurídico nacional.
- El derecho internacional aceptado puede ser utilizado por los jueces y juezas, e invocado por la ciudadanía.
- En algunos países con perspectiva monista, el derecho internacional tiene primacía sobre la ley nacional.
- En algunos países, un tratado ratificado es equivalente a una ley nacional, y el más reciente tiene precedencia.

El **dualismo** es la visión del derecho internacional según la cual los ordenamientos nacionales e internacionales son distintos.

- El derecho internacional debe ser incorporado a la ley nacional para que tenga fuerza dentro del país.
- La sola ratificación del derecho internacional no es suficiente para darle efecto en el nivel nacional. La legislación nacional tiene que ser modificada para acatar la normativa internacional si se va a dar efecto a un tratado.
- Los jueces, las juezas y la ciudadanía solo pueden ampararse en la ley nacional que le da efecto al derecho internacional, en vez de apelar directamente a la normativa internacional.
- Si una ley nacional entra en conflicto con las obligaciones de un tratado, la ley nacional sigue siendo válida en el nivel nacional, aun cuando el conflicto resulte en una violación del derecho internacional.

La mayoría de las constituciones proporcionan un marco para la ratificación y ejecución de los tratados, pero además muchas incorporan ciertos convenios internacionales —como los que se refieren a los derechos humanos— o modelan ciertas disposiciones sobre la base de esos convenios, lo cual puede limitar legalmente el ámbito de acción del gobierno. Algunas constituciones meramente hacen referencia a tratados específicos, mientras que otras incluyen los convenios en su normativa constitucional. De acuerdo con la Constitución de Nicaragua, los derechos contenidos en una serie de documentos, incluidas la Declaración Internacional de Derechos Humanos de 1948 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, también de 1948, se aplican íntegramente a las instituciones de gobierno⁴⁹. De manera similar, la Constitución de Ghana llama al gobierno a adherirse a los principios consagrados o, según sea el caso, a los objetivos e ideales de varios convenios y tratados, así como de otras organizaciones internacionales de las cuales Ghana es miembro⁵⁰. Las constituciones también se pueden referir a tratados particulares. Por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Camerún afirma la adhesión a las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵¹.

En el área de las relaciones internacionales, el poder ejecutivo nacional suele asumir la autoridad primaria, ostentando el poder de celebrar o retirarse de los acuerdos internacionales. Sin embargo, algunas constituciones exigen la aprobación legislativa de los tratados o incluso la intervención judicial en el proceso de creación de tratados. Otras limitaciones a la discreción del poder ejecutivo en esta área incluyen los referéndums obligatorios u opcionales que plantean a la ciudadanía preguntas sobre temas con influencia en las relaciones internacionales —por ejemplo, la incorporación a una organización supranacional, como la Unión Europea—.

En una estructura constitucional que dispersa el poder del gobierno, los principios conectados con las relaciones internacionales pueden incorporar mayor participación o incluso control por parte de las autoridades regionales o locales. En algunos casos, la constitución puede permitir que las autoridades regionales celebren acuerdos internacionales. Por ejemplo, la Constitución de Argentina dispone que las provincias pueden adherirse a tratados en ciertas circunstancias previstas, aunque sin contradecir la política exterior o la legislación nacional⁵². La existencia de contradicciones entre las prácticas y los compromisos de las distintas regiones puede ser fuente de problemas, y los gobiernos nacionales pueden temer un colapso si las regiones adquieren demasiada autonomía en las relaciones internacionales, por lo cual la mayoría de los Estados retienen en el nivel nacional la autoridad para llevar las relaciones internacionales y controlar el ejército.

Recuadro 2.7. Derecho internacional como mecanismo de dispersión: Nicaragua y los derechos indígenas

La Constitución Política de la República de Nicaragua de 1986 hizo grandes avances en lo que respecta a la codificación de los principios sobre derechos humanos en la

ley nacional al adoptar constitucionalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos*. Los principios sobre derechos humanos presentes en estos tratados han demostrado ser un factor importante en la promoción de los derechos de los indígenas de Nicaragua. De acuerdo con estos tratados, la Constitución de 1986 garantizó los derechos de los indígenas y creó estructuras de gobierno descentralizadas para sus comunidades**. Al defender la normativa internacional sobre derechos humanos, los juzgados de Nicaragua han promovido la política de descentralización que adopta la constitución.

El impacto del derecho internacional es particularmente evidente en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Los Awas Tingni son una comunidad indígena que reside en la región de la costa del Atlántico. En 1995, el gobierno nicaragüense otorgó el derecho de tala a una empresa en territorio de los Awas Tingni, un acto que fue interpretado por los Awas Tingni como una violación de su derecho a la tenencia consuetudinaria de la tierra y los recursos. Tras conseguir apoyo y crear conciencia internacional, particularmente entre las ONG, los Awas Tingni triunfaron en la corte más alta de Nicaragua. La Corte Suprema ratificó sus derechos de propiedad sobre la base de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y además su fallo estableció que el gobierno ya no tenía autoridad para determinar el destino de tierras comunales tradicionales de los pueblos indígenas. Este caso no solo ratificó el derecho internacional en un escenario nacional, sino que también aumentó la autoridad reconocida a los pueblos indígenas.

* Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

** Artículo 181 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

5. Conclusiones

Los principios constitucionales encarnan las ideas y los objetivos más básicos de una sociedad, orientando la interpretación y aplicación de la constitución. Los principios constitucionales juegan una variedad de roles, desde servir como símbolos o expresar un ideal, hasta empoderar y guiar a los actores políticos o garantizar la adhesión a las estructuras legales y los derechos. Los principios similares frecuentemente reflejan significados distintos según las tendencias que surgen durante la elaboración constitucional o en las dinámicas políticas que aparecen después, como por ejemplo si los impulsores del cambio buscan acumular o dispersar el poder. El impacto de las normas constitucionales también depende de si están acompañadas por garantías políticas o por garantías legales; es decir, de si la constitución obliga a los actores e instituciones del gobierno a adherirse e implementarlas, o si estas normas actúan meramente como guías. La respuesta a esta pregunta suele depender del lenguaje y la ubicación de estas normas dentro de la constitución. Un lenguaje amplio o la ubicación dentro del preámbulo muchas veces

implica que los principios funcionan como una guía más que como un mandato. De manera similar, algunos principios se denominan “rectores”, lo cual se interpreta como que son reforzados por medios políticos y no por medios legales. Sin embargo, como se discutió anteriormente, la distinción político-legal no es absoluta, como tampoco lo es la correlación entre principios rectores y aplicación política. Los principios constitucionales también pueden surgir como consecuencia natural del diseño de la constitución y la totalidad de sus disposiciones, o de una interpretación o lectura más profunda de la constitución por parte de los tribunales. Aunque estos principios derivados no estén escritos en la constitución de manera expresa, pueden tener un impacto real en su significado. Por eso, los redactores deben ser conscientes de que el potencial simbolismo, interpretación y significado final de la constitución suelen exceder los principios y mecanismos mencionados en ella.

Ciertos principios o compromisos constitucionales orientan el orden constitucional completo. ¿Cómo se manejará la diversidad? ¿Cómo puede lograrse la igualdad de derechos para todos, independientemente del género? Los responsables de la elaboración constitucional deben pensar cuidadosamente en estas preguntas y otras preocupaciones fundamentales, que deben ser tratadas en la constitución considerando de forma cuidadosa cómo las distintas disposiciones van a promover cambios positivos y dar cumplimiento a los valores constitucionales dentro del contexto específico del país.

Tabla 2.1. Temas destacados en este capítulo

Temas	Preguntas
<p>1. Distintos roles que los principios constitucionales pueden desempeñar</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué propósitos puede cumplir la expresión de principios de carácter general en la constitución? • ¿Cómo representan los principios constitucionales los valores, objetivos y propósitos de un gobierno? • ¿Qué valor tienen los principios como elementos simbólicos, educativos y legitimadores en la constitución? • ¿Cómo ayudan los principios constitucionales a crear acuerdo entre grupos divididos? • ¿De qué manera informan los principios el significado de la constitución?
<p>2. Consagración y ejecución de los principios constitucionales</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Dónde se encuentran los principios constitucionales en las constituciones? • ¿Qué son las disposiciones fundacionales? • ¿Qué es el preámbulo? • ¿Qué son los principios rectores? • ¿Existen principios tácitos? ¿Se pueden derivar principios de una constitución? • ¿Otorgan los principios constitucionales orientación a los gobiernos? • ¿Son los principios constitucionales exigibles ante los tribunales?

Temas	Preguntas
3. Gobierno democrático	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo las constituciones logran el compromiso de los países con un gobierno democrático? • ¿La forma de gobierno expresa un compromiso con un gobierno democrático? • ¿Qué garantías legales protegen este principio? • ¿Qué garantías políticas protegen este principio?
4. Estado de derecho	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo se promueve el Estado de derecho en las constituciones? • ¿Qué garantías legales protegen este principio? • ¿Qué garantías políticas protegen este principio?
5. Principios relacionados con la diversidad	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo pueden los principios constitucionales contribuir a la gestión de la diversidad? • ¿Qué garantías legales protegen los principios relacionados con la diversidad? • ¿Qué garantías políticas protegen los principios relacionados con la diversidad?
6. Principios relacionados con el género	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo contribuyen los principios constitucionales a la promoción de la igualdad de género? • ¿De qué manera se refleja el compromiso con la igualdad de género en el uso del lenguaje de la constitución? • ¿Cómo se puede contribuir a la igualdad de género mediante los sistemas de representación? • ¿Cómo contribuyen las disposiciones sobre derechos a la igualdad de género? • ¿Qué garantías legales protegen este principio? • ¿Qué garantías políticas protegen este principio?
7. Relación de la constitución con la religión	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo expresa la constitución la relación del Estado con la religión? • ¿Cómo mantiene la constitución el compromiso con la libertad religiosa?
8. Principios relacionados con el derecho internacional	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo puede incorporar la constitución un compromiso con el derecho internacional? • ¿Cómo se incorporan las obligaciones internacionales al orden jurídico interno del Estado?

Notas

- ¹ B. McLachlin, “Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?” [Principios constitucionales tácitos: ¿qué está ocurriendo?], Comentarios de la Jueza Presidente Beverley McLachlin, Corte Suprema de Canadá, durante la conferencia Lord Cook, Wellington, Nueva Zelanda (2005), <http://www.canadianjusticereviewboard.ca/NZ_Speech.pdf>, fecha de consulta: noviembre de 2010.

- ² *El Estado vs. T. Makwanyane y M. Mchunu*, Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, caso núm. CCT/3/94.
- ³ N. Masina, “Xhosa Practices of Ubuntu for South Africa” [Prácticas Xhosa del Ubuntu para Sudáfrica], en W. Zartman (ed.), *Traditional Cures for Modern Conflicts: African Conflict “Medicine”* [Curas tradicionales para conflictos modernos: “medicina” africana del conflicto] (Londres: Lynne Rienner, 2000).
- ⁴ Véanse la Ley 200/1993 de la Constitución Interina de Sudáfrica, Sección (251), y el anexo.
- ⁵ Capítulo 1 (§1-6) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996, con enmiendas hasta 2007). Véase el anexo.
- ⁶ Artículo 5 de la Constitución de la República de Turquía (1982, con enmiendas hasta 2007). Véase el anexo.
- ⁷ *Su Santidad Kesavananda Bharati vs. Estado Kerala y otros*, Corte Suprema de India (AIR 1973 SC 1461). Véase también, por ejemplo, cómo el Consejo Constitucional Francés se basó en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, al cual se hace referencia indicando que sería legalmente exigible: Decisión 77-44 DC 16, julio 1971.
- ⁸ Véase, por ejemplo, I-XXIX de la Constitución de la República de Uganda (1995, con enmiendas hasta 2005). Véase también la Parte IV de la Constitución de la República de India (1950, con enmiendas hasta 1995).
- ⁹ *Asociación de Operadores de Lotería de Ghana vs. Autoridad Nacional de Lotería*. Corte Suprema de Ghana [2007-2008], SCGLR 1088.
- ¹⁰ Véase, por ejemplo, el Asunto del Proyecto de la Decimotercera Enmienda de la Constitución [1987], 2 Sri LR 312; *Su Santidad Kesavananda Bharati vs. Estado de Kerala y otros*, y *Minerva Mills vs. Unión de la India* (AIR 1980 SC 1789), 1981 SCR (1), 206.
- ¹¹ Por ejemplo, la Corte Constitucional húngara se ha basado en la idea de una ley constitucional común de Europa para llegar a sus decisiones. Véase también K. L. Scheppele, “Declarations of Independence: Judicial Reactions to Political Pressure” [“Declaraciones de independencia: reacciones judiciales a la presión política”], en S. B. Burbank y B. Friedman (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach* [La independencia judicial en la encrucijada: un enfoque interdisciplinario] (Thousand Oaks, CA: Sage, 2002), pág. 258.
- ¹² Artículo 3 de la Constitución de la Federación de Rusia (1993). Véase el anexo.
- ¹³ Artículo 7 de la Constitución de la República Democrática de Timor Oriental (2002). Véase el anexo.
- ¹⁴ Artículo 200 y Preámbulo de la Constitución de la República de Rwanda (2003). Véase el anexo.

- ¹⁵ Sección 6 de la Constitución del Reino de Tailandia (1997). Véase el anexo.
- ¹⁶ Artículo 60 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988, con enmiendas hasta 1993). Véase el anexo.
- ¹⁷ Artículo 79 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949, con enmiendas hasta 2006). Véase el anexo.
- ¹⁸ D. Béland y A. Lecours, “Federalism, Nationalism, and Social Policy Decentralisation in Canada and Belgium” [Federalismo, nacionalismo y descentralización de la política social en Canadá y Bélgica], *Estudios Federales y Regionales*, 17/4 (2007), págs. 405-419, esp., pág. 412.
- ¹⁹ Artículo V de la Constitución de Bosnia y Herzegovina (1995). Véase el anexo.
- ²⁰ Artículo 51 (4) de la Constitución de Pakistán (1973 según las reformas hasta 2004). Véase el anexo.
- ²¹ Constitución Permanente de la República de Irak (2005).
- ²² J. McGarry y B. O’Leary, “Iraq’s Constitution of 2005: Liberal Consociation as Political Prescription” [La Constitución de Irak de 2005: la consociación liberal como prescripción política], *International Journal of Constitutional Law*, 5/4 (2007), págs. 670-698.
- ²³ H. Irving, *Gender and the Constitution: Equity and Agency in Comparative Constitutional Design* [El género y la constitución: equidad y agencia en el diseño constitucional comparado] (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pág. 41, citando a Sandra Petersson.
- ²⁴ La Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999), la Constitución de la República de Sudáfrica (1996, con enmiendas hasta 2007), la Constitución de la República de Uganda (1995, con enmiendas hasta 2005) y la Ley (de Reforma) Constitucional de 1997 de la República de las Islas Fiji (1997, con enmiendas hasta 1998).
- ²⁵ Artículo 8 (3) de la Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999). Véase el anexo.
- ²⁶ Artículo 48 de la Constitución de Paraguay (1992). Véase el anexo.
- ²⁷ Artículo 63 de la Constitución Interina de la República Federal Democrática de Nepal (2063), 2007. Véase el anexo.
- ²⁸ Artículos 76 y 82 de la Constitución de la República de Rwanda (2003). Véase el anexo.
- ²⁹ 2008. <<http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm>>, fecha de consulta: 27 de agosto de 2010.
- ³⁰ Artículo 37 de la Constitución de la Nación Argentina (1994) (véase el anexo), y artículo 4, Decreto 1246.

- ³¹ Artículo 106 (1), Constitución de la República Islámica de Paquistán (1973, con enmiendas hasta 2004). Véase el anexo.
- ³² Artículo 40, Constitución Política de Colombia (1991, con enmiendas hasta 2005). Véase el anexo.
- ³³ H. Irving, *Gender and the Constitution* [El género y la constitución], pág. 115.
- ³⁴ H. Irving, *Gender and the Constitution* [El género y la constitución], pág. 82, citando a Jill Vickers.
- ³⁵ Artículo 33 de la Constitución de la República de Polonia (1997). Véase el anexo.
- ³⁶ Título Sexto (Del Trabajo y de la Previsión Social), artículo 123 (A) (VII) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, con enmiendas hasta 2015). Véase el anexo.
- ³⁷ Artículo 75 de la Constitución de la República de Costa Rica (1949, con enmiendas hasta 2003): “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni las buenas costumbres”. Véase el artículo 2 de la Constitución del Reino de Noruega (1814, con enmiendas hasta 1996) en el anexo.
- ³⁸ Constitución de la República Islámica de Irán (1979, con enmiendas hasta 1989).
- ³⁹ Artículo 2 de la Constitución de la República de Irak (2005). Véase el anexo.
- ⁴⁰ Capítulo XI, artículo 29, de la Constitución de la República de Indonesia (1945 con enmiendas hasta 2002). Véase el anexo.
- ⁴¹ Artículo 1 de la Constitución de la República Francesa del 4 de octubre de 1958 (1958 con enmiendas hasta el 23 de julio de 2008). Véase el anexo.
- ⁴² Artículos 18 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Véase el anexo.
- ⁴³ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Observación general núm. 22: El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.
- ⁴⁴ Artículo 9 (2) de la Constitución de la República Democrática de Timor Oriental, 2002. Véase el anexo.
- ⁴⁵ Artículo 10 de la Constitución de la República Checa (1992, con enmiendas hasta 2009). Véase el anexo.
- ⁴⁶ Artículo 7 de la Constitución de la República de Hungría (1949, con enmiendas hasta 2003). Véase el anexo.
- ⁴⁷ Decisión de la Corte Constitucional núm. 53/1993. (X.13) AB.

- ⁴⁸ T. Ginsburg, Z. Elkins y S. Chernykh, “Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law” [“Compromiso y difusión: cómo y por qué las constituciones incorporan el derecho internacional”], *University of Illinois Law Review*, 2008, pág. 205, citando a Cassese.
- ⁴⁹ T. Ginsburg, Z. Elkins y S. Chernykh, “Commitment and Diffusion” [“Compromiso y difusión”], pág. 207, citando el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua.
- ⁵⁰ Artículo 40 (d) de la Constitución de la República de Ghana (1992, con enmiendas hasta 1996). Véase el anexo.
- ⁵¹ Preámbulo de la Constitución de la República de Camerún (1972, con enmiendas hasta 1996). Véase el anexo.
- ⁵² Artículos 124-125 de la Constitución de la Nación Argentina (1994).

Términos clave

Principios constitucionales, valores compartidos, gobernanza, Estado de derecho, diversidad, igualdad de género, derechos de las mujeres, religión, relaciones internacionales, principios explícitos, principios derivados, preámbulo, principios rectores, disposiciones fundacionales.

Recursos adicionales

- **Estado de Derecho de las Naciones Unidas**
<http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=31>
El Estado de Derecho de las Naciones Unidas busca fortalecer el Estado de derecho en el nivel nacional e internacional. La elaboración constitucional es uno de los temas transversales que aborda este sitio, que contiene enlaces a documentos sobre asistencia constitucional y elaboración constitucional en escenarios posconflicto.
- **iKnow Politics**
<<https://www.iknowpolitics.org/>>
La International Knowledge Network of Women in Politics [Red Internacional de Conocimiento de Mujeres en la Política], iKnow Politics, es una red interactiva de mujeres que participan en política en todo el mundo, comparten sus experiencias, tienen acceso a recursos y servicios de asesoría, y se comunican y colaboran respecto de temas de interés.
- **Quota Project**
<<http://www.quotaproject.org/>>
La Base de Datos Global de Cuotas para Mujeres contiene información sobre el uso electoral de las cuotas para mujeres, incluidas las cuotas electorales contempladas en las constituciones. Este sitio provee una base de datos respecto del uso de cuotas para mujeres en países alrededor del mundo.

- **Prevención y Recuperación de Crisis del PNUD: Género y crisis**
 <http://www.undp.org/cpr/how_we_do/gender.shtml>
 Con su Agenda de Ocho Puntos para el Empoderamiento de las Mujeres y la Igualdad de Género en la Prevención y Recuperación de Crisis, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se enfoca en crear diferencias positivas en las vidas de mujeres y niñas afectadas por crisis.
- **Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres**
 <<http://www.un-instraw.org/>>
 ONU Mujeres contribuye a acelerar el progreso de los objetivos relativos a la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. Proporciona apoyo a órganos intergubernamentales en la formulación de políticas, estándares globales y normas, y ayuda a los Estados miembros a implementar estos estándares. También busca proveer apoyo técnico y económico adecuado a los países que lo soliciten y forjar asociaciones efectivas con la sociedad civil.
- **Instituto de la Paz de los Estados Unidos**
 <<http://www.usip.org/>>
 El Instituto de los Estados Unidos para la Paz (USIP) proporciona análisis, capacitación y herramientas para prevenir y terminar conflictos y promover la estabilidad. Las secciones de su sitio web dedicadas a las áreas del Estado de derecho, la juventud y las mujeres son de especial interés.
- **Fundación Westminster para la Democracia**
 <<http://www.wfd.org>>
 La Fundación Westminster para la Democracia (WFD) promueve la participación en el proceso político. Como parte de este esfuerzo, y como prioridad de la fundación, esta incentiva a las mujeres a participar de la toma de decisiones, y apoya el desarrollo de un ambiente que garantice su inclusión. La WFD también colabora con trabajos en el área del Estado de derecho.
- **Unión Interparlamentaria, Mujeres en la Política**
 <<http://www.ipu.org/iss-e/women.htm>>
 La Unión Interparlamentaria es un punto focal para el diálogo parlamentario mundial, comprometido con el establecimiento firme de una democracia representativa. Este sitio contiene una sección enfocada en el rol de las mujeres en el poder legislativo.
- **Colección de Tratados de las Naciones Unidas**
 <<http://www.ipu.org/iss-e/women.htm>>
 Este sitio provee una base de datos consultable y enlaces a los textos completos de todos los tratados multilaterales, y algunos bilaterales, entregados al Secretario General de las Naciones Unidas y aquellos previamente depositados en la Liga de las Naciones.

- **Centro para el Estudio de la Ley y la Religión**

<<http://cslr.law.emory.edu/>>

El Centro para el Estudio de la Ley y la Religión (CSLR) se dedica a estudiar las dimensiones religiosas de la ley, las dimensiones legales de la religión y la interacción de ideas, instituciones, normas y prácticas legales y religiosas.

- **Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)**

<<http://www.unesco.org/most/rr2nat.htm>>

El Programa para el Manejo de Transformaciones Sociales (MOST) está alojado en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), entidad que acoge y promueve la investigación de las ciencias sociales. Para fortalecer una perspectiva comparada en la investigación de las ciencias sociales sobre gobernanza en sociedades con múltiples profesiones religiosas, así como en la elaboración de políticas públicas, el Programa MOST ha recopilado disposiciones constitucionales relativas a los derechos a la no discriminación y la igualdad, a la libertad religiosa o de fe, y a los derechos de las personas de religiones minoritarias.

Anexo. Disposiciones constitucionales y estatutarias mencionadas en este capítulo

Estos fragmentos aparecen en el orden en que son mencionados en las notas y en el texto de los capítulos. Las disposiciones constitucionales están copiadas del Proyecto de Derecho Constitucional Internacional (ICL) (<<http://www.servat.unibe.ch/icl/info.html>>), a menos que se diga otra cosa.

Principio 20, Parte 4 de la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993

Cada nivel de gobierno tendrá poderes legislativos y ejecutivos apropiados y adecuados y las funciones que permitirán a cada nivel funcionar de manera efectiva. La asignación de poderes entre los distintos niveles de gobierno se hará sobre la base de cuál lleva a la viabilidad financiera en cada nivel de gobierno y para una efectiva administración pública, y cuál reconoce y promueve la unidad nacional y la autonomía provincial legítima, y reconoce la diversidad cultural.

Principio 18, Parte 4 de la Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 200 de 1993, según la enmienda de la sec. 13 (a) de la Ley 2 de 1994

Los poderes, límites y funciones del gobierno nacional y los gobiernos provinciales serán definidos en la Constitución. Las enmiendas a la Constitución que alteren los poderes, límites, funciones o instituciones de las provincias, además de cualesquiera otros procedimientos especificados en la Constitución para enmiendas constitucionales, requerirán la aprobación de una mayoría especial de las legislaturas de las provincias; alternativamente, si existe esta cámara, una mayoría de dos tercios de una cámara del Parlamento compuesta por representantes provinciales, y si la enmienda se refiere únicamente a provincias específicas, también será necesaria la aprobación de las legislaturas de dichas provincias. Se elaborarán las disposiciones necesarias para obtener la opinión de una legislatura provincial sobre todas las enmiendas constitucionales relativas a sus poderes, límites y funciones.

De la Ley 200/1993 de la Constitución Interina de Sudáfrica, Sección 251

La adopción de esta Constitución sienta las bases seguras para que el pueblo de Sudáfrica trascienda las divisiones y luchas del pasado, que generaron violaciones en masa de los derechos humanos, la transgresión de los principios humanitarios en conflictos violentos y un legado de odio, miedo, culpa y venganza.

Ahora pueden abordarse sobre la base de que existe una necesidad de comprensión, pero no de venganza, una necesidad de reparación, pero no de represalias, una necesidad de Ubuntu, pero no de victimización.

Capítulo 1 (§1-6) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996, según enmienda de 2007)

Sección 1. República de Sudáfrica

La República de Sudáfrica es un Estado democrático soberano fundado en los siguientes valores:

- (a) Dignidad humana, el logro de la igualdad y el avance de los derechos y libertades humanas.
- (b) No racismo y no sexismo.
- (c) Supremacía de la Constitución y el Estado de derecho.
- (d) El sufragio universal de adultos, una lista nacional común de votantes, elecciones periódicas y un sistema multipartidista de gobierno democrático, para garantizar la rendición de cuentas, la capacidad de respuesta y la apertura.

Sección 2. Supremacía de la Constitución

Esta Constitución es la ley suprema de la República; la ley o conducta incompatible con ella es inválida, y los deberes impuestos por ella deben ser cumplidos.

Sección 3. Ciudadanía

1. Existe una ciudadanía sudafricana común.
2. Todos los ciudadanos:
 - (a) Tienen el mismo derecho a tener los derechos, privilegios y beneficios de la ciudadanía, y
 - (b) Están sujetos a los deberes y responsabilidades de la ciudadanía de manera igualitaria.
3. La legislación nacional debe proporcionar la adquisición, pérdida y restauración de la ciudadanía.

Sección 4. Himno Nacional

El Himno Nacional de la República lo determina el Presidente mediante proclamación.

Sección 5. Bandera nacional

La bandera nacional de la República es negra, dorada, verde, blanca, roja y azul, según la descripción y bosquejo contenidos en la Parte 1.

Sección 6. Idiomas

1. Los idiomas oficiales de la República son el sepedi, sesotho, setswana, siSwati, tshivenda, xitsonga, afrikaans, inglés, isiNdebele, isiXhosa e isiZulu.
2. Reconociendo el uso históricamente disminuido y el estatus de las lenguas indígenas de nuestro pueblo, el Estado debe tomar medidas prácticas y efectivas para elevar el estatus y promover el uso de estos idiomas.
3. Los gobiernos nacionales y provinciales pueden utilizar idiomas oficiales particulares para fines de gobierno, teniendo en cuenta el uso, la practicidad, los gastos, las circunstancias regionales y el equilibrio de las necesidades y preferencias de la población en su conjunto o en las respectivas provincias, siempre que ningún gobierno nacional o provincial pueda utilizar un solo idioma oficial. Los municipios deben tener en cuenta el uso del idioma y las preferencias de sus residentes.

4. Los gobiernos nacionales y provinciales, mediante medidas legislativas y de otra índole, deben regular y controlar el uso de los idiomas oficiales por parte de esos gobiernos. Sin menoscabo de las disposiciones del inciso (2), todos los idiomas oficiales deben gozar de paridad de estima y deben ser tratados de manera equitativa.
5. El Directorio de Idiomas Pansudafricano debe:
 - (a) Promover y crear condiciones para el desarrollo de
 - (i) todos los idiomas oficiales;
 - (ii) los idiomas khoi, nama y san, y
 - (iii) el lenguaje de señas.
 - (b) Promover y garantizar respeto por los idiomas, incluidos el alemán, griego, gujarati, hindi, portugués, tamil, telugu, urdu y otros comúnmente utilizados por las comunidades de Sudáfrica, y árabe, hebreo, sánscrito y otros utilizados con fines religiosos.

Artículo 5 de la Constitución de la República de Turquía (de 1982, según enmienda de 2007)

Objetivos y deberes fundamentales del Estado

Los objetivos y deberes fundamentales del Estado son resguardar la independencia e integridad del Estado turco, la indivisibilidad del país, la República y la democracia; asegurar el bienestar, la paz y la felicidad del individuo y la sociedad; luchar por la eliminación de los obstáculos políticos, sociales y económicos que restringen los derechos y libertades fundamentales de la persona de manera incompatible con los principios de justicia y del Estado social regido por el Estado de derecho, y proporcionar las condiciones necesarias para el desarrollo de la existencia material y espiritual del individuo.

Artículo 37 de la Constitución de la República de India (1950, según enmienda de 1995)

Parte IV, Principios directivos de la política de Estado

Las disposiciones contenidas en esta parte no podrán ser ejecutadas por ninguna corte, pero los principios establecidos en ellas son, no obstante, fundamentales en el gobierno del país, y será el deber del Estado aplicar estos principios en la elaboración de leyes.

Artículo 45 de la Constitución de la República de India (1950, según enmienda de 1995)

Disposición para la educación gratuita y obligatoria de los niños

El Estado se esforzará por otorgar, dentro de un período de diez años contados desde la entrada en vigor de esta Constitución, una educación gratuita y obligatoria para todos los niños hasta que alcancen los 14 años.

(Debe hacerse notar que esta disposición ha sido enmendada).

Artículo 3 de la Constitución de la Federación de Rusia (1993)

1. El pueblo multinacional de la Federación de Rusia es el vehículo de la soberanía y la única fuente de poder en la Federación de Rusia.
2. El pueblo de la Federación de Rusia ejerce su poder directamente, y también a través de los órganos del poder estatal y el autogobierno local.
3. El plebiscito y las elecciones libres son la máxima manifestación del poder directo del pueblo.
4. Nadie puede arrogarse el poder en la Federación de Rusia. La toma del poder o la autorización para apropiarse del poder se persigue penalmente bajo la ley federal.

Artículo 7 de la Constitución de la República Democrática de Timor Oriental (2002)*

Artículo 7 Sufragio universal y sistema multipartidario

1. El pueblo ejercerá el poder político por sufragio universal, libre, igual, directo, secreto y periódico y por las demás formas que establezca la Constitución.
2. El Estado valorará el aporte de los partidos políticos para la expresión organizada de la voluntad popular y para la participación democrática del ciudadano en la gobernanza del país.

* Reimpreso de y disponible en <<https://www.constitutionnet.org>>.

Artículo 200 y Preámbulo de la Constitución de la República de Rwanda (2003)*

Artículo 200

Toda ley que sea contraria a esta Constitución es nula y sin efecto.

Preámbulo

Aquí y por medio de plebiscito se adopta esta Constitución como ley suprema de la República de Rwanda.

* Disponible en <<http://mhc.gov.rw>>.

Sección 6 de la Constitución del Reino de Tailandia (1997)

La Constitución es la ley suprema del Estado. Las disposiciones de cualquier ley, regla o regulación que sea contraria o inconsistente con esta Constitución serán inaplicables.

Artículo 60 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988, según enmienda de 1993)

Enmienda de la Constitución

0. La Constitución puede ser enmendada con la propuesta de:
 - I. al menos un tercio de los miembros de la Cámara de Representantes, o del Senado Federal;

- II. el Presidente de la República;
- III. más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, cada una de las cuales se expresa por la mayoría simple de sus miembros.
- 1. La Constitución no podrá ser enmendada durante intervención federal, estado de defensa o estado de asedio.
- 2. La propuesta es discutida y votada en cada Cámara del Congreso, en dos rondas, y se considera aprobada si obtiene las tres quintas partes de los votos de los respectivos miembros en ambas rondas.
- 3. Se promulga una enmienda a la Constitución por las Juntas de Presidencia de la Cámara de Representantes y del Senado Federal, con un número de secuencia respectivo.
- 4. Ninguna resolución será discutida respecto de una propuesta de enmienda que busca abolir:
 - I. la forma federal del Estado;
 - II. el voto directo, secreto, universal y periódico;
 - III. la separación de los poderes del Estado;
 - IV. los derechos y garantías individuales.
- 5. El tema tratado en una propuesta de enmienda que se rechace o se considere deficiente no puede ser objeto de otra propuesta durante el mismo período legislativo.

Artículo 79 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949, según enmienda de 2006)

Enmienda de la Ley Fundamental

- 1. Esta Constitución solo podrá ser modificada mediante estatutos que enmienden o complementen expresamente su texto. Con respecto a los tratados internacionales cuyo tema sea un acuerdo de paz, es suficiente la preparación de un acuerdo de paz o la eliminación gradual de un régimen de ocupación o lo que esté destinado a servir a la defensa de la República Federal. Esto con el fin de aclarar que las disposiciones de esta Constitución no excluyen la celebración y entrada en vigor de dichos tratados, cuyo fin es complementar el de esta Constitución solo en cuanto se refiere a efectuar dicha aclaración.
- 2. Cualquier estatuto requiere el consentimiento de dos tercios de los miembros de la Cámara de Representantes [*Bundestag*] y dos tercios de los votos de la Cámara de la Federación [*Bundesrat*].
- 3. Son inadmisibles las enmiendas a esta Constitución que afecten la división de la Federación en Estados [*Länder*], el principio de participación en la legislación de los Estados [*Länder*] o los principios básicos establecidos en los Artículos 1 y 20.

Artículo V de la Constitución de Bosnia y Herzegovina (1995)

La Presidencia de Bosnia y Herzegovina estará compuesta por tres miembros: un bosnio, un croata, cada uno elegido de forma directa en el territorio de la Federación, y un serbio, elegido directamente del territorio de la República de Serbia.

Artículo 51 de la Constitución de Pakistán (1973, según enmienda de 2004)*

51. Asamblea Nacional

1. Habrá 342 escaños para los miembros de la Asamblea Nacional, incluyendo escaños reservados para mujeres y no musulmanes.
2. Una persona tiene derecho a votar si:
 - (a) es ciudadano de Pakistán;
 - (b) tiene al menos 18 años de edad;
 - (c) su nombre aparece en el censo electoral, y
 - (d) no ha sido declarado demente por la corte competente.
3. Los escaños en la Asamblea Nacional referidos en la cláusula (1), excepto lo dispuesto en la cláusula (4), serán asignados a cada provincia, a las áreas tribales federalmente administradas y a la capital federal según la tabla siguiente:

	Escaños generales	Mujeres	Total
Beluchistán	14	3	17
Jaiber Pastunjuá	35	8	43
Panjab	148	35	183
Sindh	61	14	75
Áreas tribales federalmente administradas	12	-	12
Capital Federal	2	-	2
Total	272	60	332

4. Además del número de escaños mencionado en la cláusula (3), habrá 10 escaños reservados para no musulmanes en la Asamblea Nacional.
5. Los escaños de la Asamblea Nacional serán asignados a cada provincia, las áreas tribales administradas federalmente y la capital federal sobre la base de la población conforme a los datos del último censo publicado.
6. Para efectos de ser elegido para la Asamblea Nacional
 - (a) las circunscripciones para los escaños generales serán circunscripciones territoriales unipersonales y los miembros para cubrir dichos escaños serán elegidos por voto directo y libre conforme a la ley;

- (b) cada provincia será considerada como un único distrito electoral respecto de los escaños reservados para mujeres, los cuales son asignados a las respectivas provincias en la cláusula (3);
- (c) se considerará al país completo como el distrito electoral para los escaños reservados para no musulmanes;
- (d) las miembros que ocuparán los escaños reservados para mujeres que son asignados a una provincia bajo la cláusula (3) serán elegidos según la ley por un sistema de representación proporcional de listas de candidatos de los partidos políticos sobre la base del número total de escaños generales asegurados por cada partido político de la provincia involucrada en la Asamblea Nacional;

Para el propósito de esta subcláusula, el número total de escaños generales ganados por un partido político incluirá a el o los candidatos retornados independientes, quienes pueden afiliarse debidamente a tal partido político dentro de los tres días siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial* de los nombres de los candidatos retornados;

- (e) los miembros de los escaños reservados para no musulmanes serán elegidos conforme a la ley mediante listas de candidatos, según un sistema de representación proporcional de los partidos políticos, sobre la base del número total de escaños ganados por cada partido político en la Asamblea Nacional.

Para el propósito de esta subcláusula, el número total de escaños generales ganados por un partido político incluirá a el o los candidatos retornados independientes, quienes pueden afiliarse debidamente a tal partido político dentro de los tres días siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial* de los nombres de los candidatos retornados.

* Copiado de <<http://www.pakistani.org>>.

Artículo 125 de la Constitución Definitiva de la República de Irak (2005)*

Esta Constitución garantizará los derechos administrativos, políticos, culturales y educacionales de las diversas nacionalidades, tales como los turcomanos, caldeos, asirios y todos los demás constituyentes, y esto será regulado por ley.

* Copiado de y disponible en <<http://aceproject.org>>.

Artículo 8 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza Federal (1999, según su enmienda de 2010)

Igualdad

1. Todas las personas son iguales ante la ley.
2. Nadie puede ser discriminado por su origen, raza, sexo, edad, idioma, posición social, forma de vida, convicciones religiosas, filosóficas o políticas, o por incapacidad corporal o mental.

3. Los hombres y las mujeres tienen igualdad de derechos. La ley prevé igualdad legal y de hecho, particularmente en la familia, durante la educación y en el ambiente laboral. Los hombres y las mujeres tienen derecho a un pago igualitario por un trabajo de igual valor.
4. La ley prevé medidas para eliminar las desventajas de las personas con discapacidad.

Artículo 48 de la Constitución de Paraguay (1992)

De la igualdad de derechos del hombre y de la mujer

El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.

Artículo 63 de la Constitución Interina de la República Federal Democrática de Nepal (2063), 2007*

Formación de la Asamblea Constituyente

1. Habrá una Asamblea Constituyente para la formulación de una nueva Constitución constituida por las mismas personas de Nepal, sujeta a las disposiciones de esta Constitución.
2. Después del comienzo de esta Constitución, la Asamblea Constituyente se elegirá en la fecha especificada por el Gobierno de Nepal.
3. La Asamblea Constituyente estará formada por 425 miembros, de los cuales 409 serán elegidos por un sistema electoral mixto y los otros 16 miembros serán nominados, según se indica en la ley:
 - (a) 205 miembros serán elegidos de entre los candidatos electos mediante el sistema de mayoría simple (*First Pass the Post*) de cada una de las circunscripciones electorales existentes conforme a la ley en vigencia antes de la entrada en vigor de esta Constitución.
 - (b) 204 miembros serán elegidos según el sistema electoral proporcional sobre la base de los votos dados a los partidos políticos, considerando al país en su totalidad como una circunscripción.
 - (c) 16 miembros serán nominados por el Consejo de Ministros Interinos, sobre la base del consenso, de entre personas prominentes en la vida nacional
4. El principio de inclusión se considerará al momento de elegir los candidatos de los partidos políticos conforme a la subcláusula (a) de la cláusula (3) mencionada anteriormente, y mientras se hace la lista de los candidatos conforme a la subcláusula (b) anteriormente mencionada, los partidos políticos deberán garantizar representación proporcional de mujeres, *Dalit*, tribus oprimidas/tribus indígenas, *Madhesi* y otros grupos previstos en la ley.

Sin perjuicio de lo contenido en esta cláusula, en el caso de las mujeres debe haber al menos un tercio de la representación total obtenida de la suma del número de candidaturas conforme a la subcláusula (a) de la cláusula (3) a la representación proporcional conforme al inciso (b) de la cláusula (3).

5. Los miembros de la Asamblea Constituyente se elegirán por votaciones secretas, según lo indicado en la ley.
6. Para elegir la Asamblea Constituyente, cada ciudadano nepalí que ha alcanzado los 18 años de edad al final de *Mangsir*, 2063 (15 de diciembre de 2006), tendrá derecho a votar, según lo dispuesto en la ley.
7. Sujeto a lo dispuesto en este artículo, la elección de la Asamblea Constituyente y los demás asuntos que correspondan a la misma se regularán en los términos previstos en la ley.

* Disponible en <<https://www.constitutionnet.org>>.

Artículos 76 y 82 de la Constitución de la República de Rwanda (2003)*

Artículo 76

La Cámara de Diputados está compuesta por 80 miembros de la siguiente manera:

1. 53 son elegidos de acuerdo con las disposiciones del artículo 77 de esta Constitución;
2. 24 son mujeres; es decir, dos de cada provincia y la ciudad de Kigali. Estas serán elegidas por una asamblea conjunta compuesta por miembros del respectivo distrito, municipalidad, pueblo o consejos de la ciudad de Kigali y los miembros de los Comités Ejecutivos de las organizaciones de mujeres en la provincia, la ciudad de Kigali, distrito, municipalidades, pueblos y otros sectores;
3. 2 miembros elegidos por el Consejo Nacional de la Juventud;
4. 1 miembro elegido por la Federación de Asociaciones de las Personas con Discapacidad.

Artículo 82

El Senado está compuesto por 26 miembros que ejercen su cargo por un período de 8 años y al menos el 30 por ciento de ellos son mujeres. Además, los ex Jefes de Estado pasan a ser miembros del Senado a su solicitud conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 de este artículo.

Estos 26 miembros son elegidos o nombrados de la forma siguiente:

1. 12 miembros que representan cada provincia y la ciudad de Kigali son elegidos mediante voto secreto por los miembros de comités ejecutivos de sectores y consejos de distrito, municipalidades, pueblos o ciudadanos de cada provincia y la ciudad de Kigali;
2. 8 miembros son nombrados por el Presidente de la República, quien asegurará la representación de las comunidades históricamente marginalizadas;

3. 4 miembros designados por el Foro de Organizaciones Políticas;
4. 1 profesor universitario que tenga al menos rango de Profesor Adjunto o investigador elegido por el personal académico o de investigación de universidades públicas e instituciones de educación superior;
5. 1 profesor universitario que tenga al menos rango de Profesor Asociado o investigador elegido por el personal académico o de investigación de universidades privadas e instituciones de educación superior.

Los órganos responsables de nombrar a los senadores deberán considerar la unidad nacional y la representación igualitaria de ambos sexos.

Los líderes de gobierno que cumplieron con sus períodos de manera honorable o renunciaron de manera voluntaria a su puesto pasan a ser miembros del Senado luego de presentar una solicitud a la Corte Suprema.

La Corte Suprema será el órgano encargado de adjudicarse las disputas relacionadas con la aplicación de los artículos 82 y 83 de esta Constitución.

* Disponible en <<http://mhc.gov.rw>>.

Artículo 37 de la Constitución de la Nación Argentina (1994)

1. Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.
2. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Artículo 106 (1) de la Constitución de la República Islámica de Pakistán (1973 según enmienda de 2004)*

106. Constitución de las Asambleas Provinciales

1. Cada Asamblea Provincial estará compuesta de escaños generales y escaños reservados para mujeres y no musulmanes según se especifica a continuación:

	Escaños generales	Mujeres	No musulmanes	Total
Beluchistán	51	11	3	65
Jaiber Pastunjuá	99	22	3	124
Panjab	297	66	8	371
Sindh	130	29	9	168

2. Una persona tiene derecho a voto si:
 - (a) es ciudadano de Pakistán;

- (b) tiene al menos 18 años de edad;
 - (c) su nombre aparece en el censo electoral, y
 - (d) no ha sido declarado demente por la corte competente.
3. Para ser elegido para una Asamblea Provincial
- (a) las circunscripciones para los escaños generales serán circunscripciones territoriales unipersonales y los miembros para cubrir dichos escaños serán elegidos por voto directo y libre conforme a la ley;
 - (b) cada provincia será un solo distrito electoral para todos los escaños reservados para mujeres y no musulmanes, que son asignados a las respectivas provincias en la cláusula (1);
 - (c) los miembros de los escaños reservados para mujeres y no musulmanes serán elegidos para las respectivas provincias en la cláusula (1), conforme a la ley mediante listas de candidatos, según un sistema de representación proporcional de los partidos políticos, sobre la base del número total de escaños ganados por cada partido político en la Asamblea Provincial. Para efectos de esta subcláusula, el número total de escaños generales ganados por un partido político incluirá a el o los candidatos retornados independientes, quienes pueden afiliarse debidamente a tal partido político dentro de los tres días siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial* de los nombres de los candidatos retornados.

* Disponible en <<http://www.pakistani.org/>>.

Artículo 40 de la Constitución Política de Colombia (1991, según enmienda de 2005)*

Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

* Reimpreso y disponible en <<http://confinder.richmond.edu>>.

Artículo 33 de la Constitución de la República de Polonia (1997)

1. En la República de Polonia hombres y mujeres tendrán iguales derechos en la vida familiar, política, social y económica.
2. Hombres y mujeres tendrán iguales derechos, en particular respecto de la educación, el empleo y la promoción, y tendrán derecho a una remuneración igual por un trabajo de valor similar, a la seguridad social, a desempeñar cargos, y a recibir honores públicos y condecoraciones.

Título Sexto (Del Empleo y de la Previsión Social), artículo 123 (A) (VII) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, según enmienda de 2015)*

Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

(...)

VII. Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.

* Disponible en <https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf>.

Artículo 11 de la Constitución de Ecuador (2008)*

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, afiliación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

* Disponible en la Base de Datos Política de las Américas <<http://pdba.georgetown.edu/>>.

Artículo 75 de la Constitución de la República de Costa Rica (1949, según enmienda de 2003)

La religión Católica, Apostólica, Romana, es la religión del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.

Artículo 2 de la Constitución del Reino de Noruega (1814, según enmienda de 1996)

1. Todos los habitantes del Reino tendrán derecho al libre ejercicio de su religión.
2. La religión oficial del Estado seguirá siendo la evangélica-luterana. Los habitantes que profesen esta fe están obligados a criar a sus hijos en la misma fe.

Artículo 2 de la Constitución de la República de Irak (2005)*

Primero: El islam es la religión oficial del Estado y es la fuente fundacional de la legislación:

- A. No se puede promulgar ninguna ley que contradiga las disposiciones establecidas del islam.
- B. No se podrá promulgar ninguna ley que contradiga los principios de la democracia.
- C. No se podrá promulgar ninguna ley que contradiga los derechos y libertades básicas establecidas en esta Constitución.

Segundo: Esta Constitución garantiza la identidad islámica de la mayoría del pueblo iraquí y garantiza plenos derechos a la libertad y práctica a personas cristianas, yazidis y sabeos mandeos.

* Disponible en <<https://www.uniraq.org>>.

Capítulo XI, Artículo 29 de la Constitución de la República de Indonesia (1945, según enmienda de 2002)

1. El Estado se basa en la creencia en un solo y único Dios.
2. El Estado garantiza a todas las personas libertad de culto, cada uno según su propia creencia religiosa.

Artículo 1 de la Constitución de la República Francesa (1958, según enmienda de 2008)

1. Francia es una república indivisible, laica, democrática y social. Garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sin distinción de origen, raza o religión. Respeta todas las creencias. Está organizada de forma descentralizada.
2. La ley promueve la igualdad de acceso de mujeres y hombres a cargos y puestos elegidos, así como a cargos profesionales y sociales.

Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o

las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

* Disponible en <<http://www.ohchr.org>>.

Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

* Disponible en <<http://www.ohchr.org>>.

Artículo 9 (2) de la Constitución de la República Democrática de Timor Oriental (2002)*

Sección 9 (Derecho Internacional)

1. El sistema legal de Timor Oriental adoptará los principios generales o consuetudinarios del derecho internacional.
2. Las reglas de las convenciones internacionales, tratados y acuerdos se aplicarán en el sistema legal interno de Timor Oriental luego de su aprobación, ratificación o adhesión por parte de los órganos competentes respectivos, después de su publicación en la *Gaceta Oficial*.
3. Toda regla contraria a las disposiciones de las convenciones, tratados o acuerdos internacionales que se aplique en el sistema legal interno de Timor Oriental será inválida.

* Disponible en <www.constitutionnet.org>.

Artículo 10 de la Constitución de la República Checa (1992, según enmienda de 2009)*

Los acuerdos internacionales promulgados, cuya ratificación ha sido aprobada por el Parlamento y que son vinculantes para la República Checa, formarán parte del ordenamiento jurídico; si un acuerdo internacional establece una disposición contraria a una ley, se aplicará el acuerdo internacional.

* Disponible en <<http://www.hrad.cz/en/czech-republic/index.shtml>>.

Artículo 7 de la Constitución de la República de Hungría (1949, según enmienda de 2003)*

1. El sistema legal de la República de Hungría acepta los principios generalmente reconocidos del derecho internacional, y armonizará la ley nacional con las obligaciones asumidas bajo el derecho internacional.
2. Los procesos legislativos estarán regulados por ley, para cuya aprobación se requiere una mayoría de dos tercios de los votos de los Miembros del Parlamento presentes.

Artículo 40 de la Constitución de la República de Ghana (1992, según enmienda de 1996)*

40. RELACIONES INTERNACIONALES

En su trato con otras naciones, el Gobierno deberá:

- (a) promover y proteger los intereses de Ghana;
- (b) buscar el establecimiento de un orden económico y social internacional que sea justo y equitativo;
- (c) promover el respeto por el derecho internacional, las obligaciones contenidas en los tratados y la resolución de disputas internacionales por medios pacíficos;
- (d) adherir a los principios consagrados en o, según sea el caso, las metas e ideales de:
 - (i) la carta de las Naciones Unidas;
 - (ii) el Pacto de la Organización de la Unión Africana;
 - (iii) la *Commonwealth*;
 - (iv) el Tratado de la Comunidad Económica de los Estados del Oeste de África, y
 - (v) cualquier otra organización internacional de la que Ghana sea miembro.

* Disponible en <www.constitutionnet.org>.

Preámbulo de la Constitución de la República de Camerún (1972, según enmienda de 1996)*

Nosotros, el pueblo de Camerún,

Orgullosos de nuestra diversidad lingüística y cultural, rasgo enriquecedor de nuestra identidad nacional, pero profundamente conscientes de la imperiosa necesidad de seguir consolidando nuestra unidad, declaramos solemnemente que constituimos una y la misma nación, unidos por un mismo destino, y afirmamos nuestra firme determinación para construir la patria de Camerún sobre la base de los ideales de fraternidad, justicia y progreso;

Con observancia de nuestra independencia ganada con esfuerzo y resueltos a preservarla, convencidos de que la salvación de África yace en forjar los crecientes lazos de solidaridad de los pueblos africanos, afirmamos nuestro deseo de contribuir a una África unida y libre,

manteniendo al mismo tiempo relaciones pacíficas y fraternales con las demás naciones del mundo, conforme a los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

Resueltos a aprovechar nuestros recursos naturales para garantizar el bienestar de cada ciudadano sin discriminación, alzando los estándares de vida, proclamamos nuestro derecho al desarrollo y nuestra determinación de dedicar todos nuestros esfuerzos a ese fin y declaramos nuestra disposición de cooperar con los Estados que deseen participar en este esfuerzo nacional con el debido respeto por nuestra soberanía y la independencia del Estado de Camerún.

Nosotros, el pueblo de Camerún, declaramos que la persona humana, independientemente de su raza, religión, sexo o creencias, posee derechos inalienables y sagrados;

Afirmamos nuestra adhesión a las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y todas las convenciones internacionales debidamente ratificadas relacionadas con ellas, en particular, los siguientes principios:

- todas las personas tienen los mismo derechos y obligaciones. El Estado proporcionará a sus ciudadanos las condiciones necesarias para su desarrollo;
- el Estado asegurará la protección de las minorías y preservará los derechos de las poblaciones indígenas de acuerdo a la ley;
- la libertad y seguridad serán garantizadas a cada individuo, sujeto al respeto por los derechos de otros y los intereses superiores del Estado;
- cada persona tendrá el derecho de establecerse en cualquier parte y moverse con libertad, sujeto a las disposiciones estatutarias relacionadas a la ley y el orden público, seguridad y tranquilidad;
- el hogar es inviolable. No podrá conducirse una búsqueda a menos que sea realizada en virtud de la ley;
- la privacidad de toda correspondencia es inviolable. No se permite interferencia a menos que sea en virtud de decisiones que emanen del Poder Judicial;
- ninguna persona podrá ser obligada a hacer lo que no prescribe la ley;
- ninguna persona podrá ser procesada, arrestada o detenida salvo en los casos determinados en la ley;
- la ley no podrá tener efecto retroactivo. Ninguna persona podrá ser juzgada o castigada, salvo en virtud de una ley promulgada y publicada antes de que se cometa el delito;
- la ley garantizará el derecho de todas las personas a una audiencia imparcial ante la corte;
- toda persona acusada se presume que es inocente hasta que se determine lo contrario durante una audiencia conducida con estricta adhesión al derecho a la defensa;

- toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral y a tratamiento humano en toda circunstancia. En ningún caso se someterá a una persona a tortura, tratamiento cruel, inhumano o denigrante;
- ninguna persona será acosada sobre la base de su origen, religión, opiniones filosóficas o políticas, sujeto al respeto por las políticas públicas;
- el Estado será secular. Se garantiza la neutralidad e independencia del Estado respecto de todas las religiones;
- se garantiza la libertad religiosa y de culto;
- se garantiza bajo las condiciones fijadas por ley la libertad de comunicación, de expresión, de prensa, de reunión, de asociación, sindical, como también el derecho a huelga;
- la nación protegerá y promoverá la familia, que es la base natural de la sociedad humana. Protegerá a las mujeres, a la juventud, a las personas mayores y a las personas con discapacidad;
- el Estado garantizará el derecho de los niños a la educación. La educación primaria será obligatoria. La organización y supervisión de la educación en todos los niveles será obligación y deber del Estado;
- la propiedad significa el derecho garantizado a cada persona por ley para usar, gozar y disponer de sus bienes. Ninguna persona será privada de sus bienes, salvo en caso de propósitos públicos y con la debida compensación bajo las condiciones establecidas en la ley;
- el derecho de propiedad no podrá ejercerse en contravención al interés público o de manera tal que perjudique la seguridad, libertad, existencia o propiedad de otras personas;
- toda persona tiene derecho a un ambiente sano, la protección del medioambiente será deber de cada ciudadano. El Estado debe garantizar la protección y mejoras del medioambiente;
- toda persona tendrá el derecho y la obligación de trabajar;
- toda persona tendrá la responsabilidad de contribuir al gasto público según sus recursos económicos;
- todos los ciudadanos contribuirán a la defensa de la patria;
- el Estado garantizará a todos los ciudadanos de ambos sexos los derechos y libertades establecidos en el Preámbulo de la Constitución.

* Disponible en <<http://confinder.richmond.edu>>.

Artículos 46 y 181 de la Constitución Política de la República de Nicaragua (1986, según su enmienda de 2005)

Artículo 46

En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Artículo 181

El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas: las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales.

Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.

Los miembros de los consejos regionales autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la ley.

CAPÍTULO 3

CAPÍTULO 3

Construir una cultura de derechos humanos

Winluck Wahi

1. Descripción general

Varias razones sustentan la incorporación de los derechos humanos en una constitución; entre ellas, que restringen el poder del gobierno, que son uno de los elementos constitutivos de la democracia, que establecen los cimientos para el desarrollo de una cultura de derechos humanos y que son esenciales para dar legitimidad a la constitución. Una cultura de derechos humanos da espacio para que las personas y los grupos organicen y agrupen sus intereses. Permite a las personas comunes impugnar a las autoridades y a las instituciones del Estado. Se trata del modo como “funcionan” los derechos humanos, por lo tanto, va más allá de la constitución y toca otras dimensiones complejas de la sociedad.

En el derecho internacional los derechos humanos son universales, inalienables e indivisibles. Aun así, la razón para incluir y proteger algunos derechos en la constitución es un tema tan controvertido como la naturaleza y el propósito de la constitución misma. Para muchos constituyentes de sociedades afectadas por conflictos, el conocimiento de una gama de opciones respecto de los derechos sustantivos deriva de tratados que ya han sido ratificados por un Estado. Sin embargo, el desafío clave no es solamente redactar un catálogo de derechos moderno, sino también que la protección de los derechos humanos contribuya a la coexistencia pacífica de grupos socialmente diversos y afectados por conflictos.

El proceso que se adopte para la elaboración constitucional, como también el tipo de constitución que se creará, son los primeros factores que delinearán el alcance de la cultura de los derechos humanos. El objetivo de una cultura de derechos humanos no está exento de conflicto, como se puede ver en los intrincados debates sobre cuestiones de derechos humanos entre distintos segmentos sociales durante la elaboración constitucional. Los derechos de los grupos minoritarios a beneficiarse de medidas especiales, los derechos económicos que tratan reivindicaciones sobre los recursos nacionales y los derechos de las mujeres a la igualdad en las relaciones de familia se cuentan dentro de estas cuestiones. Surgen algunas tensiones por la necesidad de equilibrar la protección de

los derechos humanos y la reparación de violaciones pasadas, la compatibilidad con el sistema de distribución de poder y las obligaciones que conlleva los derechos humanos internacionales aplicables, así como también por las fuentes del derecho nacional que puedan entrar en competencia.

Otro reto consiste en la aplicación de los derechos, para lo que evidentemente se requiere contar con garantías institucionales. Sin embargo, lo que no es tan evidente es cómo se implementarán los derechos cuando los invoquen diferentes grupos para movilizar sus propios intereses, en lo que los propios grupos perciben como ecuaciones en las que solo puede haber ganadores y perdedores. De ahí que la arquitectura del poder y la distribución de la responsabilidad para tomar decisiones relativas a los derechos humanos necesiten de un escrutinio más práctico. Aunque la aplicación legal de los derechos fundamentales está relativamente extendida en todas las tradiciones jurídicas, los responsables de la elaboración constitucional han buscado marcos de implementación dinámicos que permitan que la política evolucione y produzca un consenso más amplio sobre los derechos humanos. ¿Qué implicaciones deberían tener en cuenta los responsables de la elaboración constitucional para lograr un equilibrio viable entre los enfoques de derechos humanos basados en el derecho y aquellos basados en el consenso político?

2. Definir una cultura de derechos humanos

En el párrafo 1 del Preámbulo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce la dignidad inherente y la igualdad e inalienabilidad de los derechos de todos los miembros de la especie humana como base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Los derechos humanos son derechos legales y morales que han evolucionado como base sobre la cual construir la forma en que el Estado ejerce el poder, y en particular para limitar su uso en contra de los derechos de los ciudadanos. Desde una perspectiva religiosa, los derechos humanos se derivan del legado divino del ser humano como una creación moral y racional. Desde una perspectiva secular o moral, han evolucionado desde el derecho natural como derechos que resultan de la dignidad humana de todas las personas. En ambos casos, los derechos humanos se consideran nociones de derechos que las personas o los grupos pueden reclamar, no tanto debido al marco de derecho positivo que impere en

Los derechos humanos, que se erigen como garantías legales y morales, han evolucionado como base sobre la cual construir la forma en que el Estado ejerce el poder, y en particular para limitar su uso en contra de los derechos de los ciudadanos. Cuando no hay una cultura de respeto por los derechos humanos, las garantías constitucionales dejan de tener valor.

el momento, sino a pesar de él. Así, no pueden ser alienados por el orden jurídico vigente. Al mismo tiempo, los derechos ejecutados en virtud de la constitución son creaciones de la ley. A menudo perpetúan los intereses y las creencias que una sociedad considera fundamentales para su identidad y para la construcción de su comunidad política.

De acuerdo con el concepto de soberanía popular, el pueblo delega la autoridad y el poder a las instituciones de gobierno de un Estado y no deriva sus derechos del Estado.

Las constituciones son herramientas jurídicas y políticas con las cuales se logra la delegación del poder y la reserva de derechos. De esta manera, una cultura de derechos humanos se basa en la constitución, pero también puede entenderse como algo que se extiende más allá de las disposiciones constitucionales concretas. Los derechos humanos pueden estar reconocidos expresa o implícitamente en las constituciones. La inclusión de derechos en la constitución no es en sí misma un estado final, sino que más bien da lugar a formas nuevas de articular y reclamar intereses individuales y grupales.

Una *cultura de derechos humanos* es aquella en que la sociedad valora los derechos humanos de tal manera que la mayoría de, si no todas, las decisiones oficiales buscan maximizar estos derechos. Una cultura de derechos humanos rica y viva se desarrolla cuando las acciones de los cargos públicos y las instituciones, así como las de otros actores de relevancia social, honran estos valores de manera regular, evitan su vulneración y asisten a las víctimas. Ante la ausencia de una cultura de respeto por los derechos humanos, las garantías constitucionales dejan de tener valor.

Recuadro 3.1. Principios de los derechos humanos

- Los derechos parten de la premisa de la humanidad universal.
- Se reconocen por ley, pero no deben ser abusados o negados en virtud de la ley.
- Tratan a todas las personas como iguales en términos de dignidad humana.
- Los derechos están interrelacionados y son interdependientes, por lo que son indivisibles.

La razón para consignar derechos en la constitución, en particular el propósito de estipular derechos específicos, es objeto de disputa porque los derechos están atados a las creencias fundamentales de la sociedad. En algunos casos, esta disputa ha incrementado los sentimientos de agravio profundo o la imposibilidad de reconciliación, lo que puede acarrear más violencia social. Cada vez con mayor frecuencia, los responsables de la elaboración constitucional procuran que los derechos incluidos en la constitución tengan un propósito más amplio que la típica limitación del poder del gobierno. Para ello, han intentado hacer uso de los derechos humanos para conectar las instituciones y los poderes establecidos en la constitución con la búsqueda de recetas para la justicia, la paz, la reconciliación, el bienestar y el bien público.

Muchas constituciones actuales encarnan el lenguaje de los derechos humanos, su contenido sustantivo y los medios para su implementación, que están establecidos como obligaciones asumidas por los Estados bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Las Naciones Unidas

Los derechos humanos son nociones de derechos que las personas o grupos pueden reclamar, no tanto debido al marco de derecho positivo que impere en el momento, sino a pesar de él. Al mismo tiempo, los derechos ejercidos en virtud de la constitución son creaciones de la ley.

han contribuido a esta internacionalización, particularmente por medio de los siete instrumentos internacionales “centrales” de derechos humanos (véase el recuadro 3.2).

Recuadro 3.2. Siete instrumentos internacionales centrales de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas

- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 (no es un tratado legalmente ejecutable)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), 1965
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), 1966
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), 1966
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1979
- Convención sobre los Derechos del Niño, 1989
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984

3. Procesos de elaboración constitucional y opciones relativas a los derechos humanos

El proceso adoptado para la elaboración constitucional, como también el tipo de constitución que se creará, serán de los primeros factores que influirán en el alcance de la cultura de derechos humanos.

Durante la elaboración de constituciones la inclusión de las opciones relativas a los derechos humanos, y, por lo tanto, el alcance de la cultura de los derechos humanos, estará determinada por:

- (a) el tipo de proceso usado para formular el marco constitucional, y
- (b) la naturaleza o el tipo de constitución.

3.1. Tipo de proceso

Para llegar a un acuerdo sobre las opciones sustantivas que se deben incluir en las constituciones, se ha recurrido a distintos tipos de procesos en distintos países y épocas. Aquellos procesos que se gestionaron a través de una serie de reformas graduales han podido permitir que distintos grupos adquieran o ganen el reconocimiento de sus derechos humanos en la sociedad mayoritaria, bajo principios constitucionales existentes. Aquellos procesos en los cuales un grupo dominante determinó los aspectos clave del

diseño constitucional han tendido a establecer el alcance de los derechos humanos para otros grupos o segmentos de la sociedad en sus propios términos. En otros casos, el proceso de elaboración constitucional fue negociado por grupos en conflicto entre los cuales no había un claro ganador o liderazgo político. En muchos de estos casos, la consideración principal era la resolución de conflictos y la construcción de la paz, lo que determina el alcance de los derechos humanos. Cada proceso en su contexto particular tuvo implicaciones prácticas a la hora de definir quiénes surgieron como los supuestos “ganadores” y “perdedores” en relación con los grupos cuyos derechos fueron incluidos o, por el contrario, omitidos.

En algunos casos, la elaboración constitucional ha consistido en un proceso negociado entre grupos en conflicto donde no había un claro ganador o liderazgo político. Algunos grupos serán percibidos como “ganadores” o “perdedores”, dependiendo de quiénes vean sus derechos incluidos (u omitidos) en la constitución.

La demanda de una mayor participación pública en la elaboración constitucional ha surgido con fuerza. En algunos casos, la participación pública ha conducido a un consenso más amplio sobre la importancia de los derechos, e incluso le ha otorgado una legitimidad mayor a la constitución. En otros, la participación ha limitado el alcance de los derechos a la visión imperante entre los grupos dominantes, y ha aumentado el desacuerdo público respecto del alcance de las garantías constitucionales. En El Salvador, por ejemplo, los líderes nacionales hicieron un esfuerzo concertado para redactar una constitución legítima que reflejara la cultura y las aspiraciones políticas nacionales con los aportes de la ciudadanía, casi toda católica. La mayoría de los ciudadanos exigió una disposición constitucional sobre el derecho a la vida que habría criminalizado el aborto. De hecho, la disposición de la Constitución de 1983 se cambió para definir que la vida humana comenzaba desde el momento de la concepción. Pocos líderes podrían haberse opuesto a esta disposición si pretendían postularse a algún cargo público bajo la nueva constitución. Así, el efecto de la participación popular fue ambivalente debido a factores como la influencia de la religión en la sociedad, la situación económica, la prevalencia del analfabetismo, la experiencia de conflicto y la historia constitucional del país.

En algunos casos, la participación pública le ha otorgado a la constitución una legitimidad mayor. En otros, sus efectos han sido ambivalentes o han limitado los derechos a la visión de algunos grupos, lo que ha aumentado el desacuerdo público sobre el alcance de las garantías constitucionales.

3.2. Tipo de constitución

El carácter y la naturaleza de la constitución y la sociedad a la cual responde subyacen al perfil, alcance y materialización de la cultura de los derechos humanos. No es posible entender esas variables clave simplemente leyendo el lenguaje empleado para referirse a los derechos humanos en distintas constituciones, un lenguaje cuyas fórmulas son compartidas por varias tradiciones jurídicas y sistemas constitucionales divergentes.

Existen distintos tipos de constituciones, que tienen significados diferentes para distintos grupos. Algunas personas expertas consideran que la constitución es “orgánica” porque ha evolucionado durante largos períodos sobre la base de convenciones y tradiciones de larga data en las que se encuentra arraigada, como en el Reino Unido. Otras constituciones se consideran marcos básicos para las instituciones de gobierno y la manera en que se relacionan unas con otras dentro del sistema de gobierno. En tales constituciones los derechos humanos funcionan como resguardos contra el abuso del poder oficial.

El carácter y la naturaleza de la constitución y la sociedad a la cual responde subyacen al perfil, alcance y materialización de la cultura de los derechos humanos. Cada tipo de constitución sostiene y a su vez es sostenida por valores y decisiones morales específicos, y la ley se aplica en el contexto de una realidad dada.

Un ejemplo famoso es la Constitución de Estados Unidos (1789), de más de 200 años de antigüedad, la cual fue redactada por los delegados que representaban una confederación de 13 estados preexistentes. Las constituciones se pueden calificar de “revolucionarias” cuando apuntan a obtener resultados sociales particulares y se utilizan como base de autoridad para la reorganización tanto de la sociedad como del Estado. La nueva Constitución de Bolivia (2009), cuya

redacción fue encabezada por el primer presidente indígena elegido democráticamente, busca “reestablecer” la legitimidad del Estado con base no solo en el reconocimiento de que está compuesto por una pluralidad de naciones, sino también en la reestructuración del mismo en favor de una mayor participación de los pueblos indígenas en la vida política y económica. Una Asamblea Constituyente diseñó la Constitución de Sudáfrica (1996) para acabar con el orden antiguo y reorganizar el Estado sobre el modelo de una democracia fundada en el no racismo y el no sexismo (artículo 1 (b)). Luego de una guerra civil de seis años, en 2007 Nepal promulgó la Constitución Interina, que establecía una república federal en lugar de la antigua monarquía de 240 años. Esta Constitución Interina autorizó la elaboración de una nueva constitución para “reestructurar” un nuevo Nepal.

Bolivia, Nepal y Sudáfrica son países que ejemplifican la necesidad fundamental de elaborar constituciones que reconozcan que el carácter del Estado y su ciudadanía son problemáticos y por lo tanto requieren un contrato social explícito. En estas constituciones, los derechos humanos se utilizan como agentes de empoderamiento social y en ocasiones son aprovechados para presentar una imagen ideal del Estado. Finalmente, en Europa continental las constituciones han llegado a ser descritas como “códigos” destinados a garantizar que las autoridades del Estado estén instituidas y limitadas por la ley soberana.

Cada clase de constitución se basa en y a su vez es vehículo de valores y decisiones morales específicos. Los responsables de la elaboración constitucional deben estar al tanto de la necesidad de no centrarse únicamente en catalogar derechos en la constitución y no deben perder de vista el hecho de que la letra de la ley se aplica en el contexto de una realidad dada. La moral subyacente a algunas constituciones está encapsulada en palabras clave como “democracia no racial” en Sudáfrica, “plurinacionalidad” en

Bolivia y Ecuador, o “reestructuración” en Nepal. Esta dimensión moral, que determina el comportamiento político dentro de un sistema constitucional, expresa la cultura política de la población a la que sirve, y permite que las personas responsables de la elaboración constitucional se refieran a la constitución como un “documento vivo”. En suma, no es posible separar la cultura de los derechos humanos de la constitución.

Algunas constituciones se desarrollan “orgánicamente” porque han evolucionado a lo largo del tiempo a partir de convenciones y tradiciones de larga data, o porque persiguen autorizar la reorganización tanto de la sociedad como del Estado. Pueden recurrir a los derechos humanos como agentes de empoderamiento popular.

En las siguientes secciones se aborda el desarrollo de una cultura de derechos humanos durante la elaboración de constituciones en países fragmentados o afectados por conflictos. Estas constituciones han requerido de un consentimiento explícito y negociado, a menudo en medio de estancamientos, y han sido diseñadas para lidiar con órdenes sociales preexistentes, con grupos territoriales con sistemas de poder arraigados, y con fuentes contrapuestas de normas jurídicas y de valores.

4. Cultura de derechos humanos en la elaboración constitucional afectada por un conflicto

La reivindicación de un lenguaje de derechos humanos en las constituciones se ve acompañada por mucha tensión y es a veces causa de la misma. Algunas de las fuentes de tensión y desacuerdo incluyen:

- (a) la necesidad de abordar violaciones graves de derechos humanos en el pasado;
- (b) el sistema general de distribución de poder;
- (c) las visiones jurídicas frente a las políticas de la constitución, y
- (d) normas jurídicas nacionales frente al derecho internacional sobre derechos humanos.

4.1. Abordar violaciones graves del pasado

Puede haber razones válidas para reconocer, no solo que ocurrió una grave violación de derechos en los conflictos pasados, sino también que será necesario abordarla de una forma distinta a los procedimientos judiciales ordinarios. En algunos casos no ha sido factible considerar la elaboración constitucional sin antes, o al mismo tiempo, resolver injusticias históricas. Existe el riesgo de que la falta de disposición o la incapacidad de resolver las violaciones graves del pasado obstaculice o desvíe los esfuerzos orientados a elaborar constituciones y establecer las bases para una nueva cultura de derechos humanos. Al mismo tiempo, los esfuerzos para resolver las injusticias históricas pueden poner en peligro la paz y reabrir profundas divisiones.

En muchos casos, las consideraciones más importantes al elaborar constituciones han sido la resolución de conflictos y la construcción de la paz, y la elaboración constitucional no ha sido viable sin primero, o a la vez, resolver injusticias históricas. Las víctimas han surgido como actores importantes en los procesos de elaboración de constituciones.

La discriminación sistemática basada en la identidad junto a la opresión del Estado, los largos períodos en estado de emergencia o la violencia del Estado en contra de sus ciudadanos pueden haber creado una cultura de violaciones graves de los derechos humanos. En Centroamérica y América Latina, donde se abrió el camino para los procesos de búsqueda de la verdad y la reconciliación, las cuestiones relativas a la violencia del Estado y las desapariciones

fueron centrales en el diálogo constitucional. En Rwanda, la experiencia del genocidio de 1994 condicionó la manera en que se abordaron los derechos en la Constitución de 2003, como también ocurrió en Camboya. En Irak, quienes redactaron la Constitución de 2005 fueron presionados por las exigencias de aquellos grupos que habían sido hasta entonces brutalmente oprimidos. Además, las víctimas de violaciones graves de derechos humanos por parte de actores estatales y no estatales y de sus partidarios han emergido como importantes actores en los procesos de elaboración constitucional.

Dadas estas experiencias, algunos Estados que están en las etapas iniciales de la elaboración constitucional han necesitado de diferentes mecanismos especiales para lidiar con las cuestiones relativas a la reconciliación y la justicia transicional. Se ha utilizado una amplia gama de mecanismos formales, como las comisiones de verdad y reconciliación, investigaciones forenses de delitos pasados, medidas para “crear memoria”, inmunidad o amnistías condicionales o limitadas, juicios penales, y medidas interinas y leyes transicionales de vigencia limitada (*sunset*) y de aplicación diferida (*sunrise*) que ha servido como medio entre el fin del *statu quo* anterior y el comienzo de las nuevas medidas.

4.2. Sistema general de distribución de poder

Las constituciones asignan poder y autoridad, siendo esta la razón por la que son objeto de importantes disputas, en especial cuando los resultados se siguen percibiendo en términos partidistas de ganadores y perdedores. La elaboración constitucional es fundamentalmente política. El sistema de poder está marcado de manera indeleble por conflictos y líneas de división preexistentes. El reciente proceso de elaboración constitucional de Ecuador ilustra esta perspectiva. Dada la desilusión generalizada causada por un sistema político que colocó en el poder a 8 presidentes durante 11 años entre 1995 y 2006, el 82 por ciento de los ecuatorianos votó a favor de formar una Asamblea Constituyente en abril de 2007 para redactar una nueva constitución. La nueva constitución introdujo cambios significativos para terminar con las paralizaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo por medio del aumento de poder de la rama ejecutiva, que adquirió la facultad de disolver el Congreso una vez por cada mandato presidencial, siempre y cuando el Presidente también renunciara y llamara a elecciones generales. Además, la nueva Constitución permite la reelección ilimitada del Presidente por períodos consecutivos de cuatro años y le otorga autoridad sobre

el Banco Central, cuyos poderes en materia de expropiación, incluida la facultad para subir los impuestos y redistribuir tierras improductivas, se han visto aumentados. Para canalizar la democracia popular y fomentar la política local, se autorizaron asambleas ciudadanas en el nivel local. Además se reordenó el Estado, que quedó compuesto por naciones plurales, y el gobierno central quedó obligado a consultar a los grupos indígenas (aunque no a obtener su aprobación) antes de desarrollar proyectos mineros en sus tierras originarias. De los ecuatorianos que votaron el 28 de septiembre de 2008, el 63,9 por ciento aprobó la nueva constitución.

Los asuntos relacionados con los derechos humanos pueden verse condicionados por dinámicas de poder más amplias. Por ejemplo, ¿podrá el país funcionar con (o incluso necesitar) un centro fuerte y una cultura de derechos humanos nacionalizada para mantener al margen las profundas divisiones y fragmentaciones sociales? ¿O mostrarán los diversos grupos lealtad únicamente a las organizaciones que los representen, reforzando la descentralización del poder a favor del nivel subnacional, que también definirá la cultura de los derechos humanos?

La elaboración constitucional es fundamentalmente política. El sistema de poder está marcado de manera indeleble por conflictos y líneas de división preexistentes. Los asuntos relacionados con los derechos humanos pueden ser moldeados por cuestiones de dinámicas de poder más amplias.

4.3. Visiones “jurídicas” o “políticas” de la constitución

En las constituciones rara vez se establecen de manera definitiva los contenidos sustantivos de la cultura de los derechos humanos, pues son instrumentos generales cuyo diseño puede dejar espacio para la interpretación, sobre todo cuando ha habido una profunda división en cuanto a su contenido. Los responsables de la elaboración constitucional han tenido que lidiar con la pregunta de quién daría forma a la cultura de los derechos humanos por medio de la interpretación de las disposiciones de derechos humanos.

En principio, los *catálogos de derechos* se consideran legalmente exigibles. Por lo tanto, constituyen el emplazamiento ideal para las disposiciones sobre derechos humanos. La mayoría de las democracias actuales se refieren a sus constituciones como la ley suprema y revelan una tendencia creciente de la ciudadanía a buscar en los juzgados la protección de sus derechos contra la acción oficial, una tendencia que incluye los “litigios de interés público” impulsados por activistas. Esta tendencia refleja una juridificación de la cultura de los derechos humanos. Los impulsores del cambio detrás de la misma pueden ser grupos preocupados por la posibilidad de que los futuros cambios políticos pongan en peligro sus reivindicaciones. Los catálogos de derechos son cada vez más expansivos y amplios, y están reforzados por el hecho de que son cada vez más difíciles de reformar en comparación con otras disposiciones contenidas en la misma constitución. Cada vez más Estados han ratificado tratados internacionales sobre derechos humanos, los que a su vez se han incrementado, y la ratificación ha tenido un impacto en la juridificación de la cultura de los derechos humanos. En la práctica, el impacto de la juridificación de la cultura de los derechos humanos tiene sus

Las constituciones rara vez establecen de manera definitiva los contenidos sustantivos de la cultura de los derechos humanos. Por el contrario, son instrumentos generales que pueden estar diseñados para dejar espacio a la interpretación; sin embargo ¿quién será el que dé forma a la cultura de los derechos humanos mediante la interpretación de las disposiciones pertinentes?

propias limitaciones: se extiende solamente en la medida en que el poder judicial sea independiente, autónomo y competente, y es posible que sus verdaderos beneficiarios sigan siendo solo aquellos con los recursos para presentar y ganar casos individuales.

Los profesionales han reconocido también que la capacidad de una constitución para confrontar normas sociales y políticas preexistentes en situaciones de división profunda depende de si se ha obtenido un amplio consenso sobre estos temas entre

grupos y actores diversos. Este es un proceso político más que legal. La participación popular, que atrae a diferentes segmentos de la sociedad con el propósito de definir el marco constitucional, también ha significado que la elaboración constitucional ya no es el dominio exclusivo de los abogados de élite. De hecho, implica que los derechos humanos son percibidos desde un punto de vista que va más allá del prisma legal. En Estados profundamente divididos, los responsables de la elaboración constitucional también han reconocido las limitaciones de los procesos legales para abordar de manera sustantiva las causas y los resultados apremiantes de las divisiones profundas, como la desigualdad social severa, por ejemplo, debido a la escasez de abogados y jueces calificados. Los políticos y sus seguidores pueden también adoptar el punto de vista según el cual la toma de decisiones sobre controversias sustantivas debería resultar de un proceso democrático que permita el progreso orgánico hacia un consenso sobre valores en sociedades divididas, con cargos públicos electos (y por lo tanto removibles) como responsables de estas decisiones clave.

4.4. Normas legales internas versus derecho internacional de los derechos humanos

La mayoría de las constituciones en vigor fueron creadas con posterioridad al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) de 1966. Por su parte, los países con mayorías musulmanas han basado sus disposiciones constitucionales en la Declaración sobre los Derechos Humanos en el Islam (1990), conocida también como Declaración de El Cairo. Los responsables de la elaboración constitucional han buscado encarnar las normas internacionales sobre derechos humanos en sus constituciones nacionales. Al mismo tiempo, en Estados profundamente divididos se ha intentado hacer uso de la constitución para reconocer formalmente e integrar dentro del sistema constitucional otras fuentes internas del derecho, como la costumbre y la religión. El resultado es que las constituciones incorporan derechos humanos internacionales y también promueven valores nacionales al darles reconocimiento formal a las fuentes locales de normativa jurídica. En la práctica, las normas internacionales sobre derechos humanos y las normas jurídicas locales son entidades distintas. Tras los instrumentos internacionales mencionados anteriormente se encuentra el principio de que los

derechos humanos son iguales, universales e inalienables respecto de la persona individual. El derecho consuetudinario, por otro lado, se basa en valores tradicionales que frecuentemente rigidizan las jerarquías sociales. Así, la constitución es un vehículo para dos nociones distintas que se enfrentan.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden dar orientaciones sobre el peso relativo que se le debe dar a la constitución y a las fuentes de normas jurídicas con las que en general compete. Muchas constituciones lo hacen estableciendo expresamente que la constitución es la ley suprema. Además, contienen cláusulas que permiten invalidar las normas legales que se determinen inconsistentes con ella. Por otro lado, la cuestión se vuelve menos clara cuando otras disposiciones de la constitución incluyen fuentes de normas legales que adoptan la forma de excepciones.

Los responsables de la elaboración constitucional han buscado encarnar las normas internacionales sobre los derechos humanos en las constituciones nacionales, pero puede haber fuentes internas de normas legales que compitan con la constitución, como la costumbre y la religión. Si el derecho consuetudinario es formalmente reconocido e integrado a la constitución, será un vehículo para las nociones en competencia.

5. Democracia y derechos humanos

La democracia es un sistema o forma de gobierno según el cual la ciudadanía es capaz de exigir a los cargos públicos que rindan cuentas. La elaboración constitucional puede consagrar la democratización a través del diseño de instituciones y procesos que protejan el pluralismo político. Se pueden incluir para ello varias medidas, como por ejemplo límites al número de mandatos del Ejecutivo, garantías relacionadas con el libre ejercicio de actividades de los partidos políticos, órganos independientes de gestión electoral y de resolución de disputas electorales, control civil sobre las fuerzas armadas y las fuerzas del orden público, relaciones equilibradas entre el poder ejecutivo y el legislativo, restricciones en el uso de los poderes de emergencia y la ley marcial, garantías para medios de comunicación libres e independientes, y medidas para fomentar un gobierno responsable y transparente.

Puede ser imposible participar en el “mercado de ideas políticas” sin un derecho efectivo al voto, a formar y unirse libremente a las asociaciones políticas, a la libertad de expresión e información, a la libertad de movimiento (con el objetivo de hacer campaña y difundir un mensaje político), y a las garantías institucionales para tener medios de comunicación libres e independientes. La exigencia de estos “derechos políticos” fue, de hecho, una característica común de la elaboración constitucional en muchos países que llevaron a cabo la transición a la democracia después de 1989.

La democracia prospera cuando la ciudadanía es políticamente activa y está informada, para lo cual a su vez se requiere de una sociedad civil abierta. La elaboración constitucional puede utilizarse para aumentar la protección de los derechos civiles, como el derecho a la no discriminación, la igualdad ante la ley, el derecho a la libertad

y la integridad personales, el derecho a la privacidad, el derecho a la propiedad, el derecho a un juicio justo y a la administración de la justicia, la protección contra la servidumbre y el trabajo forzado, la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso en todas las situaciones en que los derechos de una persona puedan verse afectados.

La elaboración constitucional puede consagrar la democratización por medio del diseño de instituciones y procesos que apuntalen la protección del pluralismo político. La elaboración constitucional puede ser una oportunidad para aumentar la protección de los derechos civiles y políticos.

elaboración constitucional pueden dar cabida a estas ideas incrementando el número de instancias en las que puede recurrirse a un referéndum.

Es bastante común que en las constituciones se incluyan los mismos derechos que figuran en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto tiene la ventaja de que conecta el goce de los derechos a una fuente “neutra”, de manera que ningún grupo puede afirmar que esos derechos se derivan de su propia cultura, religión o costumbre.

En décadas recientes se ha dado un mayor reconocimiento a la importancia de la participación ciudadana en instituciones políticas plurales. Esto se ve en la creciente popularidad de la *democracia directa* y de la *democracia participativa*. Ambos conceptos se refieren a la participación directa de la ciudadanía en las decisiones clave, en vez de depender de manera exclusiva de los representantes electos. Los responsables de la

Además, los diseños constitucionales para la democracia participativa incluyen innovaciones como las asambleas ciudadanas y la gestión participativa de los recursos, generalmente en el gobierno local. Incluso las áreas tradicionalmente reservadas a especialistas, particularmente al poder judicial, pueden permitir la participación popular mediante la expansión del derecho al juicio por jurado, así como por medio del reconocimiento de tribunales populares y tribunales tradicionales, comunales o consuetudinarios.

6. Opciones relativas a los derechos humanos en la constitución

Una opción sencilla es incluir aquellos derechos que forman parte de los instrumentos internacionales. Si se comparan los derechos especificados en las constituciones de los países con los que figuran en los instrumentos internacionales, se aprecia que esta transferencia es bastante común. La ratificación de un instrumento internacional tiene implicaciones prácticas para el lenguaje de los derechos en una constitución. Según este enfoque, los derechos civiles y políticos son derechos individuales frente al Estado. Se consideran en parte derechos negativos dado que su objetivo es evitar que el Estado lleve a cabo ciertos actos que se perciben como puramente nocivos, tal y como limitar la libertad de expresión o asociación. Estos derechos también se consideran de primera

generación, en referencia a su desarrollo histórico. Los derechos económicos, sociales y culturales son aquellos que requieren que el Estado lleve a cabo ciertas acciones de carácter afirmativo. Por este motivo, se describen como derechos positivos. Es el caso del derecho a la educación para toda la ciudadanía o la asistencia social para quienes enfrentan necesidades. Una tercera clasificación reúne los derechos considerados vitales para la sociedad, para la comunidad, y estos se denominan derechos de solidaridad. Incluyen los derechos de los pueblos indígenas, las naciones étnicas y grupos religiosos, las minorías, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, etcétera.

En Estados profundamente divididos y afectados por conflictos, esta opción tiene dos ventajas prácticas. Primero, el lenguaje ya está determinado y solamente es necesario hacer leves ajustes, si fuera el caso. Segundo, y quizás más importante, conecta el disfrute de los derechos a una fuente “neutra”, de manera que ningún grupo pueda pretender que esos derechos derivan de su cultura, religión o costumbre. Si bien las constituciones generalmente afirman de manera expresa o tácita su condición de legislación suprema en el sistema jurídico nacional, es necesario tomar en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que progresivamente han ido desarrollando obligaciones que los responsables de la elaboración constitucional deben reconocer. La práctica internacional no acepta la posibilidad de ampararse en las constituciones para justificar violaciones de aquellos derechos que se consideran parte de lo que se describe como *derecho internacional consuetudinario*. Esta ley fundamental descansa sobre el consenso generalizado entre los Estados respecto de que ciertos actos nunca deben permitirse, como la tortura, la esclavitud, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. De hecho, algunas constituciones se someten de manera expresa a ciertos instrumentos internacionales o supranacionales, como por ejemplo las de Bolivia (artículo 257), Ecuador (artículo 11) y Guatemala (artículo 46).

Los derechos civiles y políticos son derechos individuales frente al Estado. Los derechos económicos, sociales y culturales, por otro lado, requieren que el Estado realice ciertas acciones afirmativas, como proveer educación para todos o asistencia social para los ciudadanos en situación de necesidad. La tercera clasificación reúne los derechos considerados vitales para la sociedad, para la comunidad. Se denominan derechos de solidaridad e incluyen los derechos de los pueblos indígenas, las naciones étnicas y los grupos religiosos, de las minorías, las mujeres, los niños, entre otros.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden también considerar qué derechos incluir sobre la base de antecedentes históricos. En general se trata de derechos que surgieron de las luchas políticas en un país, que a veces se extienden a lo largo del tiempo, y que pueden contar con fervientes grupos de partidarios. En India y Nepal, por ejemplo, el derecho de ser protegido contra la intocabilidad está incluido específicamente en la constitución. De manera similar, otros países no tienen otra opción sino proteger el derecho a ser educado en la lengua materna. En Ecuador, los medioambientalistas demandaron, exitosamente, que se incluyeran “derechos de la naturaleza” inalienables en la nueva Constitución de 2008, mientras que los activistas bolivianos consideraron

los derechos de la Madre Tierra. Los derechos consagrados en las constituciones como legado de un conflicto tenderán a perdurar si la población ha luchado por ellos y sigue preparada para pelear por protegerlos.

Algunos derechos se deben incluir en la constitución sobre la base de los antecedentes históricos, como los que surgieron de una lucha política dentro de un país, a veces a lo largo de un período prolongado.

Por último, algunos responsables de la elaboración constitucional han reconocido la importancia de incluir otros derechos individuales o colectivos, como aquellos relacionados con las personas mayores, los niños, las personas con discapacidad, la juventud o incluso los presos, cuando de esa forma se encuentra una vía para el consenso.

Dos temas se tienden a presentar en la elaboración constitucional en distintos contextos:

- (a) la distinción entre los derechos de la ciudadanía y los derechos humanos, y
- (b) la distinción entre los derechos básicos o fundamentales y los derechos en general.

6.1. Distinción entre los derechos de la ciudadanía y los derechos humanos

Si bien los términos *derechos del ciudadano*, *derechos fundamentales*, *derechos básicos* y *derechos humanos* se han usado como sinónimos fuera de los círculos expertos, estas nomenclaturas representan distintas prioridades para los responsables de la elaboración constitucional. En situaciones de conflicto, los responsables de la elaboración constitucional han recurrido deliberadamente a los derechos del ciudadano para consolidar la nacionalidad al tiempo que persiguen alcanzar, defender o redefinir la condición del Estado. Después de 1989, la mayoría de las nuevas repúblicas de Europa del Este aprovecharon la elaboración constitucional para realzar la nacionalidad como indicador de la ciudadanía, en algunos casos recurriendo al principio de consanguinidad o vínculo de filiación como transmisor de ciudadanía. Su situación reflejaba el dilema de Grecia al momento de su creación como un nuevo Estado, resumido en la frase “una vez creada la Grecia moderna, busquemos a los helenos”¹. Algunos países como Bulgaria, Georgia, Hungría y Ucrania continuaron su existencia como Estados individuales involucrados en la creación de una identidad nacional por medio de los derechos de ciudadanía, que reconocían los derechos de los ciudadanos exiliados a volver al tiempo que hacían uso de leyes orientadas a la asimilación para negar los derechos humanos de las minorías, en particular de los romaníes. Por ejemplo, la Constitución de Hungría (de 1949, enmendada en 1989) incluye la siguiente cláusula: La República de Hungría tendrá un sentido de responsabilidad por el destino de los húngaros que viven fuera de sus fronteras y promoverá el fomento de sus vínculos con Hungría (artículo 6). Esta cláusula, que fue reiterada como principio fundamental con respecto a un nuevo proceso de elaboración constitucional, se hace eco de la disposición de la Ley Fundamental de Alemania que define como alemana a la persona de origen étnico alemán que retorna al país en el contexto de la agitación de la Segunda Guerra Mundial (artículo 116). A diferencia de los ejemplos antes mencionados, la antigua Yugoslavia y Checoslovaquia se dividieron en nuevos Estados nación.

Debido al compromiso de estos Estados con las normas europeas, las cuales deben respetar y observar ya sea como nuevos o como futuros miembros de la Unión Europea, han surgido fracturas claras entre la identidad constitucionalizada sustentada en los idiomas oficiales y las tradiciones religiosas, por un lado, y las características multiétnicas, por el otro. Un problema similar ha afectado a las naciones andinas con una población indígena originaria considerable y hasta hace pocos años desatendida: aquí los responsables de la elaboración constitucional han recurrido al lenguaje de los derechos humanos para fortalecer los derechos de ciudadanía de las comunidades previamente marginadas. En África, el problema de quién pertenece al país es uno al que los responsables de la elaboración constitucional aún se enfrentan, y la ciudadanía sigue siendo el factor determinante de la pertenencia en un contexto en el que las naciones étnicas se extienden a ambos lados de las fronteras internacionales y el Estado existe en realidad solamente en el centro. Los conflictos recientes han complicado la ciudadanía más aún, primero en virtud del gran número de migrantes que abandonan ciertos países y, en segundo lugar, por la cantidad igualmente alta de miembros de la diáspora que llegan de otros lugares.

Derechos de los ciudadanos, derechos fundamentales, derechos básicos y derechos humanos significan cosas distintas, y la nomenclatura de derechos ha representado diversas prioridades para los responsables de la elaboración constitucional. En situaciones de conflicto, los responsables de la elaboración constitucional han utilizado deliberadamente los derechos del ciudadano para consolidar la nacionalidad al tiempo que persiguen alcanzar, defender o redefinir la condición del Estado.

Un sistema constitucional puede priorizar la protección de los derechos humanos por medio de una ciudadanía común, en vez de por la pertenencia a un grupo en particular. Esta distinción importa cuando los constituyentes pretenden negar ciertos derechos a aquellos que no son ciudadanos, lo cual puede resultar en graves problemas de discriminación. En Colombia los extranjeros tienen las mismas libertades civiles que los ciudadanos, pero los derechos políticos están reservados para los ciudadanos (aunque la legislación puede extender derechos particulares de voto a los extranjeros). Los ciudadanos pueden ejercer y retener el goce de sus derechos fuera del territorio del Estado.

Han emergido fracturas claras entre la identidad constitucionalizada sustentada por los idiomas oficiales y las tradiciones religiosas, por un lado, y las características multiétnicas, por otro. En África, donde las naciones étnicas traspasan las fronteras internacionales, el problema de quién pertenece es uno al que aún se enfrentan los responsables de la elaboración constitucional, y la ciudadanía sigue siendo el factor determinante de la pertenencia.

Se corren algunos riesgos cuando se usa el criterio de presencia territorial como base para reconocer derechos a favor de ciertos grupos, pero no de otros, durante el período de elaboración constitucional. Lo que se tiene en mente aquí es la distorsión que produce el conflicto con respecto a la población, bajo la forma de desplazamiento o migración masiva, o cualquier otro cambio significativo en el tamaño y la composición de la población.

Un sistema constitucional puede priorizar la protección de los derechos humanos por medio de una ciudadanía común, en vez de por medio de la pertenencia a un grupo en particular. Esta distinción importa cuando los constituyentes pretenden negar ciertos derechos a aquellos que no son ciudadanos, lo cual puede resultar en graves problemas de discriminación.

A veces, los responsables de la elaboración constitucional tratan los derechos humanos como adicionales o supletorios respecto de los derechos de los ciudadanos. Por ejemplo, los constituyentes en Brasil (para la Constitución de 1988) especificaron que, además de los derechos de ciudadanía que ya existían, las minorías y los pueblos indígenas o pueblos originarios tienen derecho a utilizar un idioma minoritario particular, y a conservar sus tierras y sus costumbres.

En la Constitución Interina de Nepal (de 2007) se usó el mismo lenguaje para promover la mejora de las condiciones de los intocables desde un “principio rector” en la Constitución caduca de 1990 hasta un derecho fundamental y exigible. En algunos casos, el lenguaje de los derechos humanos se ha utilizado incluso para permitir que los no ciudadanos de facto puedan ganarse la vida sin discriminación, por ejemplo en Sudáfrica, donde la Corte Constitucional rechazó la idea de que los no ciudadanos no podían ser empleados permanentemente para enseñar en escuelas financiadas por el Estado. En la otra cara de la moneda, la elaboración constitucional puede también modificar la manera en que se conciben los derechos humanos, lo cual puede resultar en que algunos derechos previamente reconocidos sean “omitidos” o “degradados”. Tal es el caso, por ejemplo, de la desaparición del derecho al trabajo en la constitución posterior al gobierno comunista en Hungría, que recogió las intenciones del Parlamento de establecerlo como su “objetivo de Estado” en la nueva Constitución.

Los responsables de la elaboración constitucional que basan los derechos en la ciudadanía deben considerar cuidadosamente la necesidad de proteger a aquellos ciudadanos que carecen de la documentación pertinente, y formular procedimientos apropiados para permitir que las personas adquieran la ciudadanía. Al formular estos procedimientos existe el riesgo de otorgar a algunos grupos políticos una oportunidad para disimular actitudes xenofóbicas como valores ciudadanos, lo que apoya una visión nacionalista de los derechos y se opone a la extensión de los derechos a personas no ciudadanas, a extranjeros y a ciudadanos indocumentados. Si el gobierno no puede determinar fácilmente la ciudadanía o si algunas facciones impugnan la ciudadanía de grupos particulares, las disputas resultantes pueden desatar un conflicto nuevo. Si la constitución vincula los derechos a la ciudadanía, entonces los funcionarios del gobierno podrían priorizar la evidencia de ciudadanía a expensas de individuos que carecen de la documentación adecuada. Para evitar estas situaciones, la constitución puede extender los derechos de ciudadanía a aquellos que tengan un progenitor que es o fue ciudadano del país, permitir la doble nacionalidad, crear la presunción de ciudadanía, y garantizar la reanudación de la ciudadanía para los repatriados y la irrevocabilidad de la ciudadanía.

6.2. Distinción entre derechos básicos o fundamentales y otros derechos legales

Los *derechos fundamentales* o *derechos básicos* están protegidos de la interferencia política por medio de su aplicación jurídica ante un poder judicial independiente. Además, los responsables de la elaboración constitucional han aumentado los obstáculos contra la futura manipulación política de los derechos fundamentales, generalmente incluyendo catálogos de derechos cuyos procedimientos de reforma son más rigurosos. *Derechos humanos* es un término genérico que denota aquel contenido constitucional que no solo está incluido en un catálogo de derechos legalmente exigible, sino que al mismo tiempo existe más allá de dicho catálogo. Los derechos humanos aluden a la sustancia de los preámbulos, los principios según los cuales el Estado es gobernado, la ciudadanía, los arreglos institucionales, el diseño del sistema electoral, los acuerdos del sector de seguridad e incluso las disposiciones económicas.

Los derechos fundamentales priman sobre la legislación dado que no derivan de la ley. Por lo tanto, pueden limitar las acciones políticas y oficiales dentro del Estado de derecho. Los derechos fundamentales o derechos básicos están protegidos de la interferencia política por medio de su exigibilidad jurídica ante un poder judicial independiente.

Los derechos fundamentales priman sobre la legislación dado que no derivan de la ley, de modo que pueden limitar las acciones políticas y oficiales dentro del Estado de derecho. Las garantías procesales, la igualdad ante la ley, la protección contra la discriminación y otros derechos fundamentales similares establecen los estándares legales que deben seguir los administradores. Determinar si estos estándares se respetan cuando surge una disputa entre partes es una competencia judicial, no política.

La derogación o suspensión constitucional de los derechos fundamentales debe estar expresamente establecida y autorizada en situaciones de emergencia; e incluso en ese caso, no se pueden derogar todos los derechos fundamentales. Por ejemplo, según el derecho internacional la prohibición de la tortura no se puede derogar. Los distintos países tienen distintas normas sobre qué derechos se pueden suspender durante una situación de emergencia y sobre qué reglas son aplicables en tales circunstancias. Las opciones que permiten la revisión judicial en caso de que los derechos fundamentales se vean directamente afectados por el ejercicio del poder de emergencia, esto es, cuando alguien pueda demostrar una vulneración directa de sus derechos, son, en realidad, bastante frecuentes en las diversas tradiciones legales. La derogación es una medida que suspende parcialmente la aplicación de una o más de las disposiciones de derechos, al menos temporalmente. Esta no debe ser una medida discriminatoria, lo cual es un problema cuando hay un estado de emergencia solo en algunas partes de un país, y no en la totalidad, por un período prolongado.

Las limitaciones constitucionales sobre los derechos humanos, por ejemplo para limitar los derechos a la libertad de expresión con el propósito de evitar la incitación al odio, deben adoptar la forma de un estándar legal. Si no es así (usando el caso de la incitación al odio) existe el riesgo de permitir que políticos partidistas desnivelen el proceso

No se pueden derogar todos los derechos fundamentales, ni siquiera en situaciones de emergencia.

Una constitución debe establecer expresamente en qué circunstancias se pueden derogar o suspender ciertos derechos fundamentales, por ejemplo limitando los derechos a la libertad de expresión con el fin de evitar la incitación al odio.

cuadrar el círculo presentando soluciones legales técnicas a problemas políticos. Esto no solo aumenta los conflictos institucionales entre el poder judicial y los otros poderes del Estado, sino que puede además aumentar peligrosamente los incentivos a imponerse en la política, al mismo tiempo que se ponen en riesgo instituciones democráticas frágiles,

La pregunta de cómo lidiar con derechos que son controvertidos, y no necesariamente fundamentales, afecta a muchos profesionales.

electoral al decidir qué constituirá incitación al odio, mientras coartan el derecho a la libre expresión, probablemente de sus oponentes.

Los derechos humanos que amplían los derechos fundamentales pueden requerir consenso político, lo cual los ubica de manera parcial, si no total, en el dominio de la política legislativa. Los responsables de la elaboración constitucional pueden estar a favor de evitar la “judicialización de la política”, según la cual los jueces buscan aprovechar para canalizar desacuerdos fundamentales. La pregunta de cómo lidiar con derechos que son controversiales, y no necesariamente fundamentales, afecta a muchos constituyentes.

7. Aplicación y cumplimiento

Una vez incluidos los derechos en la constitución, ¿cuál es su efecto práctico? Como se ha indicado, casi todas las constituciones del mundo catalogan los derechos. Pero la consolidación de los derechos en la constitución no siempre culmina en una cultura de respeto por los mismos, y a veces hay una gran brecha entre los derechos que figuran en la constitución y los derechos en la práctica. Si bien la incorporación de los derechos humanos en los textos constitucionales es beneficiosa a lo largo del tiempo, a medida que se desarrolla el empoderamiento los responsables de la elaboración constitucional deben considerar de manera cuidadosa un segundo aspecto de esta consolidación: la aplicación de estos derechos.

Los responsables de la elaboración constitucional deben considerar cuidadosamente la aplicación de los derechos recogidos en la constitución. El Estado tiene la obligación de proteger los derechos, pero no hay muchos medios para implementarlos.

En el derecho internacional, el instrumento principal de aplicación es el Estado, que garantiza el Estado de derecho. La obligación de proteger los derechos está dirigida al Estado, que debe tomar medidas para darles efecto y garantizar el acceso a un sistema jurídico que permita a las víctimas obtener soluciones efectivas.

Si bien las constituciones pueden incluir derechos y extenderlos de forma considerable, no existen muchos medios reales para implementarlos. Sin embargo, los expertos

han considerado varios mecanismos para catalizar su aplicación y garantizar su cumplimiento.

7.1. Asistencia para la interpretación

Las constituciones mismas quizás no puedan lidiar con los problemas sustantivos de los derechos humanos. Aun cuando algunas disposiciones constitucionales que refieren a derechos humanos son detalladas y específicas, muchas otras expresan fórmulas y son generales y abstractas. La generalización puede ser producto de la tradición de redactar las reglas de manera que sean generalmente aplicables, o puede ser resultado de un compromiso particular. Sin embargo, aplicar fórmulas generales es problemático porque requiere de interpretación. En consecuencia, los responsables de la elaboración constitucional se han esforzado por crear pautas para la interpretación, tales como los principios y las declaraciones en los preámbulos. Establecer la base moral de la constitución también es una opción, pero es problemática si esa moralidad no es universalmente compartida en el Estado o contradice otras disposiciones de la constitución.

Aplicar fórmulas generales es problemático porque requiere de interpretación. Los responsables de la elaboración constitucional han intentado, entonces, establecer directrices para dicha interpretación.

Algunas constituciones incluyen disposiciones que llaman a los que están a cargo de la interpretación a hacerlo de manera conjuntiva y no disyuntiva, y de modo constructivo, con la intención de promover una aplicación con propósito. Algunos constituyentes han intentado facilitar su aplicación al redactar la constitución como una guía legal práctica, incluyendo una gran cantidad de detalles, por ejemplo respecto de los derechos de un grupo minoritario.

7.2. Procedimientos para aplicar disposiciones sobre derechos humanos

Los tribunales no solo están llamados a dirimir disputas claras sobre derechos humanos, sino que una parte importante de su mandato también consiste en aclarar las indefiniciones de los derechos humanos en las que la incertidumbre es alta y las opiniones están ampliamente divididas. Durante las negociaciones sobre la nueva Constitución de Sudáfrica (1994-1996), los líderes de la Asamblea Constituyente elegida democráticamente estaban de acuerdo en que

Los tribunales pueden ser llamados a aclarar la indefinición de los derechos humanos cuando la incertidumbre es alta y las opiniones están ampliamente divididas. Los actores políticos ven con sospecha los intentos de usar los tribunales para pronunciarse sobre los derechos de las minorías y otros grupos periféricos.

la pena de muerte violaba los principios relativos a los derechos humanos. Pero la pena de muerte era enormemente popular, por lo que en caso de un referéndum universal la mayoría habría estado a favor. Los negociadores optaron por delegar la resolución de este asunto a la recientemente creada Corte Constitucional. En su momento, esta Corte efectivamente declaró que la pena de muerte era inconstitucional y una violación

de los principios relativos a los derechos humanos. La legitimidad de la Corte, aun cuando era un órgano nuevo y a pesar de la desconfianza social generalizada acerca de las instituciones del Estado, permitió que fuera un árbitro cuya decisión fue ampliamente aceptada. Sin embargo, el tema no quedó definitivamente zanjado y en las campañas electorales de 2005 algunos líderes proclamaron su potencial apoyo a un referéndum sobre esa misma cuestión, como una manera de forjar su propia credibilidad tomando una postura firme en contra del crimen descontrolado en el país.

Los tribunales involucrados en estos ejercicios pueden percibirse como “los que elaboran las leyes” más que como los que las interpretan. Esto es importante cuando la acusación es que están cambiando o enmendando la constitución sin consentimiento democrático. Los actores políticos miran con recelo estos intentos de utilizar los tribunales para pronunciarse sobre los derechos de las minorías u otros grupos periféricos, en parte porque buscan monopolizar el poder de “elaboración de leyes” y en parte para proteger a sus partidarios en el electorado. Para apoyar el delicado equilibrio constitucional étnico de Etiopía, que hace depender los derechos humanos de la calidad de miembro de una de las naciones o nacionalidades, la constitución autoriza al poder legislativo de manera expresa a ser el único órgano con derecho a interpretar disposiciones de la constitución, incluso en relación con las disputas ante los tribunales de justicia.

7.3. Procedimientos de reclamación en la constitución

¿Quién puede iniciar reclamaciones y exigir la aplicación de los derechos? ¿Solo el individuo directamente afectado o también un grupo en su representación? ¿Qué pasa con los grupos que actúan a favor del interés general? Es importante hacerse estas preguntas sobre la aplicación judicial de los derechos. Al mismo tiempo, las normas procesales sobre el acceso a los tribunales en relación con la aplicación de los derechos humanos se tratan con un alto grado de generalidad en las constituciones, probablemente en consideración al nivel de detalle implicado. La tendencia ha sido que los responsables de la elaboración constitucional encomienden a los tribunales la creación de reglas simples y que faciliten el acceso. Las constituciones garantizan expresamente el derecho a reclamar individualmente por vulneraciones de derechos, en vez de diferir tal derecho a la legislación futura o a los fallos judiciales.

La tendencia ha sido que los responsables de la elaboración constitucional encomienden a los tribunales la creación de reglas simples y que faciliten el acceso.

7.4. Garantías institucionales

Las comisiones sobre derechos humanos son cada vez más comunes y muchas siguen las directrices avaladas por las Naciones Unidas para las instituciones de derechos humanos. El problema principal es hasta qué punto estos órganos pueden ofrecer “recursos efectivos” a las personas y los grupos que alegan violaciones de derechos humanos. El abanico de opciones para estas comisiones va desde la adjudicación de reparaciones, incluidas las indemnizaciones monetarias, hasta la propuesta de recomendaciones cuya ejecución correspondería en todo caso a otras instituciones públicas.

8. Tensiones relacionadas con derechos específicos

Durante la elaboración de constituciones, la movilización de distintos grupos en términos de “nuestros” derechos frente a “los de los otros” implica que ciertos derechos causarán más conflictos y tensiones que otros. Estos incluyen:

- (a) derechos de las minorías;
- (b) derechos de las mujeres, y
- (c) derechos económicos y sociales.

Ciertos derechos causan más conflictos y tensiones que otros, entre ellos los derechos de las minorías, los derechos de las mujeres y los derechos económicos y sociales.

8.1. Derechos de las minorías

La contienda por el reconocimiento legal y político de distintos grupos y actores en el diálogo constitucional ha tomado frecuentemente la forma de disputas sobre los derechos humanos de minorías y pueblos indígenas. En Brasil (1988), Bolivia (2009) y Ecuador (2008) hubo agitación constitucional respecto del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En Indonesia, la deliberación sobre la reforma de la constitución estuvo entrelazada con el concepto de *pancasila* sobre múltiples culturas y los derechos de las minorías, como los nativos de Aceh y otros territorios (véase el capítulo 2 sobre principios y temas transversales). En Nepal, las demandas de las minorías étnicas durante la elaboración constitucional en marcha después de un conflicto de 10 años que terminó en 2006 estuvieron en el centro de la discusión. En Eritrea y Etiopía los procesos constitucionales de 1994 resultaron en gran parte de las demandas de distintos grupos étnicos de ser reconocidos como entidades capaces de autodeterminación. En Sudáfrica, las disputas relativas a los derechos de una mayoría racial *vis-à-vis* la minoría fueron centrales en la negociación de los años 1990-1996, que terminaron en una constitución democrática “no racial” en 1996. En Afganistán los derechos de afiliación religiosa y de las mujeres surgieron en las discusiones de la Asamblea Constituyente o Loya Jirga de 2003. La discriminación en el pasado y las prevalentes clasificaciones identitarias tuvieron mucho peso en las demandas de cambio constitucional. Resolver las reivindicaciones de derechos de grupos minoritarios en muchos casos pasó a ser el foco de la elaboración constitucional y una de las mayores fuentes de tensión.

El concepto de derechos humanos de las minorías implica en primer lugar que las personas que pertenecen a un grupo minoritario definido tienen los mismos derechos, en igualdad de condiciones y sin discriminación, que todas las demás personas; en segundo lugar ese concepto comprende el derecho de un grupo minoritario a reclamar derechos particulares en cuanto tal. Una manera alternativa de ver la segunda proposición es que los individuos pueden adquirir o perder ciertos derechos específicos al unirse o pertenecer a grupos minoritarios.

El concepto de derechos humanos de las minorías no solo implica que los individuos que pertenecen a un grupo minoritario definido tengan los mismos derechos que el resto de la ciudadanía, sino que también comprende el derecho de un grupo minoritario a reclamar, como tal, derechos particulares.

El tema de los derechos de las minorías es multivalente y complejo. Es útil que los responsables de la elaboración constitucional definan primero las cuestiones principales por medio de preguntas como: ¿Cuál es la naturaleza del problema “de la minoría”? ¿Por qué es este asunto “de la minoría” un problema nacional que requiere medidas constitucionales? ¿Qué medidas es necesario que considere la constitución y de qué manera contribuirán a mitigar el problema?

8.1.1. ¿Quién forma parte de una “minoría”?

Definir quién constituye una minoría es un desafío en sí mismo. Más allá del hecho de que algunos grupos rechazan el término porque les parece denigrante, los responsables de la elaboración constitucional se han encontrado con la dificultad de definir un “límite” claro para identificar lo que constituye una minoría. Además, casi todas las clasificaciones de minorías basadas en una línea de demarcación incluyen conceptos y categorías desarrollados en una esfera sociológica o antropológica, entre otras, lo que puede causar efectos legales y políticos opuestos en distintas constituciones. Lo mismo puede ocurrir con denominaciones genéricas o amplias cuando la cuestión de quién está incluido en esa denominación genera conflictos.

La legitimidad de un grupo minoritario autodefinido puede verse cuestionada o desestimada casualmente por quienes no participen de ese grupo, independientemente de que constituyan una mayoría o no. Una minoría autodefinida, además de reclamar derechos legales, puede necesitar superar estigmas y la idea de que pueda ser descartado como “anormal”. Sin embargo, incluso los criterios relativamente “objetivos” de la condición de minoría, como el tamaño de su población, pueden ser arbitrarios.

Al planear medidas especiales para proteger a las minorías, la Asamblea Constituyente de India en sesión en 1949 no consideró a los indios musulmanes una minoría constitucional, aunque de facto, en términos numéricos, sí lo eran. Sin embargo, sí consideró a los hindúes de casta baja y a los intocables como una minoría, aun cuando en términos religiosos eran innegablemente miembros de la fe hindú, la religión mayoritaria del país. Al mismo tiempo,

Definir quién constituye una minoría es un desafío en sí mismo. La legitimidad de un grupo minoritario autodefinido puede ser cuestionada por quienes no son parte de ese grupo. Incluso los criterios relativamente “objetivos” de la condición de minoría, como el tamaño de la población, pueden ser arbitrarios. El derecho internacional puede ser una guía, pero no es adecuada siempre.

cuando las conversaciones constitucionales ligan la condición de minoría con su tamaño numérico, el riesgo es que ciertos principios se vean eclipsados por cálculos que llevan a la división de grupos y a la multiplicación de las minorías, lo cual puede ser contraproducente. El derecho internacional puede ser una guía, pero no es adecuada, dado que, si bien reconoce algunas categorías como determinantes de la condición de minoría, hay algunas categorías más definidas que otras. Por ejemplo la categoría de “pueblos indígenas” está mejor definida que la de “grupo étnico”

en la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de las Naciones Unidas. También existen Estados

multiétnicos afectados por conflictos donde el grupo dominante es de hecho una minoría numérica. Y en otros casos un grupo numéricamente dominante se ha visto sometido a una desventaja política mediante alianzas electorales entre grupos minoritarios.

Parte del esfuerzo que se requiere de los responsables de la elaboración constitucional es no generar áreas de discusión que prolonguen las tensiones derivadas de las definiciones de diversos grupos y los elementos que los identifican. Con respecto a las minorías, es importante notar que las categorizaciones definitorias frecuentemente varían al igual que la clasificación de las mayorías. Por ejemplo, en el caso de Bolivia, la población campesina indígena originaria podría describirse como un grupo propio y diferenciado. El resultado fue que algunos de los pueblos diversos que lo constituyen dejarían de ser minorías dentro de este contexto, lo cual limitaría el ejercicio de sus derechos. Las clasificaciones genéricas pueden excluir a minorías o invisibilizar a las mayorías.

Además, los responsables de la elaboración constitucional pueden querer cambiar los términos de diferenciación para intentar interrumpir ciclos de conflicto recurrentes. Los grupos se pueden ver estandarizados a partir de los derechos humanos, lo que generalmente se hace incluyendo los términos de reconocimiento de diferencias en la constitución y prohibiendo la discriminación basada en estos términos. De hecho, estos términos pueden alejar la controversia del eje minoría-mayoría. Por ejemplo, las diferencias basadas en el origen, la edad e incluso el género pueden utilizarse para prohibir la discriminación, aun cuando podría ocurrir que la mayoría de personas jóvenes y las mujeres se encuentren en desventaja, en relación con una minoría de ciudadanos mayores u hombres. Finalmente, hay un problema de suposición de homogeneidad. En realidad, cada grupo “minoritario” es dinámico y puede estar compuesto por minorías dentro de las minorías. Algunas clasificaciones de minorías pueden también reforzar otras.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden intentar cambiar los términos de diferenciación para romper con los recurrentes ciclos de conflicto, pero deben evitar generar áreas de discusión que prolonguen tensiones derivadas de la definición de los diversos grupos y sus elementos de identificación.

La movilización de grupos minoritarios durante la elaboración constitucional para exigir derechos específicos es una característica común en Estados profundamente divididos y afectados por conflictos. Algunos grupos minoritarios pueden estar aislados y concentrados en un territorio determinado, como los pueblos indígenas, o bien estar dispersos a lo largo del Estado, como por ejemplo las personas homosexuales. En contextos de profunda división social, las minorías pueden movilizarse en términos de delimitaciones “fijas” de la identidad, a lo cual los responsables de la elaboración constitucional responden definiendo varias opciones de derechos, por ejemplo:

- *Minorías religiosas.* Asumiendo que se acepta algún tipo de protección constitucional para religiones particulares, los responsables de la elaboración constitucional pueden hacer uso de medidas específicas para proteger a las minorías religiosas. Se ha incorporado la protección especial para las minorías en sistemas constitucionales que nominalmente son laicos y en general no reconocen

derechos basados en la religión. Otras medidas son necesarias precisamente porque quienes elaboran las constituciones son presionados para designar una religión como “oficial” o “tradicional”, o por la influencia de una religión particular en la sociedad. Las medidas pueden ser tangibles, en vez de un mero reconocimiento de principios, como el principio de libertad de conciencia. Por ejemplo, el derecho de los grupos religiosos a organizar sus propias escuelas y otros servicios comunitarios (hospitales, albergues, etc.) es una medida importante y tangible, teniendo en cuenta que en Estados afectados por conflictos los grupos religiosos juegan un papel clave en lo que respecta a la provisión de servicios públicos para sus comunidades. También se han considerado medidas para aplicar leyes basadas en la religión en lugares donde los grupos religiosos tienen un marco normativo distintivo. Es posible tanto crear espacio en el sistema jurídico formal para reconocer y aplicar normas basadas en la religión que beneficien solamente

a grupos específicos, como permitir la concurrencia de sistemas jurídicos paralelos. La inclusión de la ley islámica en el sistema jurídico formal en la nueva Constitución de Kenia (2010) fue un tema controvertido y complicado. Como una muestra de respeto e inclusión de los musulmanes del país, que constituyen un 9 por ciento de la población, la nueva Constitución permite establecer tribunales *Kadhi* en el sistema formal, que se especializan en disputas entre particulares en el ámbito del derecho de familia cuando ambas partes son musulmanas. En varios países la discusión gira en torno al concepto de la laicidad y sus implicaciones.

La protección especial para las minorías ha sido admitida en sistemas constitucionales que nominalmente son laicos y en general no reconocen derechos basados en la religión. Otras medidas han sido necesarias precisamente porque los responsables de la elaboración constitucional son presionados para designar una religión como “oficial” o “tradicional”, o por la influencia real que una religión particular ejerce sobre la sociedad.

- *Minorías raciales.* La normativa internacional de los derechos humanos sobre la discriminación por motivos raciales es una de las más antiguas, y se remonta a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), que entró en vigor en 1969 como una reacción al extendido antisemitismo. El artículo 1 de la CERD define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. El significado de “raza” es menos evidente, pues no se distingue de “origen étnico” en el instrumento. Conforme a la CERD, son inadmisibles la categorización racial, la segregación racial y el *apartheid*. A nivel nacional, algunos países permiten que los grupos se movilen sobre la base de la “raza”, aun cuando los responsables de la elaboración constitucional lo consideraron un criterio de diferenciación inadmisibles. Sudáfrica ofrece un ejemplo al respecto.

La Constitución de 1996 establece expresamente que el Estado está basado en una “democracia no racial”. En las conversaciones que condujeron a la creación de la Asamblea Constituyente de 1994, el término “multirracial” fue considerado y finalmente rechazado por la aparente razón de que podría abrir la puerta a clasificaciones basadas en la raza y así dar cierta validez a las distinciones vigentes durante el *apartheid*, cuestión que los responsables de la elaboración constitucional querían evitar a toda costa. Los partidos principales acordaron entonces como principio constitucional que la constitución en proceso creara una democracia no racial. Al mismo tiempo, no se rechazó la posibilidad de tener en cuenta la desigualdad entre la minoría racial blanca y la inmensa mayoría de raza negra. De hecho, desde que la constitución entró en vigor, Sudáfrica ha seguido políticas altamente debatidas y disputadas, que buscan empoderar a los “sudafricanos negros” como una categoría racial. Estas políticas se modelaron sobre la base del trato preferencial otorgado en Malasia a los malayos como grupo racial para transferir el control de la economía al grupo racial mayoritario. Finalmente, algunas constituciones prohíben específicamente la incitación al odio racial y no reconocen a los partidos políticos que no son compatibles con la armonía racial.

- *Minorías étnicas.* Si los responsables de la elaboración constitucional aceptan alejarse de un proceso de “construcción de la nación” asimilacionista, entonces es admisible reconocer la organización y movilización de personas para que participen en los asuntos públicos sobre la base de criterios étnicos. Por ejemplo, se ha permitido que las minorías étnicas gocen de derechos al idioma, se beneficien de reservas territoriales cuyos recursos pueden explotar, sean representadas en la toma de decisiones en distintos niveles de gobierno, apliquen su propia ley y costumbre, y mantengan sus formas tradicionales de autoridad ya sea dentro o fuera del sistema formal de gobierno. Estas medidas son sensibles al contexto; en algunos casos, el impacto de los líderes étnicos en el gobierno formal es considerable, aun cuando la constitución los relegue a la sociedad civil, como ocurre en Nigeria. En otros casos, su impacto en el gobierno formal es marginal, aun cuando la constitución reconoce formalmente sus roles, por ejemplo en Sudáfrica. Para organizar las diferentes opciones, los responsables de la elaboración constitucional podrían considerar si el objetivo es permitir que las minorías étnicas dejen su huella en la evolución de la política nacional o meramente reconocer las diferencias culturales que existen en la sociedad. En relación con la primera de estas posibilidades, puede ser que la constitución deba dar lugar a la representación y participación en los distintos niveles de gobierno.

Los responsables de la elaboración constitucional han permitido que las minorías étnicas gocen de derechos al idioma, se beneficien de reservas territoriales, sean representados en la toma de decisiones en distintos niveles de gobierno, apliquen su propia ley y costumbre, y mantengan sus formas tradicionales de autoridad dentro o fuera del sistema formal de gobierno. Estas medidas son sensibles al contexto.

- *Pueblos indígenas.* El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas a veces se confunde con el reconocimiento de las minorías étnicas. Los pueblos indígenas se pueden distinguir haciendo referencia a su estatus de “pueblo originario”, lo que implica reconocer que fueron los habitantes originales del territorio (en parte o en su totalidad) que ahora es subsumido por el Estado cuya constitución se está elaborando. La mayoría de las opciones constitucionales relacionadas con estos grupos están íntimamente entrelazadas con el dominio y control sobre sus tierras y el derecho a la autodeterminación cultural, siendo ambos percibidos como elementos integrales de la expresión de la identidad indígena. En otros casos, como en Filipinas, las reivindicaciones de los pueblos originarios pueden extenderse a reclamaciones de carácter político. Hacer una distinción entre las reclamaciones de carácter cultural y las de carácter político puede contribuir a dar respuesta a las reivindicaciones. En lo que respecta a las primeras, el derecho internacional, específicamente el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, ha servido como guía. Las reclamaciones de carácter político, por otro lado, requieren opciones para otorgar una autonomía real y permitir la participación y representación en la vida pública convencional. Puede ser útil establecer qué ocurre cuando se descubren o explotan recursos naturales valiosos en las tierras de los pueblos indígenas, dado que este suele ser un factor de conflicto grave. Además, los responsables de la elaboración constitucional han recurrido a opciones como el reasentamiento de las personas en tierras igualmente viables cuando sea posible y si el daño medioambiental a la tierra original de todos modos impide que residan allí. Estas opciones pueden incluir el derecho de restitución de las tierras originarias si las expulsiones forzadas son parte del problema. Sin embargo, otras opciones implican mecanismos de consulta que pueden no ser vinculantes y que están diseñados para permitir que los pueblos indígenas tengan una voz respecto de la explotación de sus tierras (y se beneficien de la misma).
- *Refugiados y personas desplazadas.* Sorprendentemente, muchas constituciones guardan silencio respecto de los derechos de los refugiados y las personas desplazadas de sus hogares a causa de conflictos. Es sorprendente porque las cifras pueden ser bastante altas en los Estados afectados por conflictos. Parte del problema radica en que este asunto se considera un tema administrativo “temporal” que se resolverá cuando las personas sean reasentadas en alguna parte. El problema también se da en parte por el intento de la política de cultivar la lealtad de la ciudadanía mediante el reconocimiento de derechos. Adicionalmente a los conflictos, muchas personas son desplazadas cuando se les niega su ciudadanía. Con un diseño constitucional que asigna la transferencia de la ciudadanía mayoritariamente a la descendencia familiar y a la naturalización de las personas, la mayoría de las personas desplazadas y los refugiados tiene pocas opciones. Además, sus posibilidades de hacer presión ante los responsables de la elaboración constitucional

La movilización de grupos minoritarios durante la elaboración de constituciones para exigir derechos específicos es común en los Estados profundamente divididos y afectados por conflictos.

son limitadas en la práctica, considerando que la ciudadanía es una condición para la participación política. Por eso, quienes elaboran constituciones deben procurar tener un enfoque abierto y proactivo que permita que la constitución remedie la vulnerabilidad de estos grupos.

8.1.2. Prohibición de la discriminación y provisión de medidas especiales

Dependiendo del tipo de reivindicaciones desplegadas por los grupos que impulsan el cambio constitucional hacia el reconocimiento de los derechos de las minorías, y de la oposición a dicho reconocimiento, los responsables de la elaboración constitucional pueden considerar dos enfoques, según los cuales la protección de las minorías se llevaría a cabo mediante:

- la prohibición de la discriminación, y
- la provisión de derechos y medidas especiales (que no deben confundirse con privilegios).

Prohibición de la discriminación

El derecho a la no discriminación o al tratamiento igualitario es relativamente simple. Casi todas las constituciones coinciden en incluir disposiciones que prohíben la discriminación basada en el origen, el idioma, el género, la edad, la identidad étnica, la raza, etc. Los responsables de la elaboración constitucional también buscan cambiar los términos del reconocimiento de las diferencias, pasando de términos de identidad fijos a términos de identidad fluidos. Un ejemplo es la prohibición de autoidentificarse en términos étnicos o la prohibición de crear partidos políticos conformados por una sola etnia. Esto se puede hacer de forma paralela a la creación de incentivos constitucionales para la formación de asociaciones cívicas, de modo que sea posible beneficiarse del disfrute de derechos que se niegan a otros tipos de asociaciones. La idea es que todas las personas puedan ejercer derechos similares formando asociaciones voluntarias, en vez de que los derechos solamente puedan ser reclamados por quienes pertenecen a grupos cuya identidad es fija. El resultado es que la constitución es la única base común reconocida para el ejercicio de los derechos y la única fuente de derechos, en vez de la costumbre o la religión. Además, este enfoque genera una impresión de inclusividad, en la medida en que la protección de las minorías es parte de las protecciones que cubren a todos los demás. Las protecciones que abarcan a más personas son más fáciles de acordar durante los procesos de negociaciones que las medidas especiales que benefician a grupos particulares.

Además de prohibir la discriminación basada en el origen, el idioma, el género, la edad, la identidad étnica, la raza, etc., los responsables de la elaboración constitucional han cambiado los términos de reconocimiento de las diferencias de términos de identidad fijos a términos de identidad fluidos, por ejemplo prohibiendo la autoidentificación en términos étnicos o los partidos políticos de una sola etnia.

La efectividad de una cláusula de igualdad depende de que la ciudadanía la conozca y de que tenga acceso a la justicia; también se parte del supuesto de que los miembros de

grupos minoritarios que se enfrentan a violaciones son conscientes de estos derechos y pueden recurrir a los tribunales constitucionales en búsqueda de una solución.

Provisión de derechos y medidas especiales

En las sociedades afectadas por conflictos, el reconocimiento de los derechos de las minorías puede requerir medidas especiales ya sea para proteger a grupos particulares frente a la persecución o para que dejen atrás su condición de marginados y se unan a la sociedad convencional. Los derechos especiales se otorgan para hacer posible que las minorías preserven su identidad, características y tradiciones. La concesión de derechos especiales sugiere que los responsables de la elaboración constitucional están preparados para aceptar las consiguientes diferencias de trato entre las minorías y el resto de la sociedad. Esta diferencia puede justificarse como una promoción efectiva de la igualdad y el bienestar de una comunidad en conjunto, en términos de las intenciones generales de la constitución que se está elaborando.

Las medidas especiales pueden tomar distintas formas y los responsables de la elaboración constitucional pueden optar por una o por varias según el contexto. En general, estas incluyen:

- autonomía territorial o descentralización o “separación vertical del poder” (véase el capítulo 7 sobre las formas descentralizadas de gobierno);
- mecanismos para la distribución del poder (véase el capítulo 4 sobre el diseño del poder ejecutivo);
- pluralismo legal (véase el capítulo 6 sobre el diseño del poder judicial);
- autonomía cultural (o reconocimiento constitucional de y autorización para la diversidad cultural);
- acuerdos de consociación (formas especiales de compartir el poder en algunos Estados afectados por conflictos);

Los derechos especiales se otorgan para hacer posible que las minorías preserven su identidad, sus características y sus tradiciones, siempre que los responsables de la elaboración constitucional estén preparados para aceptar las diferencias resultantes entre el trato de las minorías y el del resto de la sociedad. Estas diferencias pueden justificarse como una promoción efectiva de la igualdad y el bienestar de la sociedad en conjunto.

- distribución del poder basada en el sistema electoral (específicamente, mediante formas de representación proporcional; véase el manual de IDEA Internacional sobre diseño de sistemas electorales)²;
- el derecho a la autodeterminación, y
- reglas y políticas de discriminación positiva.

Los derechos a la autodeterminación y la discriminación positiva son altamente contenciosos y pueden causar divisiones, en parte porque son términos poco comprendidos y altamente politizados.

Derecho a la autodeterminación

La autodeterminación no es lo mismo que la independencia formal. El derecho internacional reconoce el derecho a la autodeterminación dentro de un Estado existente. Efectivamente, un grupo legítimo tiene derecho a elegir su propio destino, pero esa elección no tiene que ejercerse de una forma particular. El concepto de autodeterminación puede incluir reivindicaciones sobre distintas formas de autonomía; puede significar la separación y secesión completa, en un extremo, o formas limitadas de autonomía, en el otro. En la práctica, toda solicitud de autonomía puede ser objeto de controversia, independientemente de su forma. Así ocurre con la autonomía cultural de un grupo minoritario cuando se percibe que afecta negativamente los intereses conjuntos de quienes no pertenecen a ese grupo minoritario. Sin embargo, si bien la autodeterminación no implica independencia de manera automática, tampoco niega la posibilidad de buscarla y lograrla de manera exitosa.

Los conflictos de autodeterminación en los que se persigue el reconocimiento internacional como Estado son multivalentes y extremadamente complejos. Pueden durar varios años y su resolución puede requerir la participación de actores internacionales. En algunos casos se ha llegado a un acuerdo tras años de agotadoras negociaciones que han culminado en el cese del conflicto armado y en formas de autonomía y distribución del poder que aún están en etapa de implementación. Algunos ejemplos son Irlanda del Norte y el Acuerdo de Viernes Santo con el Reino Unido, firmado en 1998; las complejidades de las dos entidades que forman Bosnia y Herzegovina (la Federación de Bosnia y Herzegovina y la República Srpska) siguiendo el Acuerdo de Dayton de 1995; los acuerdos de distribución de poder y autonomía de 2001 para la autonomía de Bougainville respecto de Papua Nueva Guinea, y el caso de las minorías tribales Azawad, en Malí (acuerdo de 1996), y, más recientemente, el acuerdo de autonomía de Sudán del Sur de 2006, que resultó en la votación pacífica a favor de la independencia por medio de un referéndum en 2011. En otros casos las situaciones aún no están resueltas, como ocurre con la autodeterminación de los albaneses de Kosovo en 2008 y, el mismo año, con la separación de Osetia del Sur y Abjasia en Georgia. Observar estos casos puede ser útil para que los responsables de la elaboración constitucional aprecien lo que está en juego cuando los medios constitucionales aún están al alcance para resolver las solicitudes de autodeterminación de las minorías en Estados profundamente divididos y afectados por conflictos. Considerando que el riesgo de conflicto en los años recientes ha sido mayor en lugares donde el Estado es frágil —tanto en Estados grandes como pequeños—, la evolución de medidas constitucionales que “funcionan” en distintos contextos es extremadamente útil.

El derecho internacional reconoce el derecho a la autodeterminación dentro de un Estado existente. El concepto puede incluir diferentes formas de autonomía, desde la separación total y la secesión hasta formas limitadas de autonomía. En la práctica, cualquier reivindicación de autonomía puede ser objeto de controversia, independientemente de su forma.

Dado que la Constitución de Etiopía, adoptada en diciembre de 1994, garantiza a las minorías el derecho a la autodeterminación, se la conoce por ser amigable con las

minorías. Fue redactada por una Asamblea Constituyente elegida por voto popular que en realidad estaba dominada por un grupo armado que había derrocado militarmente a la junta marxista hasta entonces en el poder. Con el objetivo de ganar legitimidad política entre los distintos grupos étnicos etíopes, algunos de los cuales estaban involucrados en insurrecciones contra el Estado, la Asamblea Constituyente decidió reconfigurar el Estado etíope unitario como una federación étnica. La nueva constitución etíope prevé para cada grupo étnico oficialmente reconocido en el país el derecho a la autodeterminación, incluida la secesión (artículo 39.1). Reconoce un amplio rango de derechos humanos individuales y colectivos de acuerdo con los tratados ratificados por Etiopía. Al mismo tiempo, establece que las “naciones, nacionalidades y pueblos” de Etiopía son los componentes mínimos del país, en contraposición a los individuos. En lo que se refiere a la implementación, la constitución ha hecho de la etnicidad el indicador más relevante de identidad en el Estado. Dado que gran parte del poder está consolidado en el Primer Ministro, ante quien el gabinete es responsable y quien es también el comandante de todas las fuerzas armadas, la cultura de los derechos humanos en desarrollo está diseñada para depender de la negociación política con el centro.

Los conflictos de autodeterminación en los que se persigue el reconocimiento internacional como Estado son multivalentes y extremadamente complejos, se extienden por varios años y generalmente involucran a terceros internacionales para su resolución.

Para reforzar su dimensión política, la constitución confiere a la Asamblea Nacional toda la autoridad para interpretar las disposiciones de la constitución, incluyendo aquellas bajo disputa en los tribunales. El enfoque de Etiopía hacia la autodeterminación es único en cuanto otorga autodeterminación hasta el punto de contemplar la posibilidad de secesión.

España ofrece una aproximación distinta. El país incluye tres “naciones históricas”: Cataluña, el País Vasco y Galicia, cada una de las cuales tiene su propia identidad y movimientos nacionalistas. La Constitución de España (1978) intentó crear un autogobierno para cada una de estas tres nacionalidades históricas, al tiempo que extendió ese mismo principio a cualquier otra región que lo solicitara. Estableció distintos grados de autonomía en las tres naciones históricas y en el resto de España, aunque en principio todas las regiones podrían obtener el mismo nivel. Los movimientos en favor de la autonomía se propagaron rápidamente y surgieron 17 gobiernos autónomos. A pesar de que se reconoció la naturaleza arraigada de estas naciones, los responsables de la elaboración constitucional rechazaron deliberadamente la idea de que algún grupo tuviera derechos legales distintos a los otorgados en la constitución misma.

Por lo tanto, si bien en muchos contextos las exigencias de autodeterminación son impulsadas por diversos motores de cambio, en la práctica los responsables de la elaboración constitucional ven la autodeterminación como un marco legal y político flexible, en el que los derechos sustantivos se expresan de forma dinámica. Dentro del contexto dado, dichos constituyentes pueden trabajar con opciones interrelacionadas, enfatizando la dispersión de la autonomía y la consolidación de los aspectos comunes según se necesite. También es crucial que quienes elaboran constituciones tomen en

cuenta la dificultad de la implementación y pongan atención a los medios de arbitrio de disputas entre entidades autónomas sujetas a la autodeterminación y otras entidades involucradas en esos casos complejos.

Acción afirmativa o discriminación positiva

La discriminación positiva puede tomar varias formas, como un trato preferencial para grupos minoritarios en la educación o el empleo público, medidas culturales como el apoyo gubernamental para la educación en el idioma local o medidas simbólicas como disculpas oficiales. A partir de aquí se pueden hacer más distinciones. Primero, el Estado puede beneficiar a un grupo sin perjudicar a otro, por ejemplo impartiendo educación pública en el idioma local. Segundo, y en contraste, el Estado puede emplear la discriminación positiva, la cual distribuye recursos escasos —como el ingreso a las universidades— hacia un grupo favorecido, en perjuicio de otros. Dado que el Estado redistribuye recursos entre grupos, estas decisiones tienen cierta carga política.

Algunas preguntas iniciales clave incluyen: ¿Ha marginalizado el Estado históricamente a algún grupo en particular? En caso de que sí, ¿pueden las medidas constitucionales remediar su sufrimiento y asegurar la igualdad? ¿Cuál es el diseño constitucional óptimo para estas medidas: medidas legalmente exigibles o autorización legislativa de medidas discrecionales que sean políticamente viables y se ajusten a los recursos disponibles?

Si la discriminación positiva es parte del plan, la cuestión también puede ser cuáles son las formas adecuadas para lograr los objetivos deseados. Los expertos podrían considerar las siguientes preguntas:

- ¿Las constituciones deben usar *cuotas* o *asientos reservados*? ¿Estas medidas deben ser vinculantes o no vinculantes?
- ¿Qué forma o modelo debería adoptar la discriminación positiva? ¿Debería ser un programa de duración fija o indefinida? ¿De acuerdo con qué criterio debería identificarse a los potenciales beneficiarios? ¿Simplemente por su pertenencia a un grupo particular?
- ¿Pueden beneficiarse varios grupos de la discriminación positiva al mismo tiempo?
- ¿Deben los tribunales aplicar o delinear los límites de la discriminación positiva?

Las cuotas y las reservas son dos mecanismos constitucionales comunes de discriminación positiva. Ambos avalan la existencia de puestos especiales para grupos específicos, pero cumplen funciones distintas. Las cuotas pueden ser necesarias para dar efecto al principio de igualdad de oportunidades, de forma que los individuos de un grupo minoritario específico tengan la posibilidad de “ponerse al mismo nivel”. Las cuotas mitigan los temores de represión continua y

La acción afirmativa puede tomar varias formas. El Estado puede beneficiar a un grupo sin perjudicar a otro —por ejemplo, impartiendo educación pública en el idioma local—, o emplear la discriminación positiva, que distribuye recursos escasos hacia un grupo favorecido, perjudicando así a otros grupos.

promueven la integración porque incorporan a los grupos de víctimas en la arquitectura del poder. Los asientos reservados, por su parte, proporcionan un espacio para estos grupos en los que el poder no se ve afectado, ya que crean zonas separadas donde los grupos minoritarios son los únicos participantes.

Las constituciones distinguen entre conseguir la igualdad en términos de oportunidades y en términos de resultados. En la práctica, los responsables de la elaboración constitucional orientan la mayoría de los programas de discriminación positiva a la igualdad procesal, o igualdad de oportunidades, más que a resultados sustantivos.

Implicaciones de la discriminación positiva

Estas medidas siguen siendo fuertemente disputadas. De hecho, muchas políticas de discriminación positiva generan nuevas controversias a lo largo del tiempo. En cierto sentido, contradicen el propósito constitucional de hacer avanzar a la sociedad más allá de las precarias clasificaciones de identidad. Algunos estudios también demuestran resultados mixtos en relación con el propósito particular de elevar a grupos específicos. Independientemente de que la implementación se haga por medios jurídicos o programas políticos, en la práctica puede verse que surgen más conflictos legales.

La segunda implicación parece ser que, una vez que se sanciona constitucionalmente, la discriminación positiva adquiere su propio ímpetu político. Más adelante, puede ser difícil abandonarla, incluso cuando puede ya no ser tan necesaria. Una vez que ha sido implementada —como en Malasia, donde la intención original de los responsables de la elaboración constitucional era que la discriminación positiva se mantuviera por un plazo de 30 años—, la presión popular puede impedir que la discriminación positiva cese: el programa malayo ha sobrevivido 40 años y aún sigue en vigencia.

Una tercera implicación tiene que ver con una ley general de consecuencias imprevistas. En vez de contribuir a la reconciliación, las políticas pueden abrir brechas entre grupos según cambie la relación entre ganadores y perdedores en casos concretos. La disminución de los estándares para la participación de algunos grupos, por ejemplo para el empleo en el servicio público, puede reducir la calidad de los servicios y aumentar las protestas colectivas. A pesar de que existan programas de discriminación positiva, la desigualdad

puede persistir y alimentar el resentimiento de los grupos afectados debido a la percepción de que la implementación constitucional está tardando demasiado en remediar su situación, lo que redundaría en la deslegitimación de la constitución. Los responsables de la elaboración constitucional pueden tener que diseñar sistemas para la constante revisión de los programas de discriminación positiva, sean estos reconocidos constitucionalmente o no, para garantizar que sigan siendo un motor de crecimiento para grupos con desventajas históricas.

Las medidas de discriminación positiva siguen siendo fuertemente cuestionadas. Muchas generan nuevas controversias a lo largo del tiempo. Algunos estudios también demuestran resultados mixtos. Una vez que reciben sanción constitucional, adquieren ímpetu político propio y pueden abrir brechas entre grupos según cambien las relaciones entre los perdedores y los ganadores.

Finalmente, en algunos países —como Bolivia, Malasia y Sudáfrica— el grupo que ha sido históricamente discriminado y privado de oportunidades económicas constituye la mayoría numérica. La discriminación positiva aplicada a las mayorías en vez de a las minorías tiene un impacto muy distinto en la sociedad.

8.2. Derechos de las mujeres

La exigencia de garantías constitucionales para los derechos de las mujeres tampoco está exenta de tensión y, de hecho, dicha tensión no se limita a la elaboración constitucional en sociedades posconflicto o afectadas por conflictos. Muchos de estos derechos se interpretan en el marco del derecho internacional de los derechos humanos individuales, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 (véase el recuadro 3.3).

Las áreas que producen más tensión se distinguen por el número y la naturaleza de las reservas de los Estados parte de la CEDAW; la mayor proporción de reservas sustantivas se refieren a *la igualdad en la vida política y pública, la igualdad en el empleo, la igualdad ante la ley, y la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares*.

Recuadro 3.3. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

La CEDAW prevé:

- la consagración del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las constituciones nacionales y en otras leyes (incluida su materialización práctica);
- la modificación de los patrones culturales con vistas a la eliminación de los prejuicios en contra de la mujer y de los estereotipos sobre su inferioridad;
- la supresión de todas las formas de tráfico de mujeres y de la explotación o prostitución de mujeres;
- la participación igualitaria en la vida pública y política;
- la igualdad de derechos para adquirir, mantener o cambiar la nacionalidad (incluida la igualdad de derechos para transferir la nacionalidad a los hijos);
- la igualdad de derechos en la educación;
- la eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo;
- la no discriminación sobre la base del matrimonio o la maternidad;
- igual acceso a los servicios de salud (incluida la planificación familiar);
- el derecho a la igualdad ante la ley, y
- la igualdad en el ámbito del matrimonio y las relaciones de familia.

8.2.1. Igualdad en la vida política

La igualdad entre hombres y mujeres goza nominalmente de aceptación generalizada. Las disposiciones sobre igualdad aparecen comúnmente en sistemas constitucionales muy distintos. La Constitución de Egipto (1971) reconocía la igualdad de hombres y mujeres, e incluso la garantizaba específicamente en los ámbitos políticos, económicos y sociales, al tiempo que se sujetaba a la jurisprudencia islámica. La Constitución de Grecia (1975), que reconoce como religión dominante a la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo, también decreta que los hombres y las mujeres tienen igualdad de derechos y obligaciones. En la relativamente nueva Constitución de Suazilandia (2005), que estableció una monarquía hereditaria, las mujeres también tienen derecho al trato igualitario, un derecho que implica la igualdad de oportunidades en los servicios políticos, económicos y sociales. Además, la constitución establece que nadie puede obligar a una mujer a seguir o defender una costumbre que se oponga a su conciencia. La Constitución de Timor Oriental (2002), diseñada para un país donde algunas mujeres fueron incluso combatientes armadas en la lucha por la liberación, establece que las mujeres y los hombres tendrán los mismos derechos y deberes en todas las áreas de la vida familiar y en los ámbitos políticos, económicos, sociales y culturales. En la práctica, la aplicación de estas disposiciones varía, lo que se explica por las dinámicas de poder y el alcance de las constituciones sobre la vida social, cultural y económica.

Existe una tendencia a fomentar el uso de un lenguaje de género neutro en las constituciones. Es común que las constituciones mencionen el término “género”, por ejemplo, para prohibir la discriminación, pero sin definirlo explícitamente. Sin embargo, los profesionales en este campo pueden ir más allá. Las propuestas presentadas ante la Asamblea Constituyente

en Nepal, de ser aprobadas, trascenderán las opciones binarias de género masculino y femenino, e incluirán las categorías de “tercer género” y “transgénero”. En cualquier caso, la redacción de género neutro no es necesariamente suficiente para establecer cuáles serán los derechos que efectivamente gozarán las mujeres.

Una verdadera barrera práctica y un desafío para la participación igualitaria de las mujeres en política en muchos países, más que la religión o la cultura social, es el comportamiento de los partidos políticos.

Una verdadera barrera práctica y un desafío para la participación igualitaria de las mujeres en política, más que la religión o la cultura social, es el comportamiento de los partidos políticos. Anteriormente, las constituciones no regulaban a los partidos políticos. De manera progresiva, algunas están empezando a hacerlo, por ejemplo las de Brasil y Rwanda (que hasta el momento tienen una alta proporción de representación

femenina en el poder legislativo). Los responsables de la elaboración constitucional quizás deban considerar las opciones que influirán en la selección de candidatos de los partidos políticos y en el avance de las mujeres como actores en política, con verdaderas penalizaciones para los partidos

Las cuotas de representación para las mujeres, si bien no son una panacea, han permitido la presencia de mujeres en la política a nivel nacional en muchos países.

que no cumplan con las reglas. Además, si bien las cuotas para la representación política de las mujeres no son la panacea, sí han servido para aumentar su presencia a nivel nacional en la toma de decisiones sobre importantes temas políticos y legales, incluso sin el apoyo de las bases, lo que es un logro evidente.

8.2.2. Igualdad en el matrimonio y las relaciones de familia

La tensión principal en este aspecto se da entre el compromiso con la igualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar, por un lado, y el compromiso con el reconocimiento formal de otras normas en competencia que pueden generar desigualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar, por otro. Como se mencionó, los responsables de la elaboración constitucional deben procurar que las constituciones encarnen los compromisos internacionales, por ejemplo, aquellos de la CEDAW. Al mismo tiempo, la resolución de conflictos —especialmente cuando se requiere reconocer formalmente naciones étnicas o grupos religiosos para ganar el apoyo de actores clave en la sociedad— puede derivar en constituciones que contienen contradicciones internas.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden recurrir al principio de supremacía de la constitución para que este instrumento prevalezca sobre las normas legales contradictorias. Tal recurso puede encontrar su justificación en la resolución de conflictos, ya que sirve como incentivo para armonizar la forma en que se trata a los distintos grupos del Estado. Un punto de partida al respecto puede ser enumerar las normas jurídicas aplicables bajo la estipulación expresa de que aquellas que contradigan la constitución son inválidas. Dado que estamos hablando del ámbito jurídico, una garantía institucional puede empoderar a los tribunales para invalidar otras normas sobre la base de una determinación judicial de inconsistencia. Los responsables de la elaboración constitucional han desarrollado métodos para garantizar que las acciones de los tribunales sean consideradas legítimas por aquellos grupos preocupados por la existencia continuada y el respeto de las normas jurídicas alternativas. Un método incorporado a la Constitución de Sudáfrica, que fue tomado de la práctica constitucional latinoamericana relativa al tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas, es convertir los temas controvertidos en un problema jurídico asignado al sistema judicial formal y a sus estructuras de apelación. Esto significa que se garantiza la consistencia en la interpretación legal y que todas las normas jurídicas son tratadas de manera seria. En el ejemplo de América Latina, el conocimiento de causas relativas a la aplicación de las leyes indígenas es parte de la tarea del poder judicial formal. En el ejemplo sudafricano, la Corte Constitucional tiene el poder de “desarrollar” la ley consuetudinaria, la cual suele estar basada en el patriarcado. En un caso famoso, la Corte usó este poder para invalidar la práctica de la primogenitura, es decir, la sucesión a la propiedad por línea masculina, y ordenó a los grupos involucrados modificar la práctica de la sucesión de manera que

Puede haber tensión entre, por un lado, el compromiso asumido en los instrumentos internacionales con la igualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar y, por otro, el compromiso de dar reconocimiento formal a normas en competencia que, en la práctica, pueden acarrear la desigualdad entre hombres y mujeres en la vida familiar.

permitiese la sucesión femenina. Para que los tribunales gocen de legitimidad para hacer este trabajo, los responsables de la elaboración constitucional deben abordar el tema de su composición. La falta de pluralismo en la magistratura podría utilizarse como fundamento para rechazar las decisiones tomadas por jueces que no han sido instruidos o no aprecian las normas jurídicas pertinentes o los intereses de los grupos que abogan por ellas.

Implicaciones

¿A qué deben aspirar las protecciones constitucionales de los derechos de las mujeres? Para empezar, la participación misma de las mujeres en la elaboración constitucional es fundamental: si se movilizan para decidir cuestiones constitucionales, las mujeres tenderán a asegurarse de que la constitución aborde aquellas cuestiones que son pertinentes al estatus legal y social de la mujer. Estos grupos suelen crear espacios en la agenda constitucional para los temas relacionados con la mujer, incluso en el transcurso de complejas negociaciones posconflicto.

Es probable que los derechos de las mujeres mejoren si el gobierno nacional está comprometido con este objetivo y si subordina las leyes de género consuetudinarias y locales a pesar de la resistencia de los líderes tradicionales. Si una sociedad está fracturada en razón de una pluralidad de naciones o tribus, los políticos nacionales tendrán menos voluntad o compromiso para elevar jurídicamente un tipo de vida cultural o social al nivel nacional.

Es probable que los derechos de las mujeres aumenten si el gobierno nacional está comprometido con este objetivo y si subordina las leyes de género consuetudinarias y locales a pesar de la resistencia de los líderes tradicionales. Si una sociedad está fracturada en función de una pluralidad de naciones o tribus, los políticos nacionales tendrán menos voluntad o compromiso para elevar jurídicamente un tipo de vida cultural o social al nivel nacional.

Si los canales políticos están cerrados para las mujeres, los responsables de la elaboración constitucional pueden optar por permitirles recurrir a medidas legales que hagan posibles

las reivindicaciones de derechos. En algunos casos, una decisión jurídica puede surtir efecto en la política, permitiendo a los políticos cumplir con un fallo en instancias en que una decisión similar, pero tomada por un órgano político, causaría una reacción adversa. Los responsables de la elaboración constitucional deberán entonces tomar en consideración la existencia y el ámbito de posibles excepciones a las cláusulas de igualdad en la constitución.

Si el sistema constitucional está contemplado para multiplicar el número de centros de poder, las implicaciones para los derechos de las mujeres serán diversas. Las mujeres pueden verse en la necesidad de negociar derechos en espacios locales y nacionales. Particularmente, este será el caso si los gobiernos locales son relativamente independientes o capaces de resistir la reafirmación de la autoridad nacional. Los derechos de las mujeres pueden depender de las costumbres locales y de la opinión política regional. La protección real de sus derechos va a variar de una región a otra. En algunos casos, la presencia de principios constitucionales generales relativos a los derechos de las

mujeres podría proporcionar una base para presionar a los gobiernos locales a fin de que obedezcan. Aumentar la participación local de las mujeres en la toma de decisiones políticas reforzaría la posición de las mujeres. El resultado puede ser una “carrera hacia la cima”, en la medida en que las regiones consideren como “mejores prácticas” aquellas políticas de discriminación positiva que operan en otras regiones. Las movilizaciones por los derechos de las mujeres pueden seguir el modelo “de abajo hacia arriba”, como sucedió en Bolivia. Ante la ausencia de un consenso nacional sobre los derechos de las mujeres, los expertos en cada entorno tendrán que sopesar si deben abordarse las prácticas discriminatorias locales en la constitución.

Los derechos de las mujeres pueden depender de las costumbres locales y de la opinión política regional. La protección de sus derechos va a variar de una región a otra. El aumento de la participación de las mujeres en la toma de decisiones de política local y su movilización desde abajo hacia arriba fortalecería su posición.

Por último, los responsables de la elaboración constitucional han establecido recientemente órganos constitucionales especiales dedicados al avance o la protección de los derechos de las mujeres. El abanico de sus posibles funciones varía según el contexto, desde órganos con la facultad de proporcionar un remedio para casos individuales hasta aquellos cuya competencia está limitada a asesorar a quienes crean las políticas y a los legisladores. La creación de defensorías de los derechos de género y de comisiones para la defensa de los derechos humanos de las mujeres presupone una habilidad para monitorear a los cargos públicos de manera independiente. Se sigue debatiendo si los derechos de las mujeres están mejor protegidos por instituciones preocupadas exclusivamente por los asuntos de interés para las mujeres (en la medida en que estos se puedan reconocer como tales), o si quedan mejor resguardados si se exige a todas las instituciones políticas fomentar una cultura de los derechos humanos que respete la igualdad entre hombres y mujeres. Esta última opción es la que recoge la nueva Constitución de Kenia, que exige que la composición de todos los órganos públicos incluya un tercio de integrantes de cada género. Además, se anima a los cargos públicos a que los jefes y subdirectores representen a ambos géneros.

8.3. Derechos económicos, sociales y culturales

En la elaboración constitucional que se lleva a cabo en sociedades afectadas por conflictos la negociación sobre el papel, el estatus y la aplicación de los derechos económicos y sociales también está plagada de tensiones. Estos derechos pueden generar animosidad, precisamente porque tratan sobre quién recibe qué parte de recursos limitados, si bien la existencia de recursos adecuados puede reducir dicha animosidad. La Constitución de Irak garantiza los derechos económicos y sociales con carácter exigible —incluyendo el derecho a la educación gratuita, a servicios de salud para niños y adultos, a un ambiente seguro (aunque este concepto no está definido), a la seguridad social, a percibir ingresos adecuados, a una vivienda digna y a un estándar de vida decente para todos los iraquíes— sin importar la cantidad de recursos disponibles, en parte porque el país tiene ingresos petroleros. Además, la constitución ordena la erradicación total del analfabetismo, sin excepción. En contraste, la mayoría de los países que operan con recursos limitados

Los derechos económicos y sociales dan pie a la animosidad, precisamente, porque se refieren a quién recibe una parte de los limitados recursos disponibles. La mayoría de los países que operan con recursos limitados garantizan a sus ciudadanos solamente sus necesidades inmediatas, como el acceso a educación, salud y vivienda.

garantizan a sus ciudadanos solamente sus necesidades inmediatas, como el acceso a la educación, salud y vivienda.

Las tensiones prácticas más importantes involucran dos temas: primero, qué incluir u omitir en la constitución respecto de estos derechos, y, segundo, qué implicaciones tendrá su inclusión en la constitución y cómo corregir aquellas que causen nuevos conflictos.

8.3.1. ¿Qué incluir?

Los conflictos prolongados y aún no solucionados pueden generar apoyo en favor de la inclusión expansiva de los derechos económicos, sociales y culturales en la constitución con miras a:

- proporcionar un marco para evaluar las decisiones que afectan el desarrollo, el uso y la asignación de recursos, particularmente cuando una causa de conflicto es la cuestión de quién tiene acceso a, y se beneficia de, los recursos del Estado;
- vincular a las autoridades legislativas y políticas y al proceso de toma de decisiones al nuevo estándar constitucional sobre el uso de los recursos;
- simbolizar que la agencia económica, social y cultural de los individuos es un atributo importante de la ciudadanía en el Estado, y que estos derechos significan que los ciudadanos no deben considerarse dependientes del patrocinio de asociaciones étnicas, religiosas, de clan, partidos políticos, u otras;
- avanzar en la reconciliación mediante el reconocimiento de los derechos económicos y sociales de grupos específicos que han sido presionados para iniciar un conflicto con el Estado, dado que se les ha desplazado injustamente y por largo tiempo a la periferia económica, social o cultural, y
- como con todos los derechos humanos, y siguiendo el concepto de indivisibilidad, ganar legitimidad para una constitución que estipule los derechos económicos y sociales y, por lo tanto, su respeto por el nuevo “contrato social”.

El núcleo de los derechos económicos y sociales está formulado en un tratado internacional de las Naciones Unidas, el ICESCR, que entró en vigor el 3 de enero de 1976 (véase el recuadro 3.4).

Recuadro 3.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)

El ICESCR provee, *inter alia*:

- el derecho de los pueblos a la autodeterminación (lo que incluye la propiedad y el control de sus propios recursos naturales y medios de subsistencia);
- el derecho al trabajo (que incluye el derecho a elegir libremente la forma de ganarse la vida);
- el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables (que incluye el salario justo, la igualdad de remuneración por trabajo equivalente, la seguridad en el trabajo, los estándares de vida decentes, el ascenso basado en el mérito y períodos razonables de descanso/vacaciones);
- el derecho a formar y unirse a sindicatos y asociaciones (incluye el derecho a huelga sujeto a la ley correspondiente);
- el derecho a la seguridad social (pensión, seguro social);
- la protección de la familia (baja por maternidad remunerada y razonable, castigo en caso de explotación social y económica de niños y personas jóvenes);
- el derecho a un estándar de vida adecuado (libre de hambre, con comida adecuada, ropa y vivienda);
- el goce de los más altos estándares de salud física y mental posibles (lo que incluye tratamientos y servicios médicos para todos en caso de enfermedad);
- el derecho a la educación (que incluye la educación primaria obligatoria y gratuita para todos), y
- la participación en la vida cultural y la oportunidad de beneficiarse del progreso científico (lo que incluye la protección de los derechos de autor científicos, literarios y artísticos).

Dado que la mayoría de los Estados han ratificado este instrumento, la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones en los recientes procesos de elaboración constitucional es la regla general más que la excepción. Muchas disposiciones constitucionales adoptan el lenguaje de los derechos humanos del ICESCR. Aun en países como India, cuya Constitución de 1949 es previa al ICESCR, se han encontrado formas de “constitucionalizarlos” a través de una decisión de la Corte Suprema, que determinó que estos derechos son necesidades básicas integrantes del derecho a la vida, el cual está protegido en la Constitución. El ICESCR requiere a los Estados remover rápidamente los obstáculos que impiden el ejercicio inmediato de un derecho. Aunque es permisible hacer realidad los derechos de manera progresiva, los obstáculos y elementos de discriminación se deben remover de inmediato. Así, las autoridades violan el Pacto

La inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en las constituciones en los recientes procesos de elaboración constitucional es la regla general más que la excepción.

constante mejoría de la situación y a reanudar su implementación progresiva en cuanto los recursos lo permitan.

Más que ser un prototipo, el ICESCR deja que los actores nacionales determinen el grado de variación requerido por sus circunstancias, su sistema jurídico y los medios disponibles. Los responsables de la elaboración constitucional pueden ampliar su alcance para proveer derechos adicionales que no están incluidos en este instrumento, como por

ejemplo el derecho al agua potable limpia en la Constitución Interina de Nepal.

Los derechos económicos, sociales y culturales requieren de una acción gubernamental sistemática y su cumplimiento depende de la disponibilidad de recursos. El ICESCR requiere a los Estados remover rápidamente los obstáculos que impiden el ejercicio de un derecho. Aun cuando los derechos se pueden llevar a cabo progresivamente, los obstáculos y elementos de discriminación se deben remover de inmediato.

La adopción de los derechos económicos y sociales en la constitución no implica necesariamente la adopción de un sistema económico específico (una economía liberal o de planificación centralizada), pero este sistema sí puede derivarse, explícita o implícitamente, de la manera como se introducen las disposiciones constitucionales correspondientes. La pregunta subyacente para cualquiera que esté redactando un texto constitucional es si es admisible utilizar a las personas como medio para lograr objetivos

económicos a medio o largo plazo. Muchos responsables de la elaboración constitucional no apoyan esta postura e insisten en que se deben sacrificar los objetivos económicos cuando los derechos y el bienestar de las personas se ven afectados de manera negativa.

De la misma manera, la adopción de un sistema o modelo económico puede ampliar aún más los temas en discusión, pero esto es casi inevitable cuando la constitución se identifica como un instrumento para establecer un programa de gobierno específico.

8.3.2. ¿Cuáles son las implicaciones?

Las exigencias relativas a la protección constitucional de estos derechos son muy disputadas, particularmente respecto de cómo se van a ejecutar e implementar.

¿Quiénes serán los “verdaderos” titulares de estos derechos?

Un punto de partida es considerar a nombre de quién se implementan estos derechos. ¿Hay grupos que los responsables de la elaboración constitucional buscan beneficiar en virtud de ciertas circunstancias específicas, como por ejemplo aquellas personas

o grupos que viven en situación de pobreza extrema? Por ejemplo, como reacción al problema de la malnutrición crónica en las montañas de Bolivia, el derecho a la alimentación fue incluido en la nueva Constitución con la intención de facilitar la redistribución de un impuesto sobre los hidrocarburos para alimentar a la población. ¿O pueden los derechos sociales estar orientados a reforzar la reivindicación de redes de protección social que reduzcan desigualdades sociales o de género? Suele suceder que los grupos que demandan la inclusión de estos derechos en la constitución los consideran un medio para lograr un fin. Los responsables de la elaboración constitucional pueden optar por incluir disposiciones en la constitución que solo estipulen estos derechos como un punto de partida, el cual necesita ser desarrollado a través de directrices que sirvan de guía. Por ejemplo, la garantía del derecho a la educación se puede reforzar adquiriendo el compromiso de lograr la educación primaria universal. Ello puede llevar a un diseño que integre los derechos garantizados en la constitución y los objetivos de desarrollo del Estado, y otros objetivos y prioridades fundamentales del Estado, que son atendidas en la constitución.

No es fácil responder a la pregunta sobre si estos derechos deben estar vinculados a la ciudadanía. Los derechos estipulados en las constituciones deben tener una aplicación general para todos y las constituciones deben evitar la discriminación arbitraria entre individuos y grupos. Al mismo tiempo, se debate intensamente el tema de quién es sujeto de los derechos económicos y sociales. Por ejemplo, ¿tendrán también los no ciudadanos derecho a trabajar o a acceder a una vivienda digna? Considerando la naturaleza de las obligaciones contraídas, cuyo cumplimiento requerirá la asignación deliberada de los bienes y recursos del Estado, los cargos públicos pueden preferir que tales derechos estén restringidos a la ciudadanía. Esta opción la apoyan con fuerza los nacionalistas y grupos relacionados, y frecuentemente es un factor importante en el sentimiento xenofóbico y antimigratorio. La inclusión de estos derechos suele presentarse además como un contrato social entre la ciudadanía, que aporta los impuestos, y los cargos públicos, que garantizan que los servicios públicos beneficien a los contribuyentes. Políticamente, el acuerdo ayuda a asegurar el apoyo y la lealtad de aquellos que contribuyen al gobierno, que provee servicios por medio de sus impuestos. Pero esta ecuación excluye a aquellos que no pueden probar su ciudadanía o directamente no son ciudadanos, como los refugiados y otros extranjeros.

Además, aunque estos derechos sean considerados un atributo importante de la ciudadanía, eso no resuelve la disputa entre los distintos grupos dentro del Estado. Los cargos públicos naturalmente se oponen a la idea de que los miembros de las fuerzas armadas o del servicio público tengan derecho a huelga. En algunos países, los responsables de la elaboración constitucional han usado el ICESCR para limitar quién puede gozar de este tipo de derechos. Hay varias opciones. En Sudáfrica el poder judicial ha determinado que los miembros de las fuerzas armadas tienen derecho a huelga, mientras que en otros países esta posibilidad está expresamente descartada. En contextos afectados por conflictos, la idea de que los miembros de las fuerzas armadas tengan derecho a huelga puede parecer sorprendente, sobre todo cuando los responsables de la elaboración constitucional contemplan la posibilidad de que el servicio militar sea una obligación ciudadana.

¿Cómo se implementarán los derechos?

Los responsables de la elaboración constitucional han considerado diversas opciones para implementar y ejecutar estos derechos, ya sea por medio de medidas (a) jurídicas o (b) políticas.

A continuación se resumen las críticas más comunes a la constitucionalización de los derechos económicos y sociales. Primero, dado que estos derechos requieren de una acción gubernamental sistemática, está claro que dependen de la disponibilidad de recursos para su ejecución. Pero estos recursos pueden ser escasos. Dada la estimación del Banco Mundial de que los conflictos retrasan el desarrollo entre 10 y 15 años, se puede asumir que la elaboración constitucional en países afectados por conflictos se enfrenta a recursos todavía más escasos de lo habitual a causa del conflicto. Segundo, determinar el uso y la asignación de recursos escasos es un proceso político sujeto a ideas que compiten electoralmente entre sí sobre lo que significa una buena vida. Desde esta perspectiva, el intento de calcular un “contenido básico mínimo” de lo que al fin y al cabo es un derecho a reclamar recursos escasos es demasiado contencioso para articularlo como un derecho constitucional. Tercero, aunque se acepte que los bienes y recursos del Estado deben utilizarse de acuerdo con un enfoque basado en los derechos, en este caso las reivindicaciones basadas en los derechos compiten entre los diferentes grupos y la constitución no debería elevar

ninguna reivindicación particular por encima de las demás. Cuarto, no puede formar parte del mandato de jueces no electos decidir las variadas contiendas que surjan. Además, ellos carecen de información relevante en términos de políticas públicas, como datos estadísticos, para tomar una decisión informada.

¿Cómo se implementarán los derechos económicos, sociales y culturales? Incluirlos en la constitución misma no pone fin a la competencia entre las distintas reivindicaciones en conflicto.

A pesar de estas críticas, muchas personas y grupos vulnerables —cuya falta de acceso y participación en los procesos políticos limita su habilidad de asegurar una acción política en su favor— han optado por aprovechar la elaboración constitucional para exigir la aplicación jurídica de estos derechos. En oposición, otros grupos prefieren, por varias razones, que sean las instituciones elegidas democráticamente las que decidan sobre la disputa. Los responsables de la elaboración constitucional deben ser conscientes de que la constitucionalización en sí misma no pone fin a estas disputas. No obstante, en general algunos derechos se han hecho legalmente aplicables, quizás en reconocimiento del impacto del derecho internacional bajo el ICESCR. Las relaciones laborales y sus derechos relacionados (a huelga, a formar sindicatos y asociaciones, a no ser sometido a trabajo forzoso, a la protección frente al daño relacionado con el trabajo, etc.) son generalmente exigibles.

Aplicación jurídica

La consecuencia directa de permitir la aplicación legal es que los jueces pueden verse obligados a lidiar con la implementación de los derechos económicos y sociales cuando surjan disputas al respecto entre las partes litigantes. Para facilitar esta labor, los responsables de la elaboración constitucional han tendido a recurrir a:

- enumerar claramente los derechos económicos y sociales en el catálogo de derechos, sin distinciones y con la menor cantidad de limitaciones que resulte aceptable políticamente;
- reconocer la competencia de un órgano judicial, como una corte constitucional, para determinar disputas que involucren cualquier disposición de la constitución;
- disponer que las personas no sufran discriminación en el goce de los derechos económicos y sociales; el goce no discriminatorio de los derechos económicos y sociales es realizable de manera inmediata según los términos del ICESCR;
- autorizar y ordenar directamente al poder legislativo la elaboración de leyes para dar aplicabilidad a las disposiciones relacionadas a los derechos económicos y sociales; en unos pocos casos se han establecido plazos para la creación de dichas leyes;
- articular principios y criterios para guiar la legislación relativa a los derechos económicos y sociales, de modo que se facilite el escrutinio judicial de la misma;
- reforzar expresamente a los grupos cívicos para que tengan la capacidad procesal de iniciar y litigar causas ante los tribunales, y
- expresar la conexión con el derecho internacional para expandir el derecho nacional.

Implicaciones de la juridificación

Según el derecho internacional, la obligación jurídica de implementar los derechos económicos, sociales y culturales está ligada a los estándares mínimos de “contenido básico”. Un objetivo clave es lograr la estandarización global de las formas en que distintos Estados con distintos sistemas jurídicos abordan estos derechos. El contenido básico es el punto de partida para el futuro cumplimiento progresivo de los derechos. Aunque el ICESCR permite el “cumplimiento progresivo” de los derechos contenidos en la Convención, hay dos obligaciones que se aplican de manera completa e inmediata a todos los derechos económicos, sociales y culturales, independientemente de la disponibilidad de recursos: la obligación de garantizar la no discriminación y la obligación de “adoptar medidas” para lograr el pleno cumplimiento de estos derechos.

Para la aplicación también puede ser necesario crear nuevas leyes. Los profesionales pueden abstenerse de usar en la constitución un lenguaje que permita retrasos indefinidos en la promulgación de la legislación pertinente. Se puede violar el ICESCR aunque se dé progresivamente efectividad a los derechos si un Estado no adopta las medidas que están dentro de sus posibilidades actuales. Se ha apuntado a aumentar la estandarización a nivel global aclarando la naturaleza de los deberes del Estado bajo el ICESCR. Los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas y proveer los medios que faciliten el cumplimiento de estos derechos, por ejemplo estableciendo la legislación necesaria, en lo que se denomina *obligación de conducta*. Además, el cumplimiento de estos derechos se concreta en los resultados particulares en casos específicos, incluyendo aquellos que el Comité del ICESCR pueda exigir a los Estados a la hora de hacer seguimiento de sus

informes, en lo que representa una *obligación de resultado*. Cuando se incluye el ICESCR en la constitución, los responsables de la elaboración constitucional pueden considerar útil evaluar la naturaleza de las obligaciones que este va a imponer.

Juridificar la implementación en las constituciones nacionales le permite al poder judicial alinearse con el derecho internacional en desarrollo, o generar sus propias líneas de implementación en aras de dar legitimidad nacional a sus acciones. Esto significa que puede haber más variaciones en la aplicación legal, dado que está sujeta al sistema jurídico vigente y a la tradición de cada Estado.

Sudáfrica ilustra el efecto de la opción de juridificar. La Constitución de 1996 no solo reconoce los derechos económicos, sociales y culturales, sino que además los incluye en un Catálogo de Derechos legalmente exigible, y establece una Corte Constitucional como defensora del Catálogo de Derechos. Desde 1996 la Corte ha emitido órdenes que tratan sobre la implementación de estos derechos en relación con el acceso a la vivienda digna, el acceso a medicación para el VIH y el derecho al agua potable, en un caso en que incluso calibró el alcance del derecho individual en términos de litros por día. En una de sus decisiones tempranas, la Corte se apartó formalmente de la regla del “contenido básico mínimo” y adoptó un nuevo estándar judicial de “razonabilidad”. Esto significa que cuando se decida sobre la conducta del gobierno en relación con alguno de estos derechos, la Corte considerará si dicha conducta es razonable a la luz de las circunstancias que rodean el caso. La razonabilidad es un enfoque judicial común en los países de tradición jurídica anglosajona (*common law*), que también defienden la postura de que los derechos no tienen un “contenido mínimo” como tales. La Constitución de Sudáfrica fue certificada por la misma Corte Constitucional como parte del proceso de negociación, antes de su promulgación. En ese momento, la Corte tuvo una buena oportunidad para opinar sobre la aplicabilidad de los derechos económicos y sociales, lo cual explica en parte su aplicabilidad legal en ese contexto. Desde su perspectiva, expresada durante el proceso de certificación, los derechos solamente se expanden cuando la ciudadanía los reclama y su contenido evoluciona por medio de la interpretación legal. La Corte mencionó el derecho a la libertad de expresión como un ejemplo de un derecho que ha crecido por medio de la interpretación judicial. También mencionó que, al menos en Sudáfrica, los juzgados que tratan temas de derechos siguen la regla cardinal de no decidir más que lo absolutamente necesario en un caso particular en el que las partes están en disputa. Así, la clave de lo que podrán hacer los jueces por medio de la aplicación legal puede entenderse a la luz de la necesidad de dar legitimidad nacional a sus roles como tales, en vez de basarse en un régimen internacional que indica cómo se deben implementar legalmente los derechos.

En India, la juridificación de la cultura de los derechos humanos, impulsada por el rol específico de los litigios de interés público, también ha permitido que la Corte Suprema desarrolle un enfoque indio para la aplicación. La Constitución de India de 1949, que es previa al ICESCR, no incluyó los derechos económicos, sociales y culturales. En vez de eso, la Asamblea Constituyente abrió la puerta para influir en los decisores políticos mediante directrices políticas de tipo normativo estipuladas para facilitar una transformación socialista de la nueva nación. Sin embargo, la Corte Suprema decidió que estos derechos

representan las necesidades básicas de cualquier persona y como tales deben constituir parte integral del derecho a la vida, que es legalmente aplicable. La asunción de semejante papel por parte de la Corte Suprema no ha estado libre de controversia; de hecho, no son nuevos los conflictos institucionales entre la Corte Suprema y el poder legislativo en India respecto de la implementación de los derechos humanos. Un conflicto que surgió entre la Corte Suprema y el poder legislativo ocurrió después de que la Corte adoptara un enfoque legalista para invalidar una ley de propiedad redistributiva. Luego de un prolongado debate, la Asamblea Constituyente de India había reconocido los derechos de propiedad en secciones que trataban sobre “principios rectores”, en vez de hacerlo como parte de un catálogo de derechos exigible. El poder legislativo se opuso de manera tajante al fallo de la corte en el caso *Sankari Prasad Singh vs. Unión de la India*, declarando que la Constitución de India no protege la propiedad privada como tal, sino que promueve medidas que permiten que la mayoría de los indios carentes de capital tengan acceso igualitario a la propiedad. Para proteger la reforma agraria de la acción de la Corte, el poder legislativo aprobó la Enmienda al Anexo Noveno (*Ninth Schedule Amendment*) (1951), que limitó la jurisdicción de los tribunales en esta y otras áreas.

Los tribunales no siempre están en posición de tratar todos los temas que surjan de la ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales. Los responsables de la elaboración constitucional también pueden depender de los actores políticos para abordar estos derechos, pero de igual manera necesitarán de procedimientos para implementarlos.

Junto con la juridificación, los responsables de la elaboración constitucional deben considerar el efecto de las limitaciones constitucionales permisibles en relación con estos derechos. Las limitaciones de los derechos constitucionales pueden estar justificadas. Así, es común que las constituciones incluyan una cláusula que establezca qué estándares deben aplicarse a la hora de determinar el alcance de dichas limitaciones. Algunos de estos estándares se enfocan en derechos específicos o en el propósito de la limitación.

Una preocupación es que la juridificación de los derechos económicos, sociales y culturales acabe sobrecargando al poder judicial a través de la proliferación de litigios. En Sudáfrica, donde los derechos tienen aplicabilidad legal, la carga de trabajo de los tribunales — contando las decisiones de la Corte Constitucional de 1996— revela que una mayor proporción de casos aún se refiere a los derechos civiles y políticos, particularmente a los derechos relacionados con el proceso penal. Sin embargo, los responsables de la elaboración constitucional deben saber que la juridificación no siempre implica que los tribunales estarán en posición de lidiar con los asuntos que surjan. Por lo tanto, es posible que deban también depender de los actores políticos para abordar los derechos económicos y sociales.

Opciones políticas

Muchas de las cuestiones que emergen a partir de la lucha por los derechos económicos, sociales y culturales se extienden más allá del marco constitucional. En particular, no se puede ignorar el papel y el impacto del desarrollo económico y la globalización desde

1990. Por un lado, algunos de los recursos internacionales con que podían contar los Estados afectados por conflictos para reforzar los derechos económicos y sociales han disminuido significativamente. Por otro, el contexto ideológico dominante está empujando a los Estados a adoptar opciones de libre mercado en que el sector privado, y no el Estado, asume la responsabilidad principal en cuanto a la prestación de muchos de los servicios previstos por estos derechos. Si la realidad es que existe una desregulación estatal de la industria, se han privatizado los recursos del Estado, se dan incentivos tributarios a los inversores, los presupuestos de gasto son conservadores y el mercado de trabajo es flexible, entonces ¿qué alcance darán los responsables de la elaboración constitucional a los derechos económicos y sociales? ¿Cuánto espacio público habrá para apoyar la plena participación de todos los segmentos de la sociedad en la vida económica del Estado, incluyendo la elección de la política económica, cuando la soberanía del Estado sobre la economía es compartida con entidades tecnocráticas, supranacionales? Este tipo de preguntas son críticas. No tienen por qué conducir a medidas constitucionales simbólicas, pero sí pueden ser un motivo para asignar la responsabilidad de implementar estos derechos a los actores políticos y dar más espacio a la política para negociar.

La opción de tratar los derechos económicos y sociales como parte de la base política de la constitución, en vez de como una base jurídica, aún requiere procedimientos para su implementación. Los responsables de la elaboración constitucional han considerado varias opciones, cuya característica común o subyacente es que dependen de procedimientos de ejecución no judiciales. Algunas de estas alternativas son las siguientes:

- Incluir los derechos económicos y sociales en la constitución, e incluso en una carta o declaración de derechos, sujetándolos a limitaciones expresas en lo que se refiere a su aplicación judicial.
- Incluir los derechos como “principios rectores de la política de Estado” orientados a los actores políticos y creadores de políticas.
- Reforzar los derechos económicos y sociales mediante otros derechos aplicables. Dado que el disfrute de estos derechos depende de las políticas públicas, como también del uso del dinero recaudado mediante impuestos, los profesionales pueden intervenir para permitir que la ciudadanía examine las políticas de gobierno y sus gastos, junto con sus implicaciones para los derechos económicos y sociales. Esto puede hacerse por medio de una obligación constitucional de reconocer el derecho de acceso a la información oficial y autorizando al poder legislativo a darle efecto operativo.
- Otra forma de implementación implica establecer una institución que asista a los ciudadanos comunes para conseguir ayuda. Idealmente, tal institución es independiente de quienes crean las políticas ejecutivas y de los legisladores que determinan los presupuestos. Su rasgo distintivo es su carácter no judicial. El defensor del pueblo (*Ombudsman*) sería un caso de este tipo. En varios países estas personas pueden investigar violaciones a los derechos económicos y sociales y hacer recomendaciones en favor de reformas legales y administrativas.

Este tipo de opciones permite esclarecer quién es responsable por la no implementación de estos derechos, lo cual es crucial. El lenguaje de los principios rectores puede establecer de manera evidente quién es la persona responsable; así, si la promulgación de leyes es un requisito expreso, tal información puede usarse para presionar a los parlamentos y llevar un registro del historial de voto de los parlamentarios. En América Latina, los grupos cívicos que presionan para lograr una “ciudadanía económica” en beneficio de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables han usado ciertas disposiciones incluidas en los principios rectores para reclamar una evaluación de impacto de los derechos humanos en proyectos de desarrollo oficiales. Para los impulsores del cambio en distintos grupos étnicos, los derechos económicos y sociales pueden proporcionar una medida tangible para examinar los reclamos por discriminación, separando así la percepción de discriminación de las verdaderas prácticas discriminatorias.

Una cultura de derechos humanos estable y flexible puede requerir que los tribunales y las asambleas legislativas encuentren un equilibrio entre las garantías políticas y legales. Los responsables de la elaboración constitucional también pueden vincular los objetivos de desarrollo a los derechos económicos y sociales y crear un consejo económico para aconsejar al poder ejecutivo o a todas las autoridades públicas sobre políticas económicas, incluyendo la implementación de derechos.

La constitución quizás no resuelva de manera definitiva el problema de los derechos económicos, sociales y culturales, pero puede determinar los principios para guiar a quienes toman decisiones. Si son profundamente disputados en cuanto a su significado y efecto, consagrar estos derechos en una constitución puede ser contraproducente.

Puede ocurrir que la constitución no resuelva el problema de manera definitiva, pero sí puede establecer principios para guiar a quienes toman las decisiones. Si los derechos económicos y sociales son objeto de importantes disputas en cuanto a su significado y efecto, consagrarlos en una constitución puede resultar contraproducente. Ese conflicto perdurará, a menos que las condiciones económicas y materiales mejoren para los más pobres, un resultado que quizás vaya más allá del alcance de la constitución. La consagración de los derechos también puede ampliar el conflicto institucional entre el poder ejecutivo y el judicial, o entre tribunales y parlamentos. No hay una sola ruta para la realización completa de los derechos económicos y sociales, y se han visto éxitos y fracasos en distintos sistemas constitucionales.

9. Conclusiones

La relación entre la cultura de derechos humanos y la elaboración constitucional es compleja dada la posición central que ocupan las exigencias y las disputas sobre derechos respecto de las divisiones sociales y los conflictos. Los derechos humanos juegan un papel central en la resolución de conflictos entre distintos grupos, aunque su inclusión en la constitución de un Estado afectado por un conflicto no está exenta de tensiones. A lo largo del tiempo, el alcance y la importancia de los derechos humanos ha crecido. No solo limitan los poderes de gobierno respecto de los individuos en una sociedad

libre, sino que las personas y los grupos marginalizados también los reclaman como vehículos para la participación continuada en la gobernanza política y económica. En Estados socialmente diversos, profundamente divididos y afectados por conflictos, la constitución pasa a ser disputada como marco regulador de la forma en que las personas y los grupos van a llevar sus vidas. Su propósito se extiende más allá del alcance estrecho de la constitución en cuanto ley. Dado que las constituciones no pueden garantizar su propia protección, sino que requieren una voluntad política e instituciones dinámicas que sean capaces de actuar, los responsables de la elaboración constitucional deben ir más allá de la inclusión de los derechos en un catálogo de derechos. Una posibilidad es prestar mayor atención a definir medidas constitucionales adecuadas que sirvan de

Los derechos humanos juegan un papel central en la resolución de conflictos entre distintos grupos, aunque su inclusión en la constitución de un Estado afectado por un conflicto no está exenta de tensiones. En Estados socialmente diversos, profundamente divididos y afectados por conflictos, la constitución pasa a ser disputada como marco regulador de la forma en que las personas y los grupos van a llevar sus vidas.

soporte a los derechos dentro del sistema de poder existente, en vez de al margen del mismo. Quienes elaboran las constituciones también deben considerar la forma en que los distintos diseños institucionales asignan el poder político, y cómo las distintas visiones de la constitución contribuyen a formar una cultura de derechos humanos. De esa manera, los derechos pueden ser parte integral de la base moral para los fundamentos legales y políticos del sistema constitucional, en vez de ir en paralelo.

Es cierto que los conflictos y la división pueden agravar los problemas que conlleva el

desarrollo de una cultura de derechos humanos mediante una constitución que perdure en el tiempo. La experiencia del autoritarismo, las fracturas étnicas, la violencia, posibles extensos períodos de gobierno bajo estados de emergencia en que la suspensión de los derechos fue prolongada, una cultura de control judicial débil y la falta de conocimiento legal entre las personas comunes, la ausencia de grupos de presión fuertes si no son reconocidos o fomentados, el problema de que múltiples organizaciones se interesen en los derechos solamente en la medida en que afectan a aquellos cuyos intereses representan, etc., son factores indicativos de las dificultades que enfrentan muchos países que están lidiando con la elaboración de constituciones. Los constituyentes deben encontrar un equilibrio, y reconocer las limitaciones de las constituciones y los fundamentos de los derechos humanos, pero también deben ver las posibilidades para abrir espacios que antes no existían y permitir la movilización de grupos en relación con asuntos públicos, lo que antes no era posible.

Tabla 3.1. Temas destacados en este capítulo

Temas	Preguntas
<p>1. Definir la cultura de los derechos humanos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Por qué deben incluirse los derechos humanos en una constitución? • ¿Cuáles derechos serán incluidos en la constitución? • ¿Cómo inciden la experiencia de conflicto y el contexto en la determinación de cuáles derechos serán incluidos o excluidos de la constitución? • ¿Cómo contribuye el hecho de pensar en términos de cultura de derechos humanos, en vez de enfocarse solamente en las opciones constitucionales de derechos humanos, a que los responsables de la elaboración constitucional aborden los derechos de manera holística o exhaustiva?
<p>2. Procesos de elaboración constitucional y cultura de los derechos humanos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué relación tiene el proceso de elaboración constitucional con el contenido final en cuanto a derechos humanos? • ¿De qué manera sirven la naturaleza o el fundamento de una constitución y el sistema político que establece para proporcionar el marco textual con que se definirá el alcance de los derechos humanos?
<p>3. Cultura de los derechos humanos en un contexto de conflicto</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo deben los responsables de la elaboración constitucional abordar una cultura pasada de graves violaciones de derechos humanos para crear una nueva cultura constitucional de derechos humanos? • ¿De qué modo contribuye el sistema de asignación de poder en respuesta al conflicto social a moldear la cultura constitucional de los derechos humanos? • Para implementar derechos humanos, ¿importa si una constitución eleva el diálogo político o (alternativamente) trata los enfoques legales o judiciales como procesos preferentes para la resolución de graves disputas sociales? • ¿Cómo afectan los conflictos entre la ley nacional y el derecho internacional de los derechos humanos a la cultura de derechos humanos?
<p>4. Decidir sobre las opciones de derechos humanos en la constitución</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué criterios suelen considerar los responsables de la elaboración constitucional antes de decidir qué opciones relacionadas a los derechos humanos van a incorporar en la constitución? • ¿Qué implicaciones tienen las distinciones entre individuos, grupos y pueblos para el lenguaje de derechos humanos usado en la constitución?
<p>5. Aplicación de los derechos humanos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Por qué es de importancia crítica que los responsables de la elaboración constitucional piensen cuidadosamente en la aplicación de los derechos al momento de definir las opciones de derechos humanos en la constitución? • ¿Qué problemas suelen surgir con respecto a la aplicación?

Temas	Preguntas
6. Derechos humanos como factor de tensión social	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Se corre el riesgo de que las garantías constitucionales relativas a los derechos humanos aumenten los conflictos en las sociedades en vez de mitigarlos? • ¿Qué clase de tensiones surgen durante la discusión de los derechos humanos en la elaboración constitucional? • ¿Qué temas suelen atraer mayores tensiones durante la elaboración constitucional en contextos diversos? • ¿Qué riesgos acompañan a la implementación de la constitución cuando se trata de garantías de derechos altamente disputados, y cómo se pueden minimizar?
7. Consenso sobre la cultura de los derechos humanos frente a la división respecto de derechos específicos	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Hay derechos que son más proclives a causar división que otros? • ¿Qué tensiones surgen al garantizarse los derechos de las minorías y cómo pueden los responsables de la elaboración constitucional aumentar el consenso sobre estos derechos? • ¿Qué tensiones causan las garantías sobre los derechos de las mujeres y cómo se puede aumentar el consenso sobre estos derechos? • ¿Qué tensiones causan las garantías sobre los derechos económicos, sociales y culturales y cómo se puede aumentar el consenso sobre estos derechos?
8. Conclusión	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando se trata de usar el proceso de elaboración constitucional para crear una cultura de derechos humanos, ¿qué deben tener en cuenta los responsables de dicha elaboración?

Notas

- ¹ M. Glenny, *The Balkans 1804-1999: Nationalism, War and the Great Powers* [Los Balcanes 1804-1999: El nacionalismo, la guerra y los grandes poderes] (Londres: Granta, 2000), págs. 32-38.
- ² IDEA International, *Electoral System Design: The New International IDEA Handbook* [Diseño del sistema electoral: El nuevo manual de IDEA Internacional] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2005).

Términos clave

Derechos humanos, derechos fundamentales, libertades civiles, estándares internacionales, cultura de derechos humanos, derechos civiles, derechos políticos, derechos culturales, derechos económicos, derechos sociales, derechos económicos y sociales, ciudadanía, acción afirmativa, discriminación positiva, derechos de las mujeres, derechos religiosos, derechos de las minorías, estado de emergencia, Defensoría del Pueblo, Comisión de Derechos Humanos, grupos vulnerables, comunidad marginada, violaciones graves, amnistía, inmunidad, justicia transicional.

Recursos adicionales

- **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**

<<http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>>

El Alto Comisionado es el principal oficial de derechos humanos de las Naciones Unidas y dirige los esfuerzos de la misma relativos a los derechos humanos mediante la investigación, educación y difusión de información pública. El sitio web ofrece programas para la implementación de los derechos humanos y recursos sobre derechos humanos, así como materiales de capacitación y un foro sobre los desafíos actuales.

- **Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**

<<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>>

El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental del sistema de las Naciones Unidas y está compuesto por 47 Estados responsables de fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en todo el mundo. El Consejo fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006 con el objetivo principal de abordar situaciones de violaciones de derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto.

- **Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Gobierno Democrático enfocado en los Derechos Humanos**

<http://www.undp.org/governance/focus_human_rights.shtml>

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) apoya el desarrollo de los derechos humanos mediante la capacitación de los sistemas e instituciones de derechos humanos, la colaboración con organizaciones internacionales y la promoción de las judicaturas nacionales.

El sitio web del PNUD proporciona recursos y tiene un programa de apoyo para profesionales de los derechos humanos.

- **Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**

<<http://www.achpr.org/>>

La Comisión fue establecida bajo la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos para asegurar el cumplimiento de la Carta por parte de los Estados miembros.

- **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

<http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/rights_values/index_en.htm>

Todos los Estados miembros de la Unión Europea están sujetos a la Carta de los Derechos Fundamentales, en vigor desde 2007. Los valores fundamentales de la UE se establecen en el Tratado de Lisboa e incluyen la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos.

- **Índice de derechos humanos para los países árabes**

<<http://www.arabhumanrights.org/en/>>

El índice de derechos humanos para los países árabes, patrocinado por el Programa del PNUD sobre la Gobernanza en la Región Árabe (PNUD-POGAR), es un repositorio del conjunto de documentos de las Naciones Unidas relacionados con los derechos

humanos y las respuestas, incluidas las reservas, de los Estados miembros árabes a los comités que supervisan los principales tratados internacionales de derechos humanos.

- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

<http://www.cidh.oas.org/what.htm>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es uno de los órganos del sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos bajo la órbita de la Organización de los Estados Americanos (<http://www.oas.org>). La Comisión tiene sus oficinas en Washington, D. C. El otro órgano sobre derechos humanos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

- **Unión Interparlamentaria**

<http://www.ipu.org/english/whatipu.htm>

La Unión Interparlamentaria (UIP) es el punto de foco para el diálogo parlamentario global, y trabaja para la paz y cooperación entre los pueblos y para el establecimiento de la democracia representativa. La UIP desarrolla trabajos temáticos sobre derechos humanos.

- **Instituto Mundial de Información Legal**

<http://www.worldlii.org/>

El Instituto Mundial de Información Legal mantiene un nutrido catálogo de legislación y decisiones judiciales significativas de distintos países. El catálogo permite buscar por país y por materia.

- **Red de Información Legal Gubernamental**

<http://www.glin.gov/search.action>

La Biblioteca de Derecho del Congreso de los EE. UU. mantiene esta red en línea que tiene información sobre la legislación de muchos países del mundo y permite buscar por tema.

- **Red Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

<http://www.escr-net.org/>

LA RIDESC aboga por un enlace entre los derechos humanos y la justicia económica y social con el objeto de reducir la pobreza y la desigualdad mediante la provisión de recursos para que los actores nacionales busquen en el mundo nuevas disciplinas y enfoques para abordar estos problemas. Esta organización no gubernamental sin fines de lucro ofrece en su sitio web una red interactiva de expertos y profesionales que trabajan para apoyar el desarrollo de los derechos humanos económicos, sociales y culturales alrededor del mundo.

- **Consejo de Europa**

<http://www.coe.int>

El Consejo de Europa busca desarrollar principios comunes y democráticos en toda Europa sobre la base de la Convención Europea de Derechos Humanos y otros textos de referencia sobre la protección de las personas. El sitio web tiene recursos, publicaciones y materiales de capacitación orientados a fortalecer la aplicación de los derechos humanos.

- **HUODOC: Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos**
<<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUODOC/HUODOC+database>>
HUODOC es una base de datos de casos y decisiones tomadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.
- **Centro de Recursos Legales Asiáticos**
<<http://www.alrc.net/>>
La ONG Centro de Recursos Legales Asiáticos (ALRC) promueve los derechos culturales, económicos y sociales, y trabaja de cerca con actores nacionales e internacionales, enfatizando la autonomía nacional. El sitio web proporciona recursos y capacitación para que los profesionales del derecho fortalezcan la aplicación de los derechos humanos y el Estado de derecho.
- **Centro Internacional para la Justicia Transicional**
<<http://www.ictj.org>>
El Centro Internacional para la Justicia Transicional (CIJT) es una ONG que ayuda a las sociedades a abordar las violaciones de derechos humanos generando confianza en las instituciones nacionales como guardianas de los derechos humanos. El sitio asesora a los Estados y a los encargados de la elaboración de políticas sobre temas de justicia transicional y derechos humanos, y ofrece una biblioteca de publicaciones sobre investigación en estos mismos temas.
- **Unidos por los Derechos Humanos**
<<http://www.humanrights.com/home.html>>
Unidos por los Derechos Humanos (UDH) trabaja en el nivel internacional, nacional y local para implementar la Declaración Universal de Derechos Humanos, proporcionando recursos educacionales e información sobre la historia, la terminología, y los esfuerzos relacionados con los derechos humanos, junto con una base de datos de organizaciones dedicadas a temas de derechos humanos.

Bibliografía

- Abdullah, F., “Affirmative Action Policy in Malaysia: To Restructure Society, to Eradicate Poverty” [Política de acción afirmativa en Malasia: reestructurar la sociedad, erradicar la pobreza] (1997), <http://www.ices.lk/publications/esr/articles_jul97/Esr-Abdullah.PDF>.
- Andolina, R., “The Sovereign and Its Shadow: Constituent Assembly and Indigenous Movement in Ecuador” [El soberano y su sombra: la asamblea constituyente y el movimiento indígena en Ecuador], *Journal of Latin American Studies*, 35 (2003), págs. 721-750 (discute la legitimación del proceso constitucional de 1997-1998 entre los pueblos indígenas).
- Austin, Granville, *Working a Democratic Constitution* [Trabajar en una constitución democrática] (Oxford y Nueva Delhi: Oxford University Press, 1999), págs. 99-122 (sobre el conflicto respecto de los derechos fundamentales entre el parlamento y el poder judicial en India).

- Bajpai, R., “Constituent Assembly Debates and Minority Rights” [Debates en la Asamblea Constituyente y derechos de las minorías], *Economic and Political Weekly*, 35 (2000), págs. 1836-1845 (sobre la formulación de medidas especiales para castas históricamente perjudicadas en India).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms [Carta Canadiense de Derechos y Libertades], <http://www.charterofrights.ca/en/26_00_01>.
- Carter Center, “Final Report on Ecuador’s September 30, 2007, Constituent Assembly Elections” [Informe Final sobre la Asamblea Constituyente de Ecuador, 30 de septiembre de 2007] (2007), pág. 2, <<http://aceproject.org/regions-en/countries-and-territories/EC/reports/ecuadors-constituent-assembly-elections-2007-final>>.
- Dower, J. W., *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II* [Aceptar la derrota: Japón después de la Segunda Guerra Mundial] (Nueva York: Norton, 2000), págs. 364-373 (ilustra el impacto del proceso de redacción en el contenido de un Catálogo de Derechos).
- Glenny, M., *The Balkans 1804-1999: Nationalism, War and the Great Powers* [Los Balcanes 1804-1999: nacionalismo, guerra y grandes poderes] (Londres: Granta, 2000), págs. 32-38.
- Hart, H. L. A., “The Concept of Law” [El concepto de ley], *Clarendon Law Series* (Oxford: Oxford University Press, 1961), págs. 195-207 (sobre el derecho natural, la validez legal y la moral).
- Hart, V., *Democratic Constitution Making* [Elaboración constitucional democrática], Special Report 107 (Washington, D. C.: Instituto de Estados Unidos para la Paz, 2003), págs. 4-11, <<http://www.usip.org>> (sobre un enfoque constituyente basado en derechos).
- Hunt, L., *Inventing Human Rights: A History* [Inventar derechos humanos: una historia] (Nueva York: Norton, 1997), págs. 26-34 (sobre cómo los derechos humanos pasaron a ser “autoevidentes”).
- Kennedy, D., *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism* [El lado oscuro de la virtud: reevaluando el humanitarismo internacional] (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2004), págs. 3-35 (sobre las narrativas de los derechos humanos como parte del problema).
- Mahmoudi, S., “The Sharia in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?” [La Sharia en la Nueva Constitución afgana: ¿contradicción o complemento?], *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 64 (2004), págs. 867-880.
- McWhinney, E., *Constitution-making: Principles, Process, Practice* [Elaboración de constituciones: principios, proceso, práctica] (Toronto: University of Toronto Press, 1981), págs. 67-125 (sobre diseños para instituciones y procesos constitucionales).

Steiner, J. y P. Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, [Derechos humanos internacionales en contexto: ley, política y moral] 2.^a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), págs. 243-319 (sobre derechos económicos y sociales) y págs. 324-402 (sobre derechos y relativismo cultural).

Tully, J., *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* [Extraña multiplicidad: constitucionalismo en la era de la diversidad] (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), págs. 183-212 (descripción general de argumentos a favor o en contra del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural).

Constituciones

(Acceso a las versiones en inglés en <<http://confinder.richmond.edu>>)

Constitución de Brasil, 1988

Constitución de Colombia, 1991

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999

Constitución de Ecuador, 2008

Constitución de Bolivia, 2009

Constitución de la India, 1949

Constitución de Malasia, 1957

Constitución de Timor Oriental, 2002

Constitución de Afganistán, 2004

Constitución Interina de Nepal, 2007

Constitución de Irak, 2005, artículos 20, 30, 37

Constitución de Hungría, 1949, con enmiendas hasta 1989

Ley Fundamental de Alemania, 1949

Constitución de Grecia, 1975

Constitución de España, 1978

Constitución de Egipto, 1971

Constitución de Etiopía, 1994

Constitución de Sudáfrica, 1996

Constitución de Nigeria, 1996

Constitución de Rwanda, 2003

Constitución de Suazilandia, 2005

Constitución de Kenia, 2010

CAPÍTULO 4

CAPÍTULO 4

Diseño del poder ejecutivo

Markus Böckenförde

1. Introducción

El poder ejecutivo es uno de los tres poderes del Estado y, junto a los otros dos, constituye un aspecto central en el diseño institucional de una constitución. La asignación de poderes y la relación entre el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial son elementos clave de esta estructura. Más allá de la distinción general y amplia de que el poder legislativo crea las leyes y aprueba el presupuesto, el poder ejecutivo implementa las leyes y el poder judicial juzga sobre la base de las mismas, se deben abordar y contestar muchas preguntas a fin de determinar el equilibrio adecuado entre los tres. El alcance de la división entre estos poderes y los distintos grados de los controles y contrapesos recíprocos son una fuente de constante debate en el proceso de redacción de una nueva constitución o en el de reforma de una existente. Así, el diseño de la rama ejecutiva no puede discutirse aisladamente, sino que es necesario comprender la estructura de gobierno en cuyo interior opera.

Antes de abordar en detalle las opciones de diseño para el poder ejecutivo, una breve descripción de la interrelación entre los tres poderes puede resultar útil. En particular, el equilibrio institucional entre los poderes ejecutivo y legislativo ofrece una variedad de opciones de organización y diseño. Quienes estudian y debaten constituciones suelen clasificar el amplio espectro de sistemas en tres categorías: sistema presidencial, sistema parlamentario y, entre ellos (con características de ambos), los sistemas mixtos. Las diferencia fundamental entre el sistema presidencial y el parlamentario es que en el primero tanto el poder legislativo como el Jefe de Gobierno son elegidos directamente por un período fijo, mientras que en el sistema parlamentario solamente el parlamento es elegido de manera directa, mientras que al Jefe de Gobierno lo elige o nombra el parlamento, y requiere

La asignación de poderes y la interrelación entre los poderes del Estado: el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, son elementos clave del diseño institucional de una constitución. Cada constitución diseña su propio equilibrio específico entre los tres, según su contexto.

de su constante confianza. Es posible realizar otras distinciones entre los sistemas, pero existen opiniones divergentes respecto de si estas simplemente refuerzan la clasificación de un sistema como presidencial, parlamentario o semipresidencial.

2. Impacto de los sistemas de gobierno

Un tema central en la elaboración y el diseño constitucionales de carácter democrático es la articulación de la estructura del Estado.

Generalmente, las constituciones no declaran de manera expresa si han adoptado un sistema presidencial, parlamentario o mixto. En vez de ello, cada constitución diseña su propio equilibrio específico entre los dos poderes del Estado según su contexto, y luego los politólogos lo categorizan de acuerdo con un modelo de diseño específico. Dado que los académicos se basan en distintos parámetros para definir esos modelos, varios países han sido categorizados de manera distinta por distintos autores. Debido a esta ambigüedad es muy difícil, por no decir imposible, argumentar las potenciales fortalezas y debilidades de un sistema de manera fidedigna¹. Reconociendo esta reserva, en los siguientes párrafos se introducen los sistemas y se da una descripción general de cada uno. Las características comúnmente reconocidas y generalmente aceptadas como parámetros

para describir sistemas de gobierno específicos están en letra negrita en los recuadros 4.1 a 4.3. Se han agregado también criterios que algunos observadores suelen citar pese a que algunos otros los desestimen por irrelevantes, aunque en cualquier caso no se consideran elementos esenciales de su respectivo sistema de gobierno.

La búsqueda de una constitución estable y democrática, que establezca la paz y un gobierno efectivo, suele ir acompañada de una evaluación de los méritos y las consecuencias relativos de los distintos sistemas de gobierno.

2.1. Sistema presidencial

Recuadro 4.1. Características del sistema de gobierno presidencial

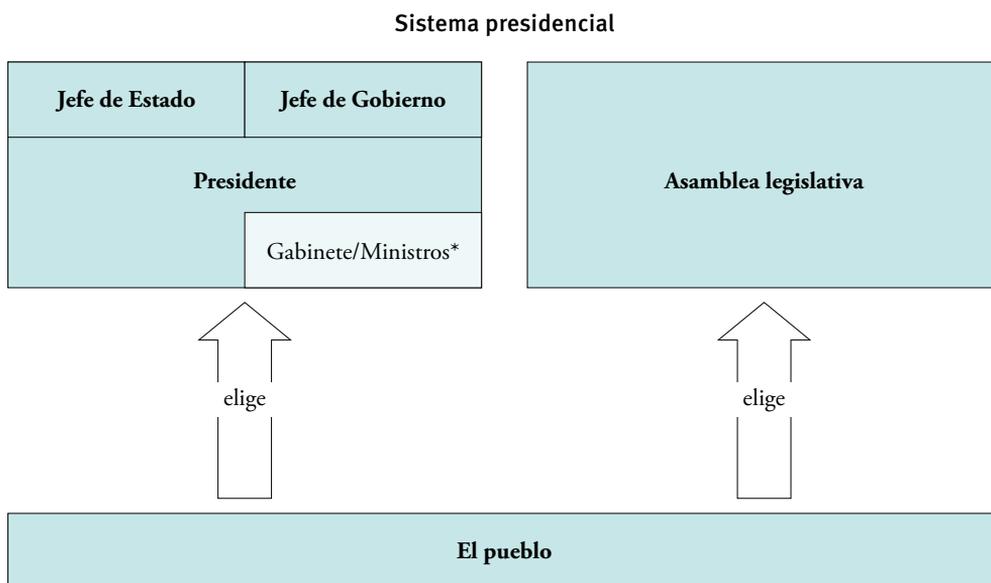
La característica principal del sistema presidencial es que el poder ejecutivo y el legislativo son agentes del electorado independientes el uno del otro. Por ende, su origen y subsistencia son también independientes, lo cual hace posible que se llegue a puntos muertos entre los dos, sin que exista una herramienta constitucional que solucione el problema.

- El Presidente es el Jefe de Gobierno y de Estado.
- El Presidente se elige por voto popular (o por una institución intermediaria que lleva a cabo la preferencia popular).
- El período del mandato del Presidente es fijo (no hay disposición que establezca un voto de censura). Él no es políticamente responsable ante

el legislativo, ni depende del apoyo de su partido para mantenerse en su cargo.

- Generalmente, el gabinete deriva su autoridad exclusivamente del Presidente.
- Frecuentemente, el Presidente tiene cierto impacto político en el proceso de elaboración de leyes.

Figura 4.1. Sistema de gobierno presidencial



*A los ministros generalmente los nombra y destituye el Presidente.

Fuente: Adaptado de K. Diehl et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: estructuras y principios de una constitución] 2.^a edición (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009).

2.2. Sistema parlamentario

Recuadro 4.2. Características del sistema de gobierno parlamentario

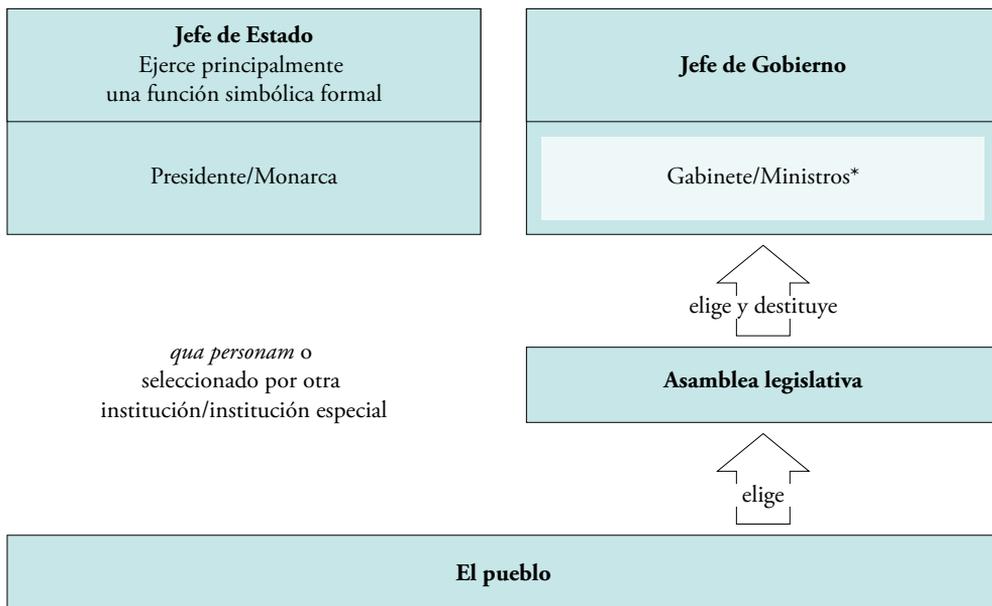
El criterio clave es la fusión de poderes: el ejecutivo queda jerárquicamente subordinado al poder legislativo, de modo que su origen y subsistencia dependen de la asamblea legislativa.

- El Jefe de Gobierno es elegido por el legislativo.

- El Jefe de Gobierno es responsable frente al parlamento (mediante el voto de censura) y depende del apoyo de su partido.
- Generalmente, el jefe de Estado (a menudo un monarca o presidente simbólico) no es la misma persona que el Jefe de Gobierno.

Figura 4.2. Sistema de gobierno parlamentario

Sistema parlamentario



* A los ministros los nombra y destituye el Jefe de Gobierno, a veces sujeto a la aprobación legislativa.

Fuente: Adaptado de K. Diehl et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: estructuras y principios de una constitución] 2.ª edición (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009).

2.3. Sistema mixto (generalmente llamado sistema semipresidencial)

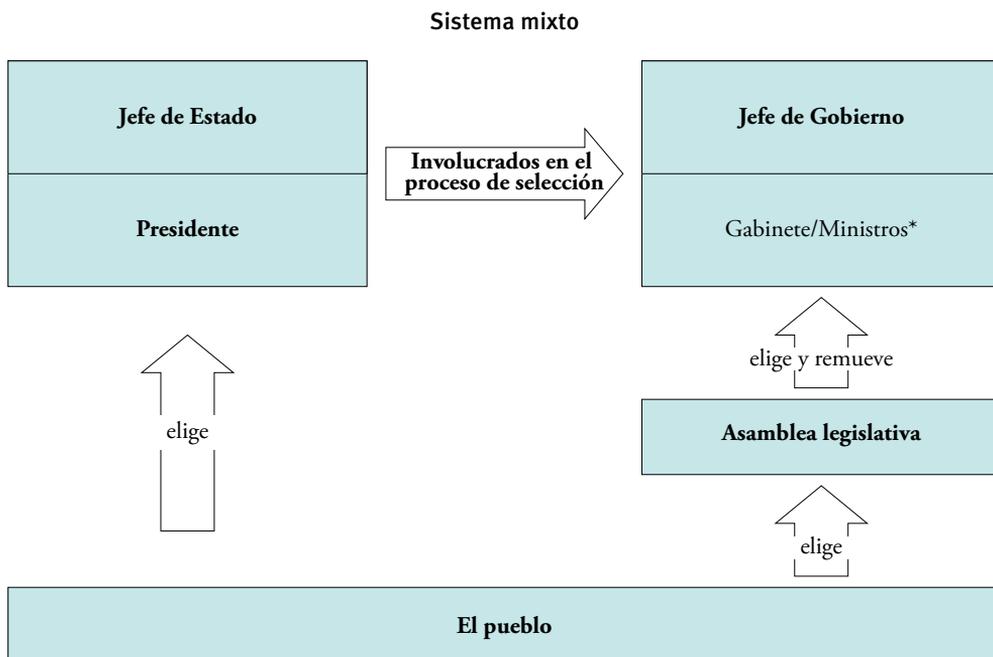
Recuadro 4.3. Características de un sistema de gobierno mixto

La característica clave de un sistema mixto es un ejecutivo dual. Combina una relación transaccional entre el poder ejecutivo y el legislativo con una de carácter jerárquico.

- El Presidente, quien se desempeña como jefe de Estado, se elige por voto popular.

- Ni el Presidente ni la asamblea legislativa tienen control completo en la selección o el nombramiento y la destitución del Primer Ministro.
- El Primer Ministro en cuanto Jefe de Gobierno es responsable frente al parlamento (mediante el voto de censura).
- Generalmente, el Presidente posee poderes ejecutivos significativos.

Figura 4.3. Sistema de gobierno mixto



* Los ministros pueden ser parte del proceso de designación o destitución aplicado al Jefe de Gobierno, o pueden ser nombrados o destituidos por el Jefe de Gobierno, estando esta decisión a veces sujeta a la aprobación legislativa.

Fuente: Adaptado de K. Diehl et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: estructuras y principios de una constitución] 2.ª edición (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009).

2.4. Potenciales fortalezas y desafíos de los distintos sistemas de gobierno

Se espera que los responsables de la elaboración constitucional diseñen una constitución que proporcione paz, estabilidad, reconciliación y (a menudo) una transición democrática, además de gobiernos capaces, eficaces y que no abusen de sus poderes. La búsqueda del sistema de gobierno adecuado suele por tanto ir acompañada de la evaluación de los méritos y las consecuencias relativas de cada sistema para lograr esos fines. En efecto, existe una amplia literatura que explora las fortalezas y debilidades de

cada sistema. La tabla 4.1 ilustra las fortalezas que se suelen atribuir a los respectivos sistemas de gobierno y los desafíos asociados a cada uno.

Tabla 4.1. Potenciales fortalezas y desafíos de cada sistema de gobierno

	Fortalezas	Desafíos
Sistema presidencial	<p>Mandato directo. El mandato directo otorga más opciones a la ciudadanía, ya que le permite elegir a un Jefe de Gobierno y a unos representantes legislativos capaces de reflejar sus preferencias específicas de manera más fehaciente; además, proporciona a la ciudadanía mecanismos más directos para exigir que el poder ejecutivo rinda cuentas.</p> <p>Estabilidad. Los mandatos por un período de tiempo fijo otorgan una previsibilidad y estabilidad al proceso de elaboración de políticas públicas mayores de las que es posible alcanzar en la mayoría de los sistemas parlamentarios, en los cuales el desmantelamiento y la reconstrucción constantes o la inestabilidad del gabinete pueden afectar la implementación de los programas de gobierno y desestabilizar al sistema político.</p> <p>Separación de poderes. El poder ejecutivo y el legislativo representan dos estructuras paralelas, lo que permite que se controlen recíprocamente. También otorga más libertad para debatir opciones alternativas de políticas públicas, dado que la oposición al gobierno no pone en peligro la continuidad de aquel ni crea el riesgo de llamar a elecciones.</p>	<p>Tendencia al autoritarismo. Dada la naturaleza de “el ganador se lo lleva todo” de las elecciones presidenciales, rara vez se eligen Presidentes con más de una pequeña mayoría de votantes, pero adquieren la posesión exclusiva del cargo político más prestigioso y poderoso por un período definido. Aun si los márgenes de apoyo mayoritario son estrechos, la sensación de ser el representante de toda la nación puede llevar a que el Presidente sea intolerante respecto de la oposición, induciéndolo a abusar de sus poderes ejecutivos con el fin de asegurar su reelección, o incluso crear la sensación de estar por encima de la ley.</p> <p>Estancamiento político. La legitimidad dual muchas veces resulta en estancamientos políticos si el Presidente no tiene la mayoría necesaria para aprobar su agenda en el parlamento.</p>

	Fortalezas	Desafíos
Sistema parlamentario	<p>Inclusión. Un sistema parlamentario ofrece la posibilidad de crear un gobierno amplio e inclusivo en una sociedad profundamente dividida.</p> <p>Flexibilidad. El Jefe o la Jefa de Gobierno puede ser separado de su cargo en cualquier momento si su programa político ya no refleja la voluntad mayoritaria; también puede convocar nuevas elecciones si carece del apoyo del parlamento.</p> <p>Efectividad. El proceso legislativo puede ser más expedito porque no hay veto político del poder ejecutivo que lo atrase o bloquee.</p>	<p>Inestabilidad. El gobierno podría colapsar por voto mayoritario; los gobiernos de coalición en particular pueden tener dificultades para mantener gabinetes viables.</p> <p>Falta inherente de separación de poderes. El parlamento puede no ser crítico con el gobierno dada su íntima relación; a su vez, existe el riesgo de que el gobierno no pueda introducir políticas y programas más audaces por miedo a ser destituido.</p>
Sistema mixto	<p>Inclusión. Un sistema mixto permite un cierto grado de distribución de poder entre fuerzas opuestas. Un partido puede ocupar la presidencia, otro el cargo de Primer Ministro, y así ambos pueden tener un interés en el sistema institucional. En el mejor de los casos, el sistema mixto puede combinar las fortalezas de los otros dos sistemas.</p>	<p>Puntos de estancamiento. En un sistema mixto existe el potencial de conflicto dentro del ejecutivo entre el Presidente y el Primer Ministro, especialmente durante los períodos de “convivencia” en que el Presidente y el Primer Ministro son de partidos distintos. Durante la convivencia, tanto el Presidente como el Primer Ministro pueden reclamar legítimamente que tienen la autoridad para hablar en representación del pueblo (como en el sistema presidencial). En el peor de los casos, el sistema mixto puede combinar los desafíos de los otros dos sistemas.</p>

Fuente: Compilación del autor.

2.5. Relevancia limitada de los indicadores de fortalezas y desafíos de los distintos sistemas de gobierno

Predecir el efecto de un sistema de gobierno en la vida política de un país es una tarea difícil. La Tabla 4.1, que recopila distintas opiniones de varios autores sobre las fortalezas y debilidades de estos sistemas, debe leerse con cautela por varias razones.

En primer lugar, como se indicó anteriormente, no hay acuerdo general sobre la definición de cada sistema. Actualmente, se aplican comúnmente al menos tres definiciones distintas de sistemas mixtos/semipresidenciales, y cada una categoriza a los países de manera distinta. Algunos países todavía se consideran parlamentarios, o ya se han pasado a percibir como semipresidenciales (Austria, Irlanda), y otros se consideran presidenciales en vez de semipresidenciales (República de Corea o Corea del Sur), según la definición respectiva. Es difícil argumentar de manera certera que los regímenes presidenciales o semipresidenciales son potencialmente problemáticos si no hay un acuerdo sobre la definición de cada concepto.

La gran variedad de sistemas políticos suele clasificarse en tres categorías: sistema presidencial, sistema parlamentario y, en medio, con características de ambos, sistema mixto. No existe un acuerdo general en cuanto a la definición de cada sistema.

llevar a una imagen poco precisa. La explicación de los resultados políticos requiere un mayor enfoque en los detalles de la estructura institucional.

Puede ser engañoso determinar la viabilidad de una constitución y su potencial para constituir un gobierno estable y efectivo enfocándose solo en una variable institucional (el sistema de gobierno).

Segundo, dentro de los sistemas presidenciales hay una gran variedad de tipos de presidencialismo, los cuales incluyen distintos grados de poder presidencial y de responsabilidad. Pensar en términos de una categoría genérica —el sistema presidencial— y generalizar respecto de las consecuencias del presidencialismo puede

Tercero, puede ser engañoso determinar la viabilidad de una constitución y su potencial para un gobierno estable y efectivo sobre la base de una sola variable institucional (el sistema de gobierno). Por ejemplo, los sistemas parlamentarios con partidos políticos disciplinados y circunscripciones uninominales por mayoría relativa

promueven un enfoque de “el ganador se lleva todo”, incluso más que en varios sistemas presidenciales. En efecto, como resultado de los puntos antes mencionados, existe controversia sobre el impacto real del tipo de sistema de gobierno en el comportamiento político. Si bien algunos investigadores argumentan que los sistemas presidenciales tienen más posibilidad de desintegrarse² y ser reemplazados por un sistema autoritario, en comparación con los sistemas parlamentarios, otros plantean el argumento contrario³. Un tercer grupo argumenta que no existe ninguna relación que lleve a esa conclusión⁴.

Cuarto, junto con el contexto específico de cada país, importan también los actores individuales. Rusia, por ejemplo, tiene un poder ejecutivo dual con un Presidente y un Primer Ministro. Si bien algunos Primeros Ministros durante la presidencia de Boris Yéltsin fueron capaces de influir en la dirección de las políticas de gobierno, durante la presidencia de Vladimir Putin se resignaron a ejecutar sus decisiones políticas. A pesar de su estructura formal, los politólogos consideraban que el gobierno de Putin es hiperpresidencialista. Esta definición se alteró una vez más cuando Putin pasó a ser Primer Ministro y Dmitriy Medvedev fue elegido Presidente. Sin enmienda alguna a la Constitución de Rusia, el poder ejecutivo real se reorientó sobre la base de la identidad de los participantes individuales.

Quinto, quienes redactan las constituciones no eligen necesariamente entre un modelo u otro. En el mundo real, el problema suele ser encontrar un sistema que funcione, no elegir entre el sistema presidencial o el parlamentario. Muchas veces hay razones contextuales, históricas y simbólicas que justifican el sistema institucional de un país, y solo se busca un cambio drástico a otro sistema institucional en circunstancias específicas.

Considerando estas afirmaciones, este capítulo se concentra en identificar aspectos específicos del diseño institucional que reflejan la interacción dentro de una rama de gobierno y entre los poderes del Estado. Al abordar los mecanismos constitucionales específicos (por ejemplo, la disolución de la asamblea legislativa, la elección del gabinete, los límites a la reelección presidencial, las modalidades para las segundas cámaras en el poder legislativo, etc.) este capítulo reconoce que estos aspectos son parte de un todo mayor.

Quienes redactan constituciones no eligen necesariamente entre un modelo u otro. En el mundo real, el problema suele ser encontrar un sistema que funcione de acuerdo con el contexto específico del proceso de elaboración constitucional, no elegir entre el sistema presidencial o el parlamentario.

La manera en la que estos mecanismos funcionan e interactúan depende del contexto más amplio en el cual se adoptan. Sin embargo, identificarlos en primer lugar e iniciar un debate sobre estos temas menores puede ayudar a determinar cuál sistema logrará satisfacer de mejor manera las necesidades reales. Los acuerdos sobre poderes institucionales, controles institucionales y procesos de toma de decisiones intrainstitucionales específicos pueden conducir a la creación de un mosaico. Este enfoque inductivo no está pensado para ser aplicado de manera exclusiva, pero sí puede evitar llegar a un punto muerto en las fases tempranas del debate político sobre cuál sistema de gobierno se debiera elegir.

Hay otro factor que no se percibe al analizar los sistemas de gobierno, pero que juega un papel fundamental en el ámbito más amplio de los controles y contrapesos y la separación de poderes: el papel del poder judicial, su independencia política, incluyendo su proceso de nombramiento, y la autoridad de controlar la constitucionalidad de las leyes o incluso la de las enmiendas a la constitución. Este tema se aborda en el capítulo 6 de esta Guía.

3. Objetivo y descripción general

Según los manuales más relevantes, el poder ejecutivo es uno de los tres posibles poderes de gobierno, tradicionalmente con un objetivo propio: dar cumplimiento o implementar la ley según fue redactada por el poder legislativo e interpretada por el poder judicial. En la práctica, el ejecutivo puede jugar un papel especialmente poderoso,

La elección del jefe de la rama ejecutiva es un evento importante que puede sembrar gran discordia, particularmente en sociedades que están saliendo de un conflicto con pronunciada identificación étnica.

y suele verse como el líder natural o gobernante de un país, dado que representa la imagen del país a nivel nacional y global. No es sorprendente, entonces, que la elección del jefe de la rama ejecutiva sea un evento importante que puede sembrar gran discordia, particularmente en sociedades que están saliendo de un conflicto con una pronunciada identificación étnica. Una elección separa a ganadores y perdedores, y los perdedores pueden temer, de manera justificada, que el nuevo líder dé trato preferencial a sus seguidores a costa de la oposición o incluso de cualquier persona que no se considere un aliado. En efecto, muchos conflictos internos comienzan o resurgen como parte de una lucha para mantener, agregar y/o expandir el poder ejecutivo, sea dentro o fuera del marco constitucional.

Sin embargo, el proceso de redacción constitucional no es un ejercicio puramente académico en el que los actores buscan la mejor solución técnica posible para su país. Quienes redactan y negocian la constitución también son actores o partidos políticos que persiguen incorporar su propia agenda política al texto constitucional. Así, el diseño constitucional suele representar un compromiso entre varios actores con distintos intereses y expectativas. Durante la etapa posconflicto, varias partes interesadas exigirán que se dé cabida a sus reivindicaciones, incluidos aquellos que buscan sabotear el proceso y los perpetradores de violencia. Por ello, los responsables de la elaboración constitucional quizás no obtengan la mejor constitución posible desde un punto de vista técnico, pero sí pueden tener éxito al asegurar el mejor acuerdo constitucional posible. Como consecuencia, los diseños constitucionales variarán dependiendo de si existe o no un poder ejecutivo fuerte y según la influencia que este tenga en el proceso constitucional.

El objetivo de desconcentrar los poderes ejecutivos es permitir que participe un mayor número de actores en los procesos de toma de decisiones, sea dentro del ejecutivo o como parte de un sistema de controles y contrapesos con respecto a otros poderes del Estado.

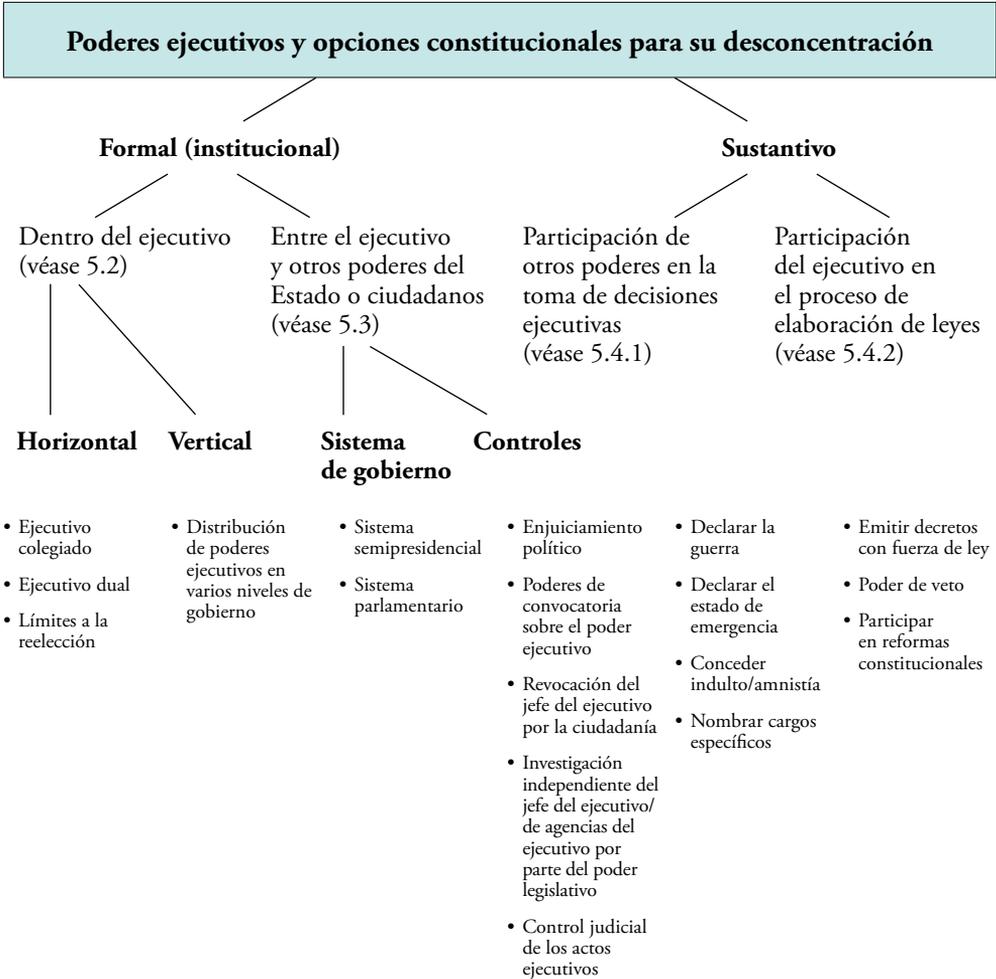
Mediante una presentación comparada, estructurada y coherente de posibles opciones constitucionales, este capítulo busca ayudar a los actores relevantes a traducir sus agendas a un formato constitucional, así como facilitar la reconciliación de varios intereses en competencia a favor de un acuerdo constitucional viable. Este capítulo se centra principalmente en opciones constitucionales que desconcentran los poderes ejecutivos. Si

bien no se pueden ignorar los posibles beneficios de un poder ejecutivo nacional fuerte para algunos casos específicos, se asume que muchos conflictos violentos son causados o sostenidos —al menos en parte— por un ejecutivo excesivamente centralizado, capaz de concentrar el poder en un grupo pequeño y de marginar al resto. El objetivo de desconcentrar los poderes ejecutivos es permitir que un mayor número de actores participe en los procesos de toma de decisiones, ya sea dentro del ejecutivo o como parte de un sistema de controles y contrapesos con respecto a otros poderes del Estado. Incluir a más actores en el manejo del poder ejecutivo o en el control de sus poderes, a su vez, aumenta el número de actores con posible capacidad de veto, lo que ralentiza el proceso de toma de decisiones. Así, es necesario encontrar un cuidadoso equilibrio entre un diseño ejecutivo inclusivo y uno efectivo.

La figura 4.4, en que se destacan los diversos segmentos de diseño del ejecutivo que se abordan en este capítulo, se divide en dos partes. La primera se refiere a opciones de diseño formal o institucional del poder ejecutivo, y la segunda se centra en los poderes sustantivos que se le asignan al ejecutivo dentro del diseño institucional.

1. Con respecto a la primera parte, nuevamente se destacan dos aspectos del diseño institucional: el diseño institucional dentro del poder ejecutivo, y entre el ejecutivo y los otros poderes del Estado. El diseño institucional dentro del poder ejecutivo existe en dos dimensiones: horizontal y vertical. La dimensión horizontal explora opciones para desconcentrar la estructura ejecutiva en el nivel nacional, ya sea mediante la formación de una presidencia colegiada (en que más de una persona maneja los asuntos presidenciales), un poder ejecutivo dual (Presidente y Primer Ministro) o la regulación de los límites de la reelección presidencial. La dimensión vertical se centra en la asignación de poderes ejecutivos en varios niveles de gobierno por medio de distintas formas de descentralización. Junto con el diseño constitucional dentro del ejecutivo, la relación institucional entre los poderes del Estado es crucial. Los distintos sistemas de gobierno tendrán distintos impactos en el ejecutivo dentro de un entorno global de separación de poderes y de controles y contrapesos. Además, las opciones de diseño institucional más específicas ofrecen varias oportunidades para controlar el desempeño del poder ejecutivo y distintos grados de intensidad con que se puede realizar este control.
2. Los poderes específicos asignados al jefe del ejecutivo determinan el grado de concentración sustantiva de los poderes del ejecutivo. Se puede trazar una distinción entre los poderes que tradicionalmente descansan en el ejecutivo —como la declaración de guerra, de un estado de emergencia, o de una amnistía (así como la concesión de indultos)— y aquellas tareas que suelen quedar bajo la autoridad del poder legislativo, pero en las que participa el ejecutivo. Algunos de los poderes legislativos del jefe del ejecutivo pueden ser la autoridad para vetar leyes aprobadas por la asamblea legislativa, promulgar legislación por decreto, tomar iniciativa ejecutiva en algunas materias de política pública, convocar referéndums o plebiscitos, y definir el presupuesto.

Figura 4.4. Facultades del ejecutivo y opciones constitucionales para su desconcentración



4. El contexto es importante

Existe una amplia literatura que comprende hipótesis y predicciones sobre las implicaciones y consecuencias de formas específicas de diseño constitucional en el comportamiento político, las políticas públicas, la estabilidad política, la cohesión social, etcétera⁵. Pero la realidad demuestra que hay pocas generalizaciones que puedan considerarse claramente establecidas en esta área. Como indica un autor, el mundo de las predicciones constitucionales está plagado de predicciones fallidas y consecuencias imprevistas⁶. Esto se debe a que numerosas variables políticas, económicas y sociales intervienen entre la redacción del texto constitucional y su impacto o efectos⁷. Reconociendo estas dinámicas, en este capítulo se presenta un análisis comparado de un abanico de opciones constitucionales redactadas y promulgadas a lo largo del mundo sin intentar explicar el linaje histórico de disposiciones específicas en un contexto nacional particular. Esto, en atención a que la misma norma,

cuando se aplica a un contexto distinto, puede producir resultados distintos; así también, las normas que están en competencia pueden producir resultados similares.

“La música de la ley cambia, por decirlo así, cuando los instrumentos musicales y los músicos ya no son los mismos”.

M. Damaška (catedrática Sterling de Derecho, Universidad de Yale), “The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments” [El destino incierto de los trasplantes de evidencias: ensayos angloamericanos y continentales], *American Journal of Comparative Law*, 4, pág. 839 (1997).

Dado que no hay dos constituciones idénticas, las enseñanzas de una constitución en concreto pueden aplicarse de forma distinta en otro contexto, otro pueblo u otro entorno cultural. Algunos arreglos institucionales que funcionan muy bien en un grupo de condiciones sociales pueden ser inútiles o incluso destructivos en otro. Las constituciones pueden establecer reglas y principios, pero estas reglas y principios en sí mismos no son los que cambiarán la sociedad.

Muchas variables —políticas, económicas y sociales— intervienen entre la redacción del texto constitucional y su impacto o efectos. Una misma norma, cuando se aplica a un contexto distinto, puede producir resultados distintos.

Por ejemplo, la Constitución de Tailandia le asigna al Rey un rol predominantemente simbólico, pero el pueblo tailandés le rinde gran adoración y respeto, lo cual a su vez le otorga al Rey importantes poderes informales para dirigir los asuntos políticos del país. De la misma manera, las convenciones implícitas legales o políticas en otros países, que pueden ser imperceptibles para las personas foráneas, pueden distribuir el poder de manera extraconstitucional. Estas convenciones pueden modelar y estructurar las acciones políticas aun cuando no estén establecidas o sustentadas en la constitución. Esto es especialmente evidente en algunos países de la Commonwealth: la mayor crisis política y constitucional en Australia, “la Destitución”⁸, no fue un acto inconstitucional en sí mismo, sino que más bien alcanzó ese estatus al concentrar muchos otros actos que, si bien eran constitucionales desde un punto de vista técnico, se oponían a convenciones australianas de larga data.

Los sistemas de gobierno pueden formar la estructura del poder ejecutivo de manera distintiva, pero solamente indican las dinámicas de poder que se derivan del contexto real. Un Presidente con fuertes poderes constitucionales puede ser sin

Los sistemas de gobierno pueden formar la estructura del poder ejecutivo de manera distintiva, pero solamente indican las dinámicas de poder que se derivan del contexto real. Las convenciones implícitas legales o políticas, que pueden ser imperceptibles para personas foráneas, pueden distribuir el poder de manera extraconstitucional.

embargo débil frente a un sistema de partidos políticos altamente fragmentado y una base de apoyo poco fiable en la asamblea legislativa.

De manera similar, un Presidente con poderes constitucionales relativamente débiles puede dominar el proceso de creación de políticas públicas si su partido controla la mayoría de los asientos en la asamblea legislativa y es altamente disciplinado. Por otro lado, incluso en los sistemas parlamentarios en los que la mayoría legislativa elige al Primer Ministro, los partidos políticos que compiten en las elecciones parlamentarias suelen vincular la campaña con el carácter de sus líderes, en vez de vincularla con sus programas particulares. Cuando se anuncian los resultados electorales, los medios nombran a un “ganador” individual. Los actores individuales también importan si se trata del diseño del poder real, como se destaca en el caso de Rusia.

Teniendo en cuenta la interacción de factores que determinan el verdadero impacto de las disposiciones constitucionales, apenas se puede predecir el efecto de dichas disposiciones sin conocer íntimamente el contexto específico. Teorizar en abstracto sobre cuál modelo puede funcionar mejor es una tarea destinada al fracaso si no se comprenden acabadamente tanto el contexto desde el cual se toma una disposición particular como el contexto en el cual se aplicará. Por lo tanto, si bien la siguiente discusión debería facilitar la comprensión del diseño constitucional del poder ejecutivo,

este capítulo no intenta proporcionar casos de estudio o consejos específicos, sino más bien recomienda estudiar con más profundidad el contexto específico una vez que se ha identificado una opción constitucional como potencialmente adecuada.

No se puede predecir el efecto de las disposiciones constitucionales sin conocer íntimamente el contexto específico.

5. Opciones de diseño

5.1. Diseño de un poder ejecutivo centralizado en un contexto democrático

En un ejecutivo centralizado, el poder se concentra a nivel nacional en un individuo, que representa al gobierno y al país. Políticamente, la autoridad del jefe del ejecutivo no se origina en la asamblea legislativa, por lo que esta última no tendrá poder para destituirlo mediante voto de censura. Es más, él o ella tiene control absoluto sobre el gabinete. Así, con la excepción de las elecciones periódicas, el jefe de la rama ejecutiva está básicamente exento del control político y no está demasiado expuesto a posibles cuestionamientos por parte del poder legislativo. Estas características se suelen reflejar en el diseño institucional de un sistema presidencial. Sin embargo, no solamente países con un sistema presidencial tienen ejecutivos centralizados. Esto se debe en parte a que no solo importa el diseño institucional, sino también la solidez y estructura del sistema de partidos políticos (véase la sección 2.5) o el carácter autoritario del gobierno. En parte, varias estructuras institucionales de los sistemas parlamentarios pueden tener un impacto en la centralización del poder ejecutivo. Un aspecto, por ejemplo, es verificar cuál es la extensión del poder del Primer Ministro sobre el gabinete en un sistema

parlamentario (véase también la sección 5.3.2). Por eso, si bien un elemento clave del sistema parlamentario es el hecho de que el gobierno depende políticamente del poder legislativo, existe una gran diferencia dependiendo de si la composición del gabinete es responsabilidad exclusiva del Primer Ministro o no (véase el ejemplo de Alemania⁹). Junto con la estructura institucional, las tareas que se asignen a quien lidere el poder ejecutivo contribuirán a la concentración real de la autoridad ejecutiva: el grado de participación que tenga en la declaración del estado de emergencia (con el aumento de poderes que conlleva para el ejecutivo), en la concesión de indultos y amnistías, o en la declaración de guerra, etc., funciona como indicador de la fortaleza del poder ejecutivo, junto con el impacto que tenga el jefe del ejecutivo en la elaboración de leyes.

Un poder ejecutivo fuerte no es destructivo por naturaleza. Este puede otorgar estabilidad y mantener la unidad de un país donde hay muchas fuerzas de división (por ejemplo, en Brasil). Además, puede asegurar la coherencia de las políticas públicas y facilitar la planificación a largo plazo. En EE. UU., por ejemplo, algunos de los desafíos a los que se enfrentó la administración de Barack Obama en relación con la implementación de las reformas prometidas durante la campaña electoral tienen que ver con la oposición del poder legislativo. Este ejemplo destaca los desafíos que enfrenta un poder ejecutivo que se ve obligado a amoldarse a las exigencias de actores con capacidad de veto pertenecientes a los otros poderes del Estado. El desafío principal al diseñar un poder ejecutivo fuerte es evitar que su estructura facilite el desplazamiento hacia un gobierno autocrático y no democrático. En ese sentido, gestionar las tendencias autocráticas es un desafío aún más complejo si el poder ejecutivo está relativamente exento de supervisión legal, y/o hay un vínculo muy cercano entre los jueces supremos y el poder ejecutivo porque los procesos de nombramiento de jueces quedan en manos de este último.

El desafío principal al diseñar un ejecutivo fuerte es evitar que su estructura permita un desplazamiento hacia un gobierno autocrático y no democrático. Manejar las tendencias autocráticas es un desafío aún más importante si el poder ejecutivo está relativamente exento de revisión legal y/o hay un vínculo muy cercano entre los jueces supremos y el ejecutivo.

La Constitución de Egipto y su desarrollo durante los últimos 40 años destacan los desafíos generados por un ejecutivo demasiado centralizado. Para empezar, permitió la aparición de un sistema autocrático, que fue después reforzado mediante reformas constitucionales impulsadas por el mismo poder ejecutivo y a partir de las cuales el desequilibrio institucional adquirió más adelante un nuevo significado. En su versión de 2007, la Constitución de Egipto no solo centralizó todo el poder ejecutivo en la figura del Presidente, sin límites para la reelección (a pesar de que, formalmente, el sistema era calificado como semipresidencial), sino que, además, autorizó a que él o ella disolviera la asamblea legislativa si lo estimaba necesario, y nombrara algunos miembros de la primera asamblea legislativa y también a un tercio de los miembros de la cámara alta. Al mismo tiempo, le otorgó importantes poderes de veto legislativo y una amplia autoridad bajo la etiqueta de la “lucha contra el terrorismo”. Además, el Presidente era el comandante en jefe de las fuerzas armadas y jefe supremo de la policía. En ese sentido, las reformas constitucionales en países con estructuras

como esta pueden necesitar enfocarse en formas y mecanismos para desconcentrar los poderes del ejecutivo.

5.2. Opciones para la desconcentración institucional dentro del ejecutivo

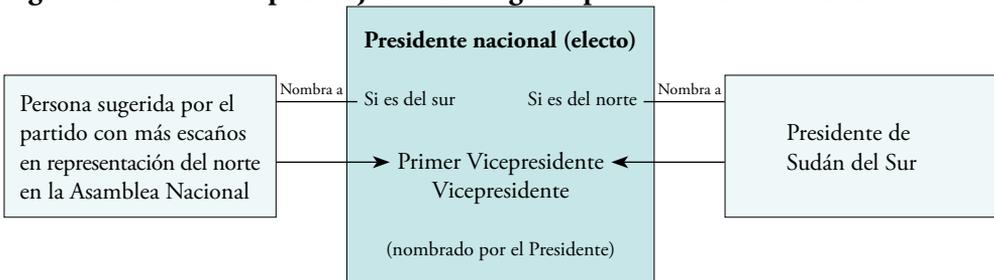
Los poderes ejecutivos se pueden dispersar al instituir un ejecutivo colegiado o un ejecutivo dual, o agregando niveles adicionales de gobierno.

Quienes redactan constituciones pueden dispersar las atribuciones del poder ejecutivo mediante dos mecanismos distintos: (a) horizontalmente, al instituir un ejecutivo colegiado o un ejecutivo dual, y (b) verticalmente, agregando niveles adicionales de gobierno.

5.2.1. Ejecutivo colegiado

Un poder ejecutivo colegiado comprende a varios actores dentro de la institución de jefe de Estado o jefe del ejecutivo. Los poderes ejecutivos colegiados pueden adoptar diversas formas. De acuerdo con los protocolos de paz firmados en 2004, Sudán estableció una forma bastante laxa de ejecutivo, que consiste en un Presidente, un Primer Vicepresidente y un Vicepresidente, con una clara jerarquía (véase la figura 4.5). Antes de la independencia de Sudán del Sur en julio de 2011, el Presidente se desempeñaba como único jefe de Estado, pero varias decisiones requerían de consultas dentro de la presidencia o incluso del consentimiento del Primer Vicepresidente. Si bien el Presidente era el encargado de designar a los ocupantes de estos dos cargos subsidiarios, uno de ellos tenía que venir del “norte” de Sudán y el otro del “sur” de Sudán (ahora el Estado independiente de Sudán del Sur). Además, el Primer Vicepresidente no podía venir de la misma región que el Presidente. El Primer Vicepresidente no dependía para su continuidad en el cargo de la confianza del Presidente; en vez de ello, la Constitución determinaba la extensión de su mandato por otros medios.

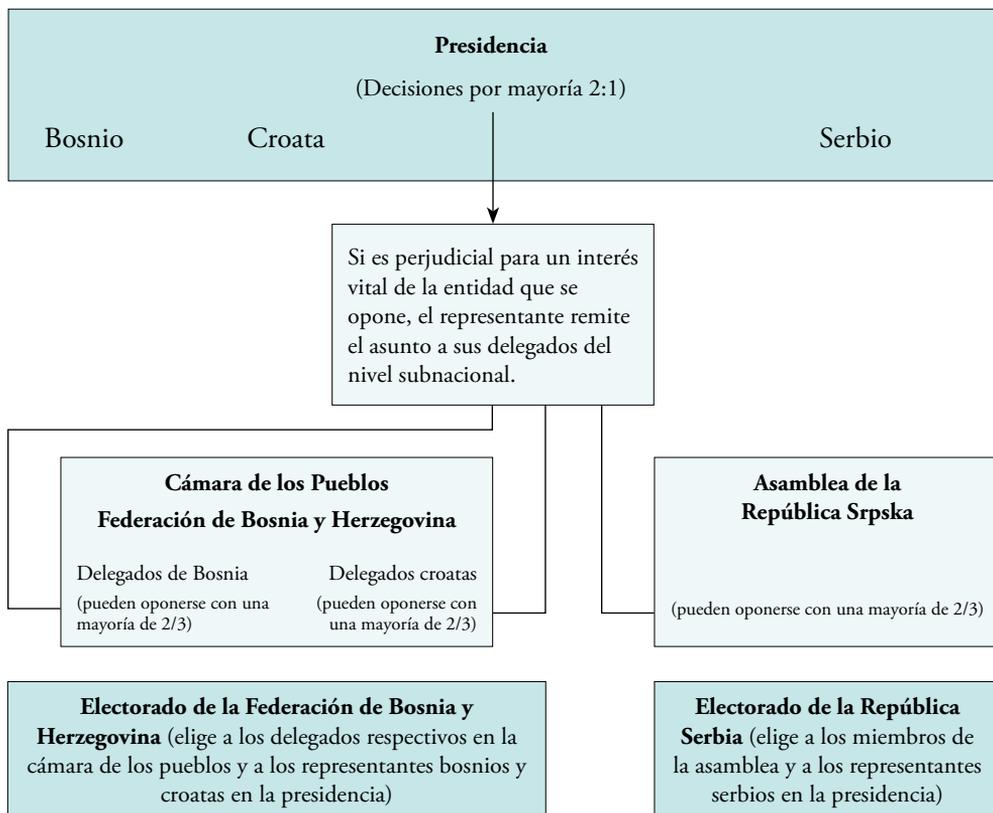
Figura 4.5. El extinto poder ejecutivo colegiado previo a la división de Sudán



Los redactores de la constitución de Bosnia y Herzegovina diseñaron una forma más fuerte de ejecutivo colegiado, en la cual el poder fluye igualmente a los tres miembros del ejecutivo (véase la figura 4.6). La identidad étnica determina la participación en la presidencia: cada territorio elige a un representante: uno debe ser croata, otro serbio y el otro bosnio. Uno actúa como Presidente nominal y representa al país en asuntos externos, cumpliendo cada uno de ellos con ese rol sobre la base de la rotación, *primus inter pares*.

Así, el ejecutivo debe tomar la mayoría de sus decisiones por consenso cuando ello sea posible, y en caso contrario las decisiones se tomarán en última instancia por mayoría. Sin embargo, es preferible el consenso, pues un Presidente disidente podría declarar que una decisión es “destructiva” para un interés vital de su territorio. El poder legislativo de esa región puede entonces bloquear la decisión mediante un voto por mayoría de dos tercios.

Figura 4.6. El ejecutivo colegiado de Bosnia y Herzegovina

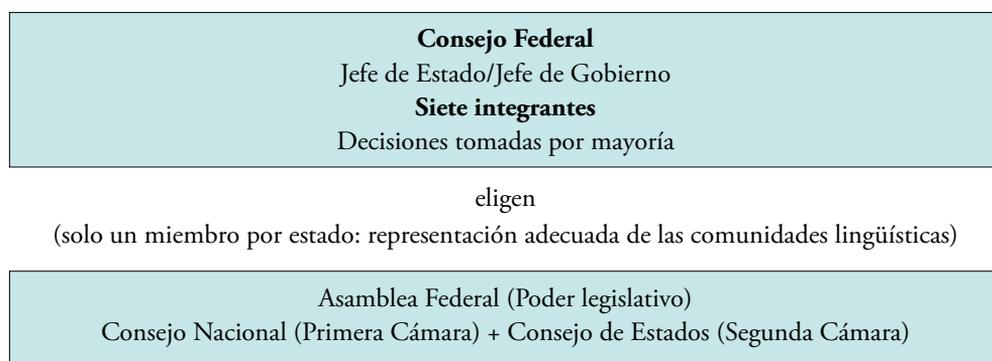


Ambos modelos de ejecutivos colegiados fueron parte de acuerdos de paz logrados después de cruentas guerras civiles en razón de la etnicidad (el Acuerdo General de Paz de 2005, en el caso de Sudán, y el Acuerdo de Paz de Dayton, de 1995, en el caso de Bosnia y Herzegovina). En ambas situaciones, los agentes del poder no habrían logrado un acuerdo de paz sin representantes en los más altos niveles del poder ejecutivo. Aunque fueron cruciales a la hora de poner término a las hostilidades entre facciones en guerra, estos acuerdos han hecho la gobernanza bastante más difícil. Particularmente en Bosnia y Herzegovina, la desconfianza mutua entre los grupos étnicos prevalece hasta hoy y obstaculiza los esfuerzos para crear un camino común hacia adelante.

Un tercer modelo de ejecutivo colegiado es el usado en Suiza (véase la figura 4.7), donde el Consejo Federal es la institución ejecutiva máxima del país, constituye el gobierno nacional y funciona como un Jefe de Estado colectivo. Comprende a siete miembros, que deben venir

de distintos estados (cantones), considerando debidamente la adecuada representación de las distintas comunidades lingüísticas¹⁰. Los siete consejeros federales son elegidos de manera individual por la Asamblea Federal (legislador), con el fin de desempeñarse en su cargo durante un mandato de cuatro años, sin estar sujetos a voto de censura. Todos son elegidos como iguales, pero cada año uno es nominado como Presidente, con fines principalmente representativos y simbólicos. El Consejo Federal decide como un solo órgano. Cada consejero maneja una esfera de competencias específica. Aun cuando este aspecto no está recogido en la Constitución, desde 1959 los cuatro partidos más grandes han estado representados en el Consejo Federal. Esta gran coalición se sustenta en los poderosos instrumentos de democracia directa que existen en Suiza.

Figura 4.7. Ejecutivo colegiado de Suiza



Como demuestran estos tres ejemplos, un ejecutivo colegiado no está asociado a un sistema de gobierno específico, sino que es aplicable tanto en un sistema presidencial (Sudán), como en uno semipresidencial (Bosnia y Herzegovina) o en uno cuasiparlamentario (Suiza).

5.2.2. Ejecutivo dual

También puede haber dispersión horizontal en un sistema ejecutivo dual compuesto por un Jefe de Estado y un Jefe de Gobierno. Los “ejecutivos duales”, en su sentido literal, tienen una larga tradición y su uso es generalizado. Por ejemplo, en muchos países el Jefe de Gobierno maneja los asuntos del gobierno y establece las políticas públicas, mientras que el jefe de Estado, frecuentemente un presidente o monarca, detenta una posición simbólica con poca autoridad política (el Jefe de Estado “reina”, el Jefe de Gobierno “gobierna”). En las últimas dos décadas se ha popularizado el semipresidencialismo, una forma de ejecutivo dual más equilibrado. Un ejecutivo dual en el sistema semipresidencial divide al ejecutivo en dos instituciones independientemente legitimadas y constitucionalmente diferenciadas: un Jefe de Gobierno elegido indirectamente, el Primer Ministro, sujeto al apoyo mayoritario del poder legislativo, y un jefe de Estado elegido popularmente, el Presidente. El equilibrio de autoridad entre las dos cabezas del ejecutivo puede variar ampliamente. Dependiendo del equilibrio de poder imperante, algunos modelos del ejecutivo dual se asemejan al sistema presidencial,

mientras que otros se parecen más al sistema parlamentario. Por ejemplo, en Egipto la Constitución de 2007 definía al gobierno como el órgano ejecutivo y administrativo supremo del Estado, con un Primer Ministro a la cabeza. Sin embargo, esta definición no puede opacar el hecho de que la función principal del gobierno era la de asistir a la presidencia en la ejecución de las políticas públicas diseñadas por esta última. Las decisiones finales sobre todos los temas de políticas públicas descansaban en el Presidente, de cuya confianza dependía el Primer Ministro (junto con la confianza de la Asamblea Legislativa). Al otro lado del espectro se encuentra Irlanda, donde los poderes y funciones otorgados al Presidente (elegido de forma directa) podrán ser ejercidos y llevados a cabo por él solo a recomendación del Gobierno, salvo en los casos en que la Constitución indique que el acto está sometido a su exclusiva discrecionalidad¹¹. En ambos casos, uno de los dos jefes del ejecutivo no tiene el poder de veto dentro del ejecutivo. Muchos otros países han optado por un enfoque más equilibrado en cuanto a la asignación de los poderes respectivos de las dos cabezas del ejecutivo.

Los “ejecutivos duales” en un sentido literal tienen una larga tradición. El Jefe de Gobierno maneja los asuntos del gobierno y establece las políticas públicas, mientras que el Jefe de Estado ostenta una posición simbólica con poca autoridad política.

Junto con los poderes reales (cuáles funciones se consideran presidenciales y cuáles de gobierno), la participación del Presidente en el proceso de nombrar o destituir al Primer Ministro y al gabinete es crucial. Dado que el Primer Ministro es responsable ante el poder legislativo, los diseños de ejecutivo dual también se consideran en la sección 5.3.1. “Autoridad para nombrar/elegir/remover a los jefes de gobierno (Primer Ministro)”.

En las últimas dos décadas se ha popularizado una forma de ejecutivo dual más equilibrada, lo que se suele denominar sistema semipresidencial. Quienes redactan constituciones también han introducido el ejecutivo dual como una solución provisional ad hoc para disipar el conflicto después de elecciones disputadas, o para crear un gobierno de coalición.

Basándose en el potencial de los ejecutivos duales para dispersar el poder, algunos países lo han introducido como una solución interina para disipar el conflicto después de elecciones cuya validez ha sido disputada, o con el fin de crear una “coalición de gobierno”. En Kenia (2008) y Zimbabwe (2008) estas medidas interinas llevaron al nombramiento de los líderes de oposición como Primeros Ministros, pero el Presidente retuvo ambas funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno. En vez de gobernar juntos en una coalición, los Primeros Ministros fueron introducidos de una forma algo forzada en la estructura presidencial y se les otorgaron pocos poderes ejecutivos sustantivos.

Entre 1996 y 2001, el gobierno de Israel se basó en un enfoque electoral inverso de su ejecutivo dual: mientras que el Jefe de Estado (una figura principalmente simbólica)

La participación del Presidente en el proceso de nombrar o destituir al Primer Ministro y al gabinete es crucial.

era elegido por el poder legislativo, el Jefe de Gobierno (Primer Ministro) era elegido directamente por el pueblo, de manera conjunta con la nueva asamblea legislativa. Dado que en Israel la asamblea legislativa está altamente fragmentada, el sistema no fue capaz de producir un gobierno estable debido a que el partido del Primer Ministro era demasiado débil en la asamblea. La existencia de contextos diferentes en otras partes (por ejemplo, otro panorama de partidos) puede haber llevado a otra forma de apreciar este enfoque único; sin embargo, en el caso específico de Israel no fue una historia de éxito.

5.2.3. Límites a la reelección presidencial

La dimensión temporal también puede considerarse un factor importante a la hora de desconcentrar el poder ejecutivo con respecto a una persona particular mediante la regulación constitucional del período en que el jefe del poder ejecutivo permanece en el poder. Aunque en apariencia los límites a la reelección restringen la capacidad absoluta del pueblo de decidir democráticamente a quién quieren en el poder, en realidad se trata de uno de los mecanismos más importantes para apoyar la transformación y la fortaleza democrática en los regímenes autoritarios electorales o en las democracias nacientes. Como indican dos autores, la combinación de límites a la reelección y elecciones periódicas ha desplazado a los golpes de Estado como la principal forma de cambio de régimen y sucesión de liderazgo en el África contemporánea¹². Notablemente, en Túnez y Egipto no existían límites a la reelección consagrados en sus constituciones.

La alternancia individual del jefe del poder ejecutivo se considera importante por varias razones. A primera vista, los límites a la reelección solamente restringen el tiempo en que el jefe del ejecutivo gobierna, pero no su autoridad en un momento dado. Sin embargo, sin tales límites, ha ocurrido que los jefes del ejecutivo han sido incapaces de resistir la tentación de usar sus poderes para crear un ambiente que garantizara su constante reelección bajo un gobierno autoritario. Así, incluir un límite del número de mandatos, que impide que los jefes del ejecutivo sean reelegidos de manera indefinida, es crucial. Existen dos tipos de limitaciones distintas. La primera establece un límite al número de mandatos consecutivos que se pueden asumir. Por ejemplo, Rusia¹³ y Austria¹⁴ solamente permiten

Los límites a la reelección son uno de los más importantes mecanismos para apoyar la transformación democrática y fortalecer las nuevas democracias. Sin dichos límites, ha ocurrido que los jefes del ejecutivo han sido incapaces de resistir la tentación de usar sus poderes para crear un ambiente que garantice su reelección consecutiva bajo un gobierno autoritario.

dos mandatos sucesivos, pero no impiden que un ex-Presidente vuelva a postularse después de una pausa de un período; en Panamá¹⁵ esta pausa comprende los dos mandatos siguientes. El segundo tipo de límite establece una restricción absoluta en cuanto al número de mandatos que un individuo puede ejercer. Si bien algunos países optan solamente por un mandato (por ejemplo, Paraguay¹⁶ y Corea del Sur¹⁷), la mayoría de los que introducen límites a la reelección han optado por dos períodos (por ejemplo, Sudáfrica¹⁸ y Turquía¹⁹).

Las disposiciones que establecen límites a la reelección probablemente sean las más enmendadas, derogadas o reinterpretadas alrededor del mundo (Argelia, Bielorrusia,

Burkina Faso, Costa de Marfil, Gabón, Kazajistán, Namibia, Perú, Sri Lanka, Uganda). Si bien desde una perspectiva jurídica los presidentes no suelen ser actores clave en los procesos de reforma constitucional, algunos han logrado establecer las condiciones para ciertos ajustes constitucionales. En un intento de restringir estas dinámicas, algunos redactores constitucionales han incorporado protecciones adicionales. En El Salvador²⁰, Honduras²¹ y Níger²² las disposiciones constitucionales sobre los mandatos presidenciales son inmutables, y en Honduras²³ el ejército incluso tiene el poder de resguardar esta inmutabilidad. La Constitución de Corea del Sur²⁴ adopta un enfoque distinto: las enmiendas a la Constitución sobre la extensión de los mandatos presidenciales no tendrán efecto para el Presidente en el poder en el momento en que se hace esta propuesta de enmienda constitucional.

5.2.4. Distribución del poder ejecutivo en varios niveles de gobierno por medio de la descentralización

Los modelos de ejecutivo colegiado o dual ofrecen oportunidades para distribuir los más altos poderes ejecutivos en el gobierno nacional entre más de una persona, ya sea porque se toman decisiones conjuntamente o porque se asignan distintas facultades del poder ejecutivo a diferentes personas. Alternativamente o por añadidura, los poderes ejecutivos se pueden distribuir de manera vertical, asignándolos a los distintos niveles de gobierno. La creación de elementos ejecutivos en distintos niveles de gobierno (regiones, provincias, pueblos, etc.) es otra manera de involucrar e incluir a más partes interesadas en el poder ejecutivo. Al delegar/transferir competencias particulares a un nivel inferior de la administración/gobierno, las responsabilidades y poderes sustantivos permean desde el ejecutivo nacional hacia otros niveles. Por ejemplo, la Constitución de EE. UU. asigna la creación de gran parte de la ley penal a las subunidades (los estados). Así, los gobernadores de los estados deben responder a las solicitudes de indulto, incluyendo a los delincuentes sujetos a pena capital en aquellos estados donde aún existe la pena de muerte. Sin que se haya eliminado legalmente la facultad del Presidente de conceder un indulto —facultad que aún alcanza a los delincuentes involucrados en crímenes nacionales—, esta transferencia de poder ha contribuido a dispersar el poder presidencial.

La descentralización administrativa puede referirse a la desconcentración²⁵, delegación o transferencia.

Las diferentes formas de descentralización pueden surtir distintos efectos en el poder ejecutivo. El grado y la profundidad de la dispersión dependen de dos preguntas: ¿qué tipos de responsabilidades se transfieren constitucionalmente a otros niveles de administración/gobierno? ¿Qué nivel de supervisión permanece en el poder ejecutivo? Mientras más importantes sean las facultades ejecutivas que se transfieren a los niveles inferiores de la administración/gobierno —como las leyes penales y los poderes de la

Los poderes ejecutivos también se pueden distribuir de manera vertical, asignándolos a los distintos niveles de gobierno. La creación de elementos ejecutivos en distintos niveles de gobierno (regiones, provincias, pueblos, etcétera) es otra manera de involucrar e incluir a más partes interesadas en el poder ejecutivo.

policía—, mayor será la descentralización. Así, el grado de descentralización se sitúa en un espectro a lo largo de los distintos sistemas, desde aquellos que son fuertemente centralizados a los que son robustamente descentralizados.

Para medir el grado de descentralización de manera precisa se deben considerar tres elementos centrales: descentralización administrativa, descentralización política y descentralización fiscal. La descentralización administrativa se refiere al grado de autonomía de las entidades de gobierno no centrales con respecto al gobierno central. La descentralización política se refiere al grado de desarrollo de funciones políticas de gobierno que los gobiernos centrales permiten a las unidades subgubernamentales, como por ejemplo la representación. Finalmente, la descentralización fiscal se refiere al grado de responsabilidad fiscal que el gobierno central entrega a las unidades subcentrales. Estos tres elementos de descentralización se tratan en detalle en el capítulo 7, sección 3.2.1.

Si bien distinguir entre estos tres elementos facilita su medición, la descentralización efectiva requiere coordinar los tres. La descentralización de la autoridad seguirá siendo superficial si, por ejemplo, la descentralización administrativa y fiscal no apoya o no sigue a la descentralización política.

5.3. Controles institucionales del poder ejecutivo

Otra forma de controlar los poderes ejecutivos es diseñando un sistema de controles y haciendo al ejecutivo en cierto grado dependiente de los otros poderes del Estado. Como se destacó al principio del capítulo, dos diseños institucionales particularmente útiles para controlar al poder ejecutivo son el sistema parlamentario y el ejecutivo dual en el denominado sistema semipresidencial. Para mantener la autoridad política y por tanto el poder en ambos sistemas, el ejecutivo no puede enajenar al poder legislativo. En los sistemas parlamentarios, la autoridad ejecutiva (a) nace del poder legislativo y (b) está sujeta al voto de censura del poder legislativo, que puede poner fin a un gobierno. Estas dinámicas crean una relación jerárquica entre los poderes del Estado en la que el legislador está por encima. Además, el poder ejecutivo puede estar sujeto incluso a mayores controles si la asamblea legislativa también tiene impacto directo en la composición del gabinete. Un ejecutivo dual en un sistema semipresidencial literalmente divide al ejecutivo en dos instituciones diferenciadas constitucionalmente y cuyas respectivas fuentes de legitimidad son independientes: un Jefe de Gobierno elegido indirectamente, el Primer Ministro, que está sujeto al apoyo mayoritario del poder legislativo, y un Jefe de Estado popularmente elegido, que es el Presidente.

Otra forma de controlar los poderes ejecutivos es mediante el diseño de un sistema de controles y dependencia de otros poderes del Estado. Dos diseños institucionales particularmente útiles para controlar al poder ejecutivo son el sistema parlamentario y el sistema de ejecutivo dual en un sistema semipresidencial.

El equilibrio de autoridad entre el ejecutivo y el legislativo puede variar mucho. Cuatro indicadores permiten identificar el grado adecuado de poderes ejecutivos y controles legislativos: (a) autoridad para nombrar/ elegir/ destituir al Jefe de Gobierno (Primer Ministro) en un ejecutivo dual, (b) control

sobre el gabinete, (c) la posibilidad de un voto de censura y (d) la capacidad de disolver la asamblea legislativa.

5.3.1. Autoridad para nombrar/elegir/destituir al jefe de gobierno (Primer Ministro)

Muchas constituciones que han optado por un ejecutivo dual permiten que el Presidente seleccione al Primer Ministro (por ejemplo, Francia, Mongolia, Mozambique, Namibia, Perú, Polonia, Rusia, Senegal). En algunos países, la discrecionalidad del Presidente se ve restringida por su obligación constitucional de tomar en cuenta la opinión de los partidos representados en la Asamblea de la República y con el debido respeto por los resultados de la elección general (Portugal)²⁶. A menudo, la autoridad para destituir al Primer Ministro descansa de manera exclusiva en la mayoría legislativa (por ejemplo, en Francia, Portugal y Senegal). Como consecuencia, el Presidente no puede garantizar que la persona elegida para ocupar el cargo se mantenga en él. Así, se verá restringido en su selección por cuanto debe identificar a una persona que pueda obtener el apoyo (o al menos la conformidad) del poder legislativo. Además, una vez elegido, el Primer Ministro ya no está bajo el control del Presidente, sino que se encuentra subordinado al poder legislativo y, por lo tanto, se verá más inclinado a alinear las políticas de gobierno con las de la asamblea legislativa. Algunas constituciones evitan esta dinámica y fortalecen la posición del Presidente otorgándole discrecionalidad a la hora de destituir al Primer Ministro (por ejemplo, Mozambique, Namibia, Perú, Rusia). Como resultado, el Primer Ministro está en medio y depende del Presidente y de la asamblea legislativa y sus estrategias políticas.

Un indicador del grado de los poderes ejecutivos y de los controles legislativos del ejecutivo es la autoridad del Presidente para nombrar/elegir/remover al Jefe de Estado en un ejecutivo dual.

En los sistemas parlamentarios también varía la forma de elegir al Primer Ministro, aunque su origen depende en última instancia de la voluntad del poder legislativo. En algunos países la elección del Primer Ministro descansa exclusivamente en el poder legislativo. En Suecia, por ejemplo, el Presidente de la asamblea legislativa propone al Primer Ministro. En otros países, el Primer Ministro es propuesto por el Presidente, pero el poder legislativo puede elegir a otra persona si no hay una mayoría absoluta de votos que apoye la propuesta presidencial (como en Alemania). El Presidente está obligado entonces a nombrar a esa persona. En otras constituciones, el Presidente tiene que proponer para el cargo de Primer Ministro a un candidato del partido que haya obtenido el mayor número de escaños en las elecciones legislativas (Grecia). Algunos países, a su vez, obligan constitucionalmente al Jefe de Estado a nombrar a la persona elegida por el poder legislativo (Japón) y pueden incluso determinar que la persona así elegida se convierta en Primer Ministro *ipso jure* si el Presidente no lo nombra después de un determinado período (Etiopía).

5.3.2. Control sobre el gabinete

Diseñar el control sobre el gabinete es otra forma de influir o ajustar la relación entre el ejecutivo y la asamblea legislativa. En la mayoría de los sistemas presidenciales el

Diseñar el control sobre el gabinete es otra forma de influir o ajustar la relación entre el ejecutivo y la asamblea legislativa. Al influir en el diseño del gabinete, el poder legislativo puede determinar la dirección de la rama ejecutiva.

lo mismo se aplica al Jefe de Gabinete de Ministros²⁸. En los ejecutivos duales el desafío es lograr un equilibrio entre el impacto del Presidente, el Primer Ministro y el poder legislativo en la elección/destitución de los miembros del gabinete. Según la Constitución francesa, el Primer Ministro recomienda candidatos al Presidente para su nombramiento o destitución, y este último es quien finalmente decide. El voto de censura del parlamento afecta solamente a los gobiernos en sí, no a su composición individual. En Perú, el poder legislativo tiene la autoridad para censurar a miembros individuales del gabinete, debilitando así la posición del Primer Ministro. En Mongolia, el Primer Ministro propone la composición del gabinete luego de consultar al Presidente, y el parlamento aprueba a sus integrantes individualmente. De nuevo, al influir en el diseño del gabinete, el poder legislativo puede determinar la dirección de la rama ejecutiva.

La Constitución Interina de Sudáfrica (1994-1996) abordó el tema de manera distinta: la composición del poder legislativo era la que determinaba la composición del gabinete, que a su vez elegía al Presidente. Un partido que adquiría más del 5 por ciento del total de escaños en la asamblea legislativa tenía derecho a un puesto en el gabinete²⁹. El propósito de esta disposición era formar un gobierno inclusivo después del *apartheid*.

5.3.3. Votos de censura

El poder del legislativo de censurar al jefe de gobierno como parte del esquema político también se puede diseñar de varias maneras para canalizar las dinámicas políticas. Algunas constituciones introducen restricciones a la facultad del poder legislativo de retirar su confianza al Primer Ministro. En Rusia, el Presidente puede rechazar este voto de censura del parlamento, que puede insistir presentando otro voto de censura tres meses después. Otras opciones establecen que el Primer Ministro solo pueda ser removido después de permanecer en su cargo por un período determinado, o bien que el poder legislativo solo pueda destituir a un número limitado de gabinetes en cada legislatura³⁰. Algunas constituciones van incluso más allá, y requieren que la censura sea “constructiva”, lo cual significa que la mayoría que remueve al Primer Ministro debe elegir a uno nuevo de manera simultánea (Alemania³¹, España³², Hungría³³, Lesoto³⁴ y Polonia³⁵). Como resultado, una moción de censura no fuerza automáticamente la renuncia del gabinete o una nueva elección. En vez de eso, el Primer Ministro puede continuar como líder de un gobierno en minoría si la oposición no

El poder del legislativo de censurar al jefe de gobierno como parte del entorno político también puede diseñarse de varias maneras para canalizar las dinámicas políticas.

logra ponerse de acuerdo respecto de un sucesor. En un sistema ejecutivo dual (como el de Polonia), un voto de censura constructivo puede tener dos implicaciones: otorga, potencialmente, mayor libertad al Presidente en el nombramiento inicial del Primer Ministro/gabinete, dado que es más difícil destituirlo. Por otro lado, después de un voto de censura, el Presidente es marginado del proceso de establecer un nuevo gobierno.

5.3.4. Disolución de la asamblea legislativa

El poder del Presidente de disolver la asamblea elegida democráticamente es otro aspecto relevante a la hora de determinar la relación entre el poder ejecutivo y la asamblea legislativa. Darle al Presidente poder para disolver la asamblea le permite acortar la asamblea legislativa aprobada originalmente por el electorado. Según cómo esté diseñado el poder de disolución, puede tener un impacto importante en el equilibrio de poder: si no hay restricciones reales en el contexto de un ejecutivo dual, el Presidente podría nombrar a un gobierno sin el consentimiento del poder legislativo, y amenazar con su disolución si la asamblea pretende introducir una moción de censura, previniendo de ese modo el voto de censura. El poder de disolución también permitiría que el Presidente influya en el plazo de celebración de las elecciones legislativas, de manera que se ajusten a su agenda política. En sistemas de gobierno en los que el Jefe del Gobierno es elegido por la asamblea legislativa, el poder de disolución puede convertirse en una herramienta aún más estratégica para aumentar sus propias posibilidades de reelección (a través de la mayoría de su partido en la asamblea). Por ejemplo, en Japón la Cámara de Representantes de la Dieta puede disolverse en cualquier momento por iniciativa del Primer Ministro (seguida de un acto ceremonial del Emperador), pero tiene que ser disuelta a más tardar al final de los cuatro años que dura una asamblea legislativa. En más de 60 años, solo una vez se ha producido una disolución al final de una asamblea legislativa de cuatro años; todas las demás asambleas legislativas se han disuelto prematuramente.

El poder del Presidente de disolver la asamblea elegida democráticamente es otro tema que sirve para determinar la relación entre el poder ejecutivo y la asamblea legislativa. Según su diseño, puede tener un impacto importante en el equilibrio de poder.

A la luz de los distintos desafíos ilustrados anteriormente, varias constituciones le otorgan al Presidente la autoridad para disolver al parlamento, sujeta a requisitos o restricciones adicionales, que pueden ser muchos, incluyendo la limitación respecto del momento en que se lleva a cabo la disolución (como en Portugal, donde no puede ocurrir dentro de los primeros seis meses siguientes a las elecciones parlamentarias); respecto de su frecuencia (en Francia, una vez por año; en Gabón, una vez por año, pero no más de dos veces por mandato presidencial); respecto de la causa de la disolución (en Austria, solamente una vez por la misma causa), o estableciendo un prerrequisito para la disolución, como la inactividad parlamentaria (como ocurre en Mozambique y Polonia). En algunos países, la disolución de la asamblea legislativa por parte del Presidente dispara al mismo tiempo la celebración de elecciones presidenciales (Namibia³⁶); en otros, el Presidente solamente puede dar inicio al proceso de disolución de la asamblea, correspondiéndole al electorado la decisión final a través de un referéndum (como en el caso de Egipto en 2005³⁷).

5.3.5. Enjuiciamiento político (*impeachment*)

El enjuiciamiento político es otro método para controlar el poder ejecutivo. En contraste al control *político* que se ejerce con el derecho a veto, el enjuiciamiento autoriza la destitución del jefe del ejecutivo sobre la base de su mala conducta legal. En los sistemas presidenciales en que la destitución política de la cabeza del ejecutivo por el poder legislativo no es parte de los arreglos institucionales, el enjuiciamiento político cobra especial relevancia. En general, se deben considerar dos factores: el tipo de transgresión que puede dar lugar a un proceso de enjuiciamiento y la participación de otros poderes del Estado en dicho proceso. Algunas constituciones limitan la apertura de un enjuiciamiento político a faltas graves, como la alta traición. Otras son más amplias y requieren solamente la violación de la constitución o cualquier otra ley durante el ejercicio del cargo (como en Hungría). Un caso extremo es el de Tanzania, donde cualquier conducta presidencial que socave el respeto del que goza el cargo puede dar lugar a un enjuiciamiento político. Los umbrales tan vagos y/o amplios conllevan el riesgo de transformar el enjuiciamiento en una herramienta política, particularmente si la decisión recae exclusivamente en el poder legislativo (como ocurre en Moldavia). No obstante, en general el poder judicial juega el papel de guardián, ya sea fallando sobre la constitucionalidad del comportamiento del Presidente, o participando en el comité de investigación. Honduras ha adoptado un enfoque muy particular: si el Presidente desacredita el orden constitucional mediante, entre otras cosas, la enmienda de las disposiciones que limitan su mandato, las fuerzas armadas pueden intervenir conforme al artículo 272 (2) de la Constitución: “[Las fuerzas armadas] se constituyen para defender la integridad territorial y la soberanía de la República, mantener la paz, el orden público y el imperio de la Constitución, los principios de libre sufragio y la *alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República*” (énfasis agregado).

El enjuiciamiento político —la destitución del jefe del ejecutivo por su mala conducta legal— es otro método para controlar al poder ejecutivo. Cuando la destitución política de la cabeza del ejecutivo por el poder legislativo no es parte de los arreglos institucionales, el enjuiciamiento político toma especial relevancia.

5.3.6. Revocación del mandato por la ciudadanía

Junto con el control institucional dentro de o entre los distintos poderes del Estado, el derecho de la ciudadanía de remover al jefe del ejecutivo antes del fin de su mandato es otra manera de controlar al poder ejecutivo. En general, hay dos tipos de revocación a nivel nacional: la revocación mixta y la revocación completa. Esta última significa que tanto la iniciativa como la decisión final de revocar el mandato descansan exclusivamente en la ciudadanía. Con respecto al ejecutivo, este tipo de revocación es menos común y solamente se aplica en algunos países de América Latina (por ejemplo, Ecuador³⁸). La revocación mixta es el proceso mediante el cual la ciudadanía participa solamente en una de las fases, ya sea iniciándola o decidiéndola en un referéndum. Si bien en algunos países la participación ciudadana es parte de un procedimiento de suspensión como resultado de la mala conducta del Presidente (como en Rumanía³⁹), en la mayoría de

los casos la ciudadanía pasa a ser parte de un debate puramente político en el que debe aprobar la revocación del mandato presidencial (como en Austria⁴⁰ e Islandia⁴¹).

La revocación ciudadana debe equilibrar los principios de participación y gobernanza efectiva con la necesidad de armonizar los procesos de revocación con instituciones efectivas de representación democrática. Por un lado, si son frecuentes los votos revocatorios ello puede socavar la idea de democracia representativa y perjudicar la implementación de la agenda política del ejecutivo a medio y largo plazo. Por otro lado, la creación de un proceso excesivamente complejo para evitar su uso exagerado puede limitar su intención original de permitirles a los ciudadanos responsabilizar directamente a sus autoridades.

5.4. Diseño de los poderes sustantivos del ejecutivo

Además de la desagregación de las facultades del ejecutivo por medio del diseño institucional, como se mencionó anteriormente, quienes redactan constituciones pueden controlar los poderes del ejecutivo por medio de la participación de otros actores en los procesos de toma de decisiones. Vale la pena considerar dos opciones: primero, la participación de otros actores en aquellos procesos de toma de decisiones que tradicionalmente suelen quedar en manos del poder ejecutivo y, segundo, la limitación de la influencia ejecutiva en aquellas competencias sustantivas propias de otros poderes del Estado.

5.4.1. Participación de otros actores en la toma de decisiones sustantivas del ejecutivo

La primera categoría es diluir la autoridad ejecutiva, incluyendo decisiones relativas a la declaración del estado de emergencia, la concesión de indultos o amnistía, o declaraciones formales de guerra. Los poderes para declarar el estado de emergencia y conceder indultos o amnistías son materia del capítulo 5, secciones 4.3.1 y 4.3.2. La segunda categoría se refiere a aislar decisiones que tradicionalmente corresponden al poder legislativo respecto de la influencia ejecutiva, por ejemplo, y puede incluir la limitación de la capacidad del poder ejecutivo de emitir leyes o decretos con fuerza de ley, así como la restricción de sus intentos de marcar las pautas del proceso formal de elaboración de leyes.

Estado de emergencia

Las preguntas constitucionales de *quién* decreta un estado de emergencia y el *método por el cual* se decreta dan cabida a distintos grados de participación de instituciones que no son el poder ejecutivo. Una constitución puede delinear claramente las ocasiones —las únicas ocasiones— en que el gobierno puede decretar el estado de emergencia, como una invasión o una catástrofe natural. Pero los redactores de la constitución pueden dejar cierto espacio para la discrecionalidad: consideremos, por ejemplo, amenazas a la salud pública o al orden interno. Intentar articular todas esas posibles circunstancias es imposible e insensato. Alguien debe determinar cuándo la amenaza o el peligro se eleva al nivel de una emergencia; y, para evitar su abuso, alguien más debe tener el poder para evaluar esa determinación. La Constitución de Perú requiere aprobación previa del gabinete antes de que el jefe del ejecutivo decrete un estado de emergencia, lo que

Decretar el estado de emergencia podría concentrar el poder como ningún otro acto del poder ejecutivo. Muchos redactores de constituciones han compensado esta situación de manera excesiva exigiendo prerequisites demasiado cautelosos para una declaración de emergencia.

constituye una dispersión interna dentro del poder ejecutivo. La Constitución de Malawi permite que el ejecutivo decrete un estado de emergencia, pero requiere aprobación retroactiva por parte del parlamento dentro de un período definido. Las Constituciones de Etiopía y Fiji exigen una aprobación parlamentaria previa antes de que el ejecutivo pueda decretar un estado de emergencia. La Constitución de Mongolia establece que solo

el parlamento puede decretar el estado de emergencia, lo cual constituye la más amplia dispersión de poder del ejecutivo a la hora de decretar este estado. El Presidente solamente puede actuar si el parlamento está en receso, pero tal declaración dura solamente siete días y prescribe si el parlamento se mantiene pasivo.

Decretar un estado de emergencia podría concentrar el poder como ningún otro acto ejecutivo, eliminando muchos límites a la actuación unilateral. Muchos países posconflicto sufren gravemente cuando el gobierno de emergencia se aplica de manera abusiva. Cautos ante esa eventualidad, muchos redactores de constituciones han buscado prevenirla de forma contraproducente, imponiendo prerequisites demasiado cautelosos para la declaración del estado de emergencia. En verdaderas emergencias, la falta de instituciones operativas puede hacer que sea imposible cumplir con todos los requisitos. En Haití, por ejemplo, cualquier declaración de emergencia exigía el refrendo del Primer Ministro y los demás ministros del gabinete, además de una determinación inmediata del parlamento sobre el alcance y la conveniencia de la decisión del Presidente. También, recientemente, en la Constitución haitiana solamente la invasión extranjera y la guerra civil —pero no un desastre natural— constituían un estado de emergencia. Dada esta redacción restrictiva y las exigencias de la situación —incluido un terremoto sin precedentes y la muerte de muchos ministros y parlamentarios—, el gobierno haitiano ignoró las disposiciones constitucionales aplicables y decretó igualmente el estado de emergencia, con lo que protegió la soberanía, pero se vio obligado a no observar los principios del Estado de derecho.

Conceder amnistía/indulto

Otra función que tradicionalmente ejerce el poder ejecutivo es el derecho a conceder indultos o amnistía. En escenarios posconflicto, las regulaciones constitucionales para una justicia transicional que también incluya elementos de amnistía son fundamentales y suelen ser el prerequisite para el comienzo pacífico de una nueva era. La amnistía como parte de la justicia transicional después de conflictos violentos no se aborda en este capítulo, sino que se revisan las disposiciones sobre la concesión de amnistías e indultos diseñadas para su aplicación en el curso normal de la vida constitucional. Pero incluso en este contexto, el poder de conceder amnistías/indultos es un tema delicado y acarrea el potencial de influir en la administración de justicia a gran escala si se usa de manera imprudente. Así, identificar el adecuado equilibrio entre los actores involucrados en el proceso de concesión de amnistías/indultos es esencial. También a este respecto existen varias opciones constitucionales, desde la autoridad ejecutiva exclusiva para conceder amnistías (Burkina

Faso, República Checa) o indultos (Georgia, Kenia) hasta la exclusión total del ejecutivo en las decisiones sobre amnistías (Hungría). Entre estos dos extremos, la gama de opciones incluye tanto al poder ejecutivo como al legislativo ejerciendo poderes paralelos de indulto y amnistía (Mozambique 1990); al poder ejecutivo concediendo amnistías e indultos en circunstancias limitadas (Haití); a poderes conjuntos que requieren que tanto el poder ejecutivo como el legislativo aprueben los indultos o la amnistía (Indonesia, Corea del Sur), o incluso una combinación de estos dos últimos arreglos (en Grecia, la amnistía solo existe para crímenes políticos y únicamente si es aprobada por el poder ejecutivo y el parlamento).

En escenarios posconflicto, las regulaciones constitucionales para la justicia transicional, que también incluyen elementos de amnistía, son de suma importancia y suelen ser el prerrequisito para el comienzo pacífico de una nueva era. El poder de otorgar una amnistía o un indulto es sensible y acarrea el potencial de influir en la administración de justicia a gran escala si se usa de manera imprudente.

5.4.2. Limitación del impacto del poder ejecutivo en la elaboración de leyes

Tradicionalmente, la autoridad que redacta la ley recae sobre el poder legislativo, no el ejecutivo. El poder ejecutivo puede obtener el poder para bloquear, controlar o influir en las actividades centrales de otros poderes del Estado, como en la elaboración de leyes. Moderar el grado de influencia del poder ejecutivo en el proceso de elaboración de leyes es por tanto otra consideración en el momento de diseñar el poder ejecutivo. Se distinguen dos formas en que el ejecutivo puede involucrarse en las actividades relacionadas con la elaboración de leyes: (a) legislar mediante decretos, y (b) participar en el proceso mismo de elaboración de leyes.

Legislar por medio de decretos

Es importante no confundir el poder de emitir decretos de naturaleza regulatoria o administrativa con el poder de legislar mediante decretos. La mayoría de los poderes ejecutivos, al menos aquellos en que se elige directamente al titular, gozan del poder de emitir decretos para implementar su agenda política. En algunos casos, el Presidente tiene amplia discrecionalidad para interpretar las intenciones del legislador en la implementación de la ley⁴².

Se puede legislar por decreto de dos formas: (a) por poderes delegados por el poder legislativo o (b) por poderes constitucionales originales. En la primera, el propio poder legislativo controla y puede revocar la delegación de tal autoridad en cualquier momento (como en Croacia). Si este poder se concede temporalmente por mayoría del poder legislativo y su contenido está cuidadosamente circunscrito, puede ayudar a implementar de manera más eficiente las medidas individuales de un área específica. Respecto de la autoridad para elaborar leyes asignada directamente al ejecutivo,

El poder de legislar por decreto puede derivar de poderes delegados de la asamblea legislativa o de poderes constitucionales originales.

deben considerarse —nuevamente— dos facetas: primero, el poder de legislar solo en circunstancias excepcionales y, segundo, el poder de legislar sobre materias específicas. Una circunstancia excepcional común se da cuando la asamblea legislativa se encuentra fuera del período de sesiones. Sin embargo, esos decretos suelen perder su vigencia si no los convalida la asamblea legislativa dentro de cierto período después de que se reanudan las sesiones (por ejemplo, en Brasil). Otra excepción es el estado de emergencia. Sin embargo, si no está diseñada cuidadosamente (véase el capítulo 5, secciones 4.3.1 y 4.3.2), tal disposición puede abrir la puerta a una modalidad extensa de poderes legislativos y es susceptible de ser usada incorrectamente, como en Egipto, Sudán y otros países.

Alternativamente, una constitución puede permitir al ejecutivo emitir decretos con fuerza de ley en ciertas áreas concretas de política pública, actuando así al margen del poder legislativo en esas áreas (como ocurre en Francia).

Participación del ejecutivo en el proceso de elaboración de leyes

El proceso legislativo incluye varias etapas, comenzando con el inicio de la legislación y terminando con la promulgación de un proyecto o proposición que pasa a ser ley. La participación sustantiva del poder ejecutivo en este proceso puede ocurrir en dos etapas: (a) al comienzo y (b) después de que la asamblea legislativa haya aprobado la proposición.

(a) Iniciativa para legislar

En la mayoría de las constituciones el poder legislativo posee una autoridad ilimitada para iniciar el proceso de elaboración de leyes respecto de todas las materias, a veces incluso de manera exclusiva (por ejemplo, en los EE. UU.). En muchos países, sin embargo, la autoridad para presentar proyectos de ley se comparte, al menos parcialmente, con el poder ejecutivo. En algunas constituciones, el poder ejecutivo incluso tiene capacidad exclusiva para introducir proyectos de ley relativos al presupuesto, los tratados internacionales o la legislación de comercio y aranceles. Esta autoridad puede extenderse también a otras áreas de políticas públicas (por ejemplo, en Brasil, Chile y Colombia).

Esta función de “control de acceso” permite al ejecutivo mantener el *statu quo* establecido en aquellas áreas particulares de políticas donde sea aplicable. El Presidente que quiera evitar que una asamblea legislativa dominada por la oposición haga cambios en un área específica puede simplemente abstenerse de introducir nuevos proyectos de ley.

(b) Poder de veto presidencial

Después de que el poder legislativo aprueba un proyecto de ley, muchas constituciones permiten que el Presidente influya en el mismo, le ponga trabas o incluso lo bloquee. Así, la manera en que la constitución define los poderes de veto también puede concentrar o dispersar el poder. Se distinguen dos tipos de intervención presidencial: el Presidente puede (a) rechazar un proyecto o proposición de ley por razones estrictamente políticas, o (b) impugnar la constitucionalidad de un proyecto o proposición. La primera opción se considera un veto *político* y la segunda un veto que versa sobre la *constitucionalidad* del proyecto o proposición. Los vetos políticos son más comunes en los sistemas presidenciales

o semipresidenciales, en los que el electorado, en vez del poder legislativo, elige al Presidente directamente. Si la asamblea legislativa puede superar el veto por una mayoría igual o superior a la mayoría con que el proyecto o proposición fue originalmente aprobado (como en Botswana, India y Turquía), entonces el veto presidencial es débil y equivale tan solo a un derecho de demora. Un veto puede requerir el transcurso de varios meses antes de que el poder legislativo pueda

La participación del poder ejecutivo en el proceso de elaboración de leyes puede significar el poder de iniciar legislación o poderes de veto. En muchos países el poder para presentar proyectos o propuestas se comparte, al menos parcialmente, con el poder ejecutivo, y el veto puede invalidarse bajo ciertas condiciones.

volver a tramitar esa misma proposición de ley. Este lapso puede permitir un mayor debate y atención mediática (como en Uruguay). Sin embargo, si aumenta el umbral necesario para que la asamblea pueda superar un veto, entonces el veto presidencial toma más peso. Los umbrales más altos pueden variar de manera significativa: puede requerirse una mayoría absoluta (como en Perú), una mayoría del 60 por ciento (el caso de Polonia), una mayoría del 67 por ciento (como en Chile) de los miembros *presentes* en la asamblea, o una mayoría del 67 por ciento del *total* de los miembros de la asamblea (como en Egipto). Según la composición del poder legislativo y la fuerza de la oposición, un veto presidencial puede ser equivalente a un veto absoluto de facto, toda vez que tiene el poder para bloquear todas las iniciativas legislativas si se aplica. Un veto absoluto *de iure* raramente existe; y si existe, suele estar limitado a áreas políticas específicas (como en Chipre).

Además del *veto total*, que permite que el Presidente registre solamente una opinión de sí o no, existe un *veto parcial*, que le permite objetar partes específicas de un proyecto o proposición (como en Uruguay). Se podría decir que el veto parcial le permite al Presidente participar de manera más directa en el proceso de elaboración de leyes, al autorizar una interposición más limitada en los detalles de la legislación. Esa intervención limitada permite influir de forma significativa sobre la versión final de la legislación.

Otra opción le permite al Presidente ampliar el espectro de aprobación necesario para aprobar una propuesta de ley. El ejecutivo puede también influir en el proceso legislativo sometiendo una proposición de ley a referéndum para que sea aprobada o rechazada por mayoría simple (como en Francia y Perú). El poder de convocar un referéndum o plebiscito puede ser una herramienta importante, usada por un Presidente para presionar al poder legislativo para que acepte su propuesta de política pública. Junto al debate sobre el contenido puramente sustantivo de un proyecto o proposición de ley, los Presidentes pueden usarla para reafirmar su mandato popular y su legitimidad.

Una constitución puede autorizar al Presidente a impugnar la constitucionalidad de una proposición de ley reenviándola a la corte respectiva para su revisión (como en Croacia y Sudáfrica). En este caso, la preocupación del Presidente en cuanto a la constitucionalidad de la ley retrasa o —si es apoyado por la corte respectiva— pone fin al proceso por razones legales en vez de políticas. Permitir al Presidente vetar una proposición de ley sobre bases puramente constitucionales permite hacer una revisión legal en una etapa temprana del proceso.

6. Conclusiones

Existen múltiples formas de diseñar la rama ejecutiva, y las opciones ilustradas en este capítulo solamente son algunos ejemplos del variado menú disponible. Las sugerencias para desagregar los poderes del ejecutivo fortalecerán los debates relativos a la transformación de ideas políticas en un marco legal. Pero la construcción de relaciones institucionales en el nivel constitucional que tengan el justo equilibrio de poder y responsabilidades, tanto dentro del poder ejecutivo como entre los tres poderes del Estado, es solo el primer paso. Las dinámicas y los actores políticos pueden pasar por alto las disposiciones constitucionales y generar resultados que se oponen a lo que pretendían los redactores de la constitución. Ocasionalmente, el apoyo y la vigilancia constante de los actores políticos relevantes puede ser útil para evitar una interpretación demasiado amplia de la ley por parte del ejecutivo. Por ejemplo, la Constitución de Brasil otorga al Presidente el poder de emitir “medidas provisionales” en tiempos de “relevancia y urgencia”. Según las disposiciones de la Constitución de 1988, dichas medidas expiraban después de 30 días si no eran aprobadas por ley. Sin embargo, esta disposición fue interpretada como una autorización para los Presidentes de volver a emitir las medidas provisionales de manera indefinida. Una reforma de 2001 extendió el tiempo pertinente a 60 días, pero también especificó que las medidas provisionales solamente podían renovarse una vez. No obstante, a veces los principios de separación de poderes y los controles y contrapesos institucionales, ambos diseñados para controlar al ejecutivo, pueden volverse irrelevantes si el Primer Ministro o la Primera Ministra controla de facto a su partido político.

El dilema constitucional de evitar que los ejecutivos extiendan sus mandatos más allá de lo permitido en la constitución también ilustra el limitado alcance de las disposiciones constitucionales que carecen de apoyo político: aunque rara vez están involucrados en el proceso de reforma constitucional, los jefes del ejecutivo han logrado iniciar y dirigir, de manera reiterada, esos procesos, lo que ha resultado en la extensión de sus mandatos (como en Burkina Faso, Costa de Marfil, Gabón y Uganda).

Para evitar estos resultados, algunas constituciones declaran que los mandatos presidenciales son inmutables (El Salvador, Honduras y Níger), y la Constitución de Honduras incluso empodera a las fuerzas armadas para hacer cumplir esta disposición, como se señaló anteriormente. Puede que sea más que una simple coincidencia que, cuando los Presidentes intentaron superar esta limitación en Honduras y en Níger, sus intentos fracasaron y fueron removidos del poder. La flagrante falta de respeto por esta norma y la ignorancia de las intervenciones de los otros poderes para resguardarla movilizaron oposición y resistencia. Al final, los golpes de Estado constitucionales de ambos Presidentes fueron detenidos en distintas etapas mediante intervención militar.

Tabla 4.2. Temas destacados en este capítulo

Temas	Preguntas
1. Sistema de gobierno	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Será el jefe de gobierno elegido directamente por el pueblo por un mandato fijo o derivará su legitimidad del poder legislativo, con lo que su origen y supervivencia dependerían de la asamblea legislativa? • ¿Será el Jefe de Estado también Jefe de Gobierno? De ser así, ¿será elegido por el pueblo (sistema presidencial) o por la asamblea legislativa? (Sudáfrica, Botswana)? • ¿Existirá un ejecutivo dual con un Jefe de Estado elegido directamente y un Jefe de Gobierno elegido por la cabeza del Estado y la asamblea legislativa?
2. Diseño de la rama ejecutiva en el nivel nacional	<ul style="list-style-type: none"> • ¿La posición de Jefe de Gobierno (y Jefe de Estado) la ejercerá una sola persona o un ejecutivo colegiado, en el que la presidencia está compuesta por varios miembros? • En el último caso, ¿tendrán todos los miembros de la presidencia los mismos poderes o tendrán poderes ponderados, requiriendo que la presidencia decida de manera colectiva solamente sobre temas importantes? • En el caso de un ejecutivo dual, ¿el Jefe de Estado tendrá facultades para nombrar/elegir/destituir al Jefe de Gobierno? • En un ejecutivo dual, ¿la cabeza del Estado participará del nombramiento y/o destitución de los integrantes del gabinete o será un poder concedido exclusivamente al Jefe de Gobierno?
3. Límites para la reelección presidencial	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Existirán límites para la reelección de un Presidente elegido directamente? ¿Cómo proteger los límites para la reelección contra una reforma fácil?
4. Descentralización del poder ejecutivo	<ul style="list-style-type: none"> • Desde una perspectiva vertical, ¿existirán varios niveles de administración o niveles de gobierno en el país? • En el caso último, ¿será el jefe de la administración elegido por la población de esa localidad, o será nombrado por el ejecutivo nacional? • ¿Implementará el jefe de la administración/gobierno solamente las políticas nacionales, o estará facultado para determinar autónomamente políticas sobre temas específicos (ya sea por cuenta propia o por medio de una asamblea legislativa a ese nivel) y para representar a ese nivel de gobierno? • ¿Podrán los niveles de gobierno recaudar sus propios ingresos?
5. Poderes institucionales del ejecutivo	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Tendrá el jefe del ejecutivo la facultad para disolver la asamblea legislativa? En caso afirmativo, ¿en qué circunstancias?

Temas	Preguntas
6. Control institucional del ejecutivo	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Tendrá el jefe del ejecutivo control exclusivo sobre el gabinete o compartirá el control con el poder legislativo? • ¿Existirá la posibilidad de un voto político de censura por parte del poder legislativo en contra de la cabeza del gobierno? • ¿Quién participará del enjuiciamiento político contra el Jefe de Estado/Gobierno? • ¿Podrá la ciudadanía revocar el mandato del Jefe de Gobierno en circunstancias específicas?
7. Poderes sustantivos del ejecutivo	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Tendrá el ejecutivo control exclusivo sobre la declaración del estado de emergencia o participarán otros actores (por ejemplo, la asamblea legislativa)? • ¿Tendrá el ejecutivo control exclusivo sobre la declaración de guerra o participarán otros actores (por ejemplo, la asamblea legislativa)? • ¿Tendrá el ejecutivo control exclusivo sobre la concesión de indultos/amnistías o participarán otros actores (por ejemplo, la asamblea legislativa)? • ¿Podrá el ejecutivo participar en el proceso de elaboración de leyes? De ser así, ¿existirá la posibilidad de que el ejecutivo legisle por medio de decreto, y qué limitaciones serán aplicables? • ¿Tendrá el ejecutivo el derecho de presentar proyectos de ley, incluso de manera exclusiva respecto de algunas materias? • ¿Tendrá el ejecutivo derecho a veto? De ser así, ¿será un veto puramente suspensivo, será necesaria una mayoría cualificada de la asamblea legislativa para superar el veto presidencial o será el veto absoluto para ciertas materias? • ¿Tendrá el ejecutivo el derecho a impugnar la constitucionalidad de una propuesta de ley antes de que se transforme en ley?

Notas

- 1 Véase S. Mainwaring y M. S. Shugart, “Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: A Critical Appraisal” [Juan Linz, presidencialismo y democracia: una evaluación crítica], *Comparative Politics*, 29/4 (1997), págs. 449-471.
- 2 J. J. Linz, “The Perils of Presidentialism” [Los peligros del presidencialismo], *Journal of Democracy*, 1/4 (1990), págs. 51-69.
- 3 D. Horowitz, “Constitutional Design: Proposals Versus Processes” [Diseño constitucional: propuestas versus procesos], en A. Reynolds (ed.), *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy* [La arquitectura de la democracia: diseño constitucional, gestión de conflicto y democracia], (Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2002), págs. 15-36.

- ⁴ J. Carey y M. S. Shugart, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics* [Presidentes y asambleas: diseño constitucional y dinámicas electorales] (Cambridge: Cambridge University Press, 1992).
- ⁵ R. Simeon, “Constitutional Design and Change in Federal Systems: Issues and Questions” [Diseño constitucional y cambio en los sistemas federales: temas y preguntas], *Publius: The Journal of Federalism*, 39/2 (2009), págs. 241-261.
- ⁶ D. Horowitz, “Constitutional Design: Proposals Versus Processes” [Diseño constitucional: propuestas versus procesos].
- ⁷ R. Simeon, “Constitutional Design and Change in Federal Systems” [Diseño constitucional y cambio en los sistemas federales].
- ⁸ Para un análisis en profundidad de la “destitución”, véase P. Kelly, *The Dismissal* [La destitución] (Melbourne: Angus & Robertson, 1983). Una dinámica similar se dio en la disputa parlamentaria canadiense de 2008-2009, causada por los partidos de la oposición en la Cámara Baja cuando respaldaron una moción de censura contra el gobierno de minoría.
- ⁹ Artículo 64, Ley Fundamental de Alemania (1949) desde 2009.
- ¹⁰ Artículo 175 de la Constitución suiza.
- ¹¹ Artículo 13.9 de la constitución de Irlanda.
- ¹² D. N. Posner y D. J. Young, “The Institutionalization of Political Power in Africa” [La institucionalización del poder político en África], *Journal of Democracy* (2007), pág. 131.
- ¹³ Artículo 81 (3) de la Constitución de la Federación Rusa (1993) desde 2008.
- ¹⁴ Artículo 60 (5) de la Constitución de la República de Austria (1920) desde 2004.
- ¹⁵ Artículo 178 de la Constitución de la República de Panamá (1972) desde 2004.
- ¹⁶ Artículo 229 de la Constitución de Paraguay (1992).
- ¹⁷ Artículo 70 de la Constitución de la República de Corea (1948) desde 1987.
- ¹⁸ Artículo 88 (2) de la Constitución de Sudáfrica (1996) desde 2007.
- ¹⁹ Artículo 101 (2) de la Constitución de la República de Turquía (1982) desde 2008.
- ²⁰ Artículo 248 de la Constitución de El Salvador (1983).
- ²¹ Artículo 374 de la Constitución de Honduras (1982).
- ²² Artículos 36 y 136 de la Constitución de Níger (1999).
- ²³ Artículo 272 de la Constitución de Honduras (1982).
- ²⁴ Artículo 128 (2) de la Constitución de la República de Corea (1948) desde 1987.
- ²⁵ El término “desconcentración” se usa aquí en un sentido técnico para describir un grado específico de descentralización. Si no se usa en referencia a la descentralización administrativa, el término se usa de manera más general.

- ²⁶ Artículo 187 (1) de la Constitución de Portugal (1976) desde 2004.
- ²⁷ Artículo 135 (9) de la Constitución de Colombia (1991) desde 2005.
- ²⁸ Artículo 101 de la Constitución de Argentina (1994).
- ²⁹ Artículo 88 de la Constitución Interina de Sudáfrica (1994-1996).
- ³⁰ Artículo 87 de la Constitución de Ucrania (1996) desde 2004.
- ³¹ Artículo 67 y artículo 68 de la Ley Fundamental de Alemania (1949) desde 2009.
- ³² Artículo 113 de la Constitución de España (1978) desde 1992.
- ³³ Artículo 39 A de la Constitución de Hungría (1949) desde 2007.
- ³⁴ Artículo 87 (8) de la Constitución de Lesoto (1993).
- ³⁵ Artículo 158 (1) de la Constitución de Polonia (1997).
- ³⁶ Artículo 57 de la Constitución de Namibia (1990) desde 1998.
- ³⁷ Artículo 136 de la Constitución de Egipto (1971) desde 2005 (antes de las enmiendas de 2007).
- ³⁸ Artículo 105 de la Constitución de la República de Ecuador (1998) desde 2008.
- ³⁹ Artículo 95 de la Constitución de Rumania (1991) desde 2003.
- ⁴⁰ Artículo 60 (6) de la Constitución de la República de Austria (1920) desde 2004.
- ⁴¹ Artículo 11 de la Constitución de la República de Islandia (1944) desde 1999.
- ⁴² J. M. Payne et al., *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America* [Democracias en desarrollo: políticas y reforma en Latinoamérica], (Washington, D. C.: Inter-American Development Bank, IDEA Internacional et al., 2007).

Términos clave

Ejecutivo colegiado, ejecutivo dual, separación vertical de poderes ejecutivos, dependencia institucional.

Recursos adicionales

- **Iniciativa para la Paz**

<<http://www.peacebuildinginitiative.org/index.cfm?pageId=1759>>

Este sitio ofrece una descripción detallada de la democracia y los problemas de gobernanza en contextos de consolidación de la paz posteriores a un conflicto. Aborda definiciones y cuestiones conceptuales relacionadas con las nociones de democracia, gobernanza y Estado de derecho. También examina cómo la gobernabilidad democrática se ha convertido en un marco político central para la construcción

de la paz después de un conflicto durante las últimas dos décadas y contiene una discusión específicamente dedicada a las constituciones.

- **Red de Conocimiento Electoral**

<http://aceproject.org/ero-en/index_html?filter&topic=&country=&type=Essays and Papers>

El Portal de Conocimiento Electoral ACE —una iniciativa conjunta de IDEA Internacional, el Instituto Electoral de África Austral (EISA), Elections Canada, el Instituto Federal Electoral de México, la Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES), el Departamento de Economía y Asuntos Sociales (UN DESA), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la División de Asistencia Electoral de las Naciones Unidas (UNEAD)— es un repositorio de conocimientos en línea que ofrece una amplia gama de servicios relacionados con el conocimiento, la asistencia y el desarrollo de capacidades electorales. El sitio contiene artículos detallados, estadísticas y datos globales, una enciclopedia de elecciones, información sobre asistencia electoral, observación y desarrollo profesional, recursos específicos de la región y del país, noticias electorales diarias, un calendario electoral, concursos y redes de expertos.

- **Instituto del Federalismo**

<<http://www.federalism.ch/index.php?page=22&lang=0>>

El Instituto del Federalismo es un centro de investigación y experiencia académica que se centra en el federalismo y la diversidad cultural. Su sitio web ofrece un centro internacional de investigación y consultoría que se centra en la creación pacífica de sociedades multiculturales.

- **Centro para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas de Ginebra**

<<https://www.dcaf.ch/>>

El Centro para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF) es una fundación internacional que apoya el desarrollo de fuerzas de seguridad que sean responsables ante el Estado y sus ciudadanos. Este sitio contiene una serie de publicaciones, incluido un documento de política que analiza los estados de emergencia: “¿Asegurar la democracia? Un análisis comparado de los poderes de emergencia en Europa” (2009).

- **Instituto Nacional Democrático**

<<https://www.ndi.org/>>

El Instituto Nacional Democrático (NDI) es una organización no partidista y sin fines de lucro que apoya a las instituciones democráticas en todo el mundo a través de la participación ciudadana, la apertura y la rendición de cuentas en el gobierno. El sitio web ofrece una biblioteca de documentos clave, así como otras publicaciones.

- **Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, Oficina para Instituciones Democráticas y Derechos Humanos**

<<http://www.osce.org/odihr>>

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) es una organización de seguridad regional cuyo objetivo es ofrecer un foro para las

negociaciones políticas y la toma de decisiones en los campos de alerta temprana, prevención de conflictos, gestión de crisis y rehabilitación posconflicto. Financiada por sus Estados miembros, pone en práctica la voluntad política de los Estados participantes a través de su red de misiones sobre el terreno. El sitio web contiene recursos multimedia, servicios de noticias, bases de datos y una biblioteca de documentos.

- **Semipresidencialism One**

<http://www.semipresidentialism.com/The_Semi-presidential_One/Blog/Blog.html>
Este sitio web incluye publicaciones sobre semipresidencialismo y gobiernos semipresidenciales del politólogo Robert Elgie.

CAPÍTULO 5

CAPÍTULO 5

Diseño del poder legislativo

Markus Böckenförde

1. Introducción y descripción general

La asignación de poderes y la interrelación entre los tres poderes del Estado, es decir, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, son clave en el diseño institucional de una constitución. Tal como sucede respecto del poder ejecutivo, el diseño del poder legislativo no puede discutirse de forma aislada, sino que se requiere comprender toda la estructura gubernamental en la que opera. En el capítulo 4, donde se analiza el diseño del poder ejecutivo en una constitución, se introducen las cuestiones relativas al marco de la estructura estatal, ya sea que se trate de un sistema de gobierno presidencial, parlamentario o mixto. Sus características se resumen en las figuras 4.1 a 4.3 y en los recuadros 4.1 a 4.3. Asimismo, sus potenciales fortalezas y desafíos se muestran en la tabla 4.1. Este capítulo, por su parte, se enfoca en el poder legislativo.

Las tres funciones básicas del poder legislativo son la representación, la elaboración de leyes y la supervisión. Como institución más representativa de la política, en el mejor de los casos, el poder legislativo representa la arena política donde compiten las opiniones divergentes de la sociedad. En un escenario posconflicto, los grupos que antes se enfrentaban ahora luchan por reemplazar la violencia y el odio por la política. En este contexto, el diseño del poder legislativo puede facilitar esta evolución y servir de foro en el que expresar, considerar y dar cabida a las diferentes opiniones.

Desde un punto de vista más pragmático, el diseño constitucional suele representar un compromiso entre actores con intereses y expectativas diferentes. Varios actores clave en el período posconflicto, incluidos aquellos que buscan sabotear el proceso y quienes perpetran la violencia, van a exigir que se les dé cabida. Por lo tanto, es posible que los responsables de la elaboración constitucional no logren alcanzar la mejor constitución posible en términos técnicos, pero sí el mejor compromiso constitucional posible. Dado que los partidos políticos conforman predominantemente el poder legislativo, sus intereses, además de las visiones de sus líderes, suelen dominar el proceso de diseño del mismo. Los partidos dominantes podrían negociar un modelo del tipo “todo para

el ganador” no solo en lo que respecta al sistema electoral, sino también con relación al diseño legislativo, concentrando el poder legislativo al permitir que una mayoría simple ejerza una autoridad de gran alcance. Así, los partidos que representan a un grupo minoritario, ya sea religioso o cultural, podrían preferir un diseño diferente.

Las tres funciones básicas del poder legislativo son la representación, la elaboración de leyes y la supervisión. Como la institución más representativa de la política, en el mejor escenario, representa la arena política en la que compiten las opiniones divergentes de la sociedad.

A menudo se depositan expectativas muy altas en el poder legislativo y su papel en la estructura gubernamental. Especialmente en los escenarios en los que la gente ha sufrido debido a gobernantes autoritarios que dirigen un país sobre la base de un ejecutivo fuertemente centralizado, se espera el alivio de un poder legislativo viable. Los partidarios de la democracia pueden considerar que no hay nada problemático en una asamblea

legislativa potente que concentre poderes considerables. El poder legislativo se percibe como una rama deliberativa en que la negociación y el compromiso, seguidos de la votación, están a la orden del día.

Sin embargo, diseñar un poder legislativo también acarrea algunos desafíos. Los responsables de la elaboración constitucional pueden considerar que un poder legislativo sin trabas que sigue la regla de la mayoría simple también puede suponer la amenaza de la tiranía para los grupos minoritarios que no están suficientemente representados.

Este capítulo examina una variedad de opciones constitucionales de diseño legislativo y las organiza según las tres funciones básicas: representación, supervisión y elaboración de la ley. Añade dos elementos más: el grado de autonomía del poder legislativo y las tareas sustantivas adicionales del poder legislativo junto con la elaboración de leyes. En la figura 5.1 se explica la estructura organizativa del capítulo en detalle.

La sección 3 de este capítulo examina el diseño institucional del poder legislativo y aborda tres cuestiones: (a) las diferentes estructuras institucionales que dan lugar a diferentes formas de representación; (b) la estructura institucional de supervisión/control del poder legislativo sobre el ejecutivo, y (c) las diferentes formas de controlar al poder legislativo.

- (a) Existen diferentes ángulos para asegurar la representación inclusiva en el poder legislativo. Uno se refiere a la composición de la asamblea legislativa, que en última instancia depende del sistema electoral, el cual traduce los votos de los ciudadanos en escaños en la asamblea. Otro ángulo se relaciona con el anterior y aborda la cuestión de si las cuotas o los escaños reservados deben influir en la composición del órgano legislativo. Un tercer ángulo tiene que ver con la cuestión de si la asamblea legislativa debería introducir un instrumento de protección de las minorías en el procedimiento de votación dentro de la propia asamblea, mediante diferentes medios para contar los votos de los miembros del parlamento (doble voto). Además, se discute si el órgano legislativo como tal debería componerse de una o dos cámaras. Una segunda cámara daría lugar

a un modelo de representación diferente al de la primera cámara. Además de aumentar el grado de representación mediante una segunda cámara en el nivel nacional, quienes redactan constituciones también pueden considerar la posibilidad de que a las asambleas legislativas de los distintos niveles de gobierno (provincias, gobiernos locales) les corresponda su propia autoridad.

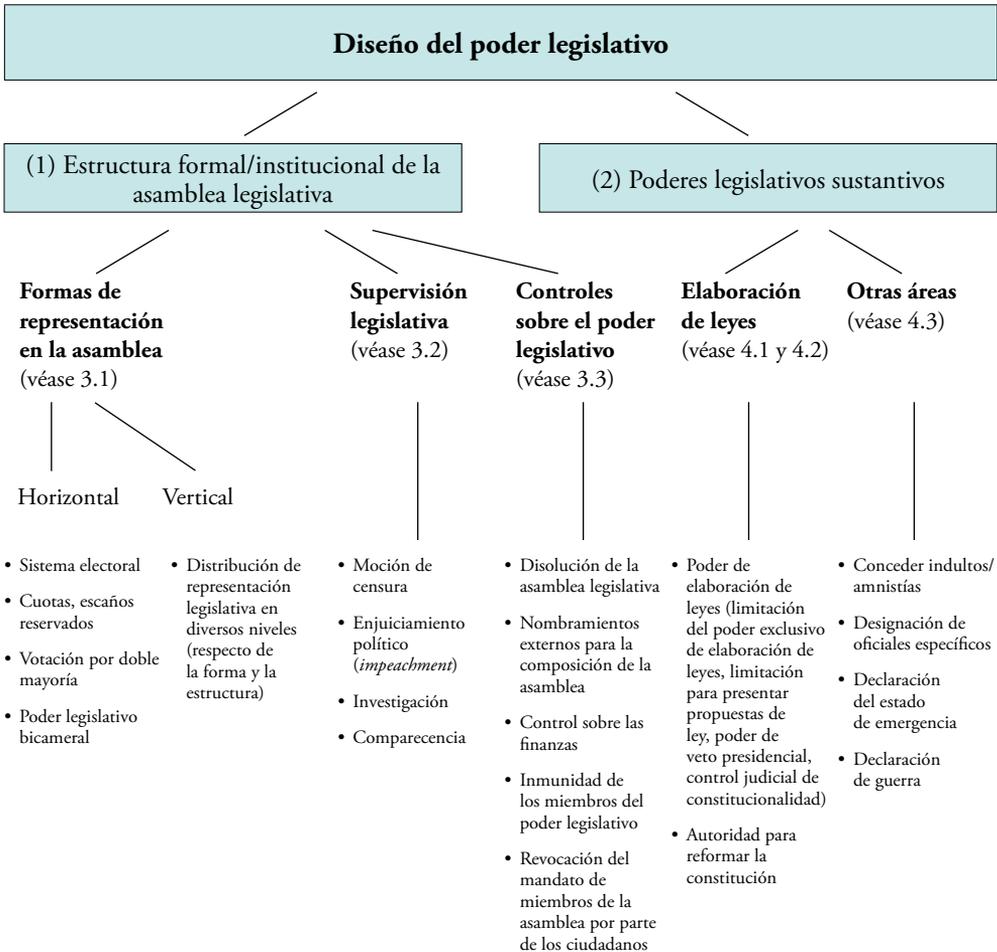
A menudo se depositan expectativas muy altas en el poder legislativo y su papel en la estructura gubernamental, especialmente cuando la gente ha sufrido debido a gobernantes autoritarios. Sin embargo, un poder legislativo sin trabas, y bajo la regla de la mayoría simple, también puede suponer la amenaza de la tiranía para los grupos minoritarios que no están suficientemente representados.

- (b) La supervisión/control es otra de las tareas del poder legislativo y se presenta de distintas formas: (i) como una relación específica entre el poder legislativo y el ejecutivo en la que el origen y/o la supervivencia del ejecutivo depende del poder legislativo; (ii) como parte de un mecanismo cuasijudicial para actuar en respuesta a las infracciones del ejecutivo (enjuiciamiento político o *impeachment*), o (iii) como parte de los controles cotidianos de la responsabilidad del ejecutivo.
- (c) Por otro lado, es necesario determinar el grado de autonomía del propio poder legislativo. Se pueden considerar varias formas y medios de controlar o influir en el poder legislativo en un sistema general de controles y contrapesos.

El diseño constitucional suele representar un compromiso entre varios actores con intereses y expectativas diferentes. Varios actores clave después de un conflicto, incluidos aquellos que buscan sabotear el proceso y quienes perpetran la violencia, van a exigir que se atiendan sus demandas. Por lo tanto, es posible que los responsables de la elaboración constitucional no logren alcanzar la mejor constitución posible en términos técnicos, pero sí consigan el mejor compromiso constitucional posible.

La sección 4 se centra en los poderes sustantivos del órgano legislativo, principalmente en el poder de elaboración de leyes, incluido el poder de reformar la constitución. También en este caso este poder sustantivo puede recaer exclusivamente en el poder legislativo o bien ser compartido con otras instituciones. Por último, las competencias sustantivas del poder legislativo no se limitan a la elaboración de leyes. Así, también se aborda la participación legislativa sustantiva en otros ámbitos.

Figura 5.1. Diseño del poder legislativo



2. Importancia del contexto

El diseño de un poder legislativo eficaz para los escenarios posconflicto implica varios desafíos. La evidencia empírica y la experiencia no suelen respaldar los parámetros generales ni los supuestos teóricos. Si nos centramos en el enfoque institucional que define los patrones de autoridad del poder legislativo y de los otros poderes del Estado y cómo se relacionan constitucionalmente entre sí, no alcanzaremos a tener en cuenta los factores extraconstitucionales, como la disciplina partidaria y las dinámicas de liderazgo. Por ejemplo, un sistema parlamentario permite, en teoría, la elección y destitución directa del jefe del ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, la estructura y el funcionamiento del sistema de partidos políticos, además de otra serie de factores, suelen impulsar la gobernanza legislativa. La presencia en muchos países de partidos sometidos a disciplina interna ha puesto límites a la doctrina de la “supremacía parlamentaria”, ya que el jefe de un partido mayoritario establece las políticas públicas, confiando en que sus compañeros

de partido en el poder legislativo aprueben leyes que apoyen dichas políticas, en lugar de cuestionar la agenda política.

Debido a la combinación de partidos sometidos a disciplina, circunscripciones uninominales y la capacidad del primer ministro de disolver el parlamento, los sistemas de Westminster proporcionan un control legislativo muy débil sobre el primer ministro. En principio, los diputados del partido gobernante controlan el gabinete, pero en la práctica suelen apoyar las iniciativas legislativas de su propio partido, independientemente de los méritos de las propuestas concretas, porque sus destinos electorales están estrechamente unidos a los de la dirección del partido.

Fuente: S. Mainwaring y M. J. Shugart, “Juan Linz, Presidentialism, and democracy: A critical appraisal” [Juan Linz, presidencialismo y democracia: una evaluación crítica], *Comparative Politics*, 29/04 (1997).

A menudo, los resultados de las elecciones legislativas se determinan más por la personalidad y afabilidad de los individuos que se postulan a Primer Ministro que por los respectivos programas electorales de los partidos. Las campañas electorales para la asamblea legislativa que se anuncian con el posible jefe del ejecutivo —si el partido respectivo obtiene la mayoría de los escaños— reflejan el equilibrio de fuerzas real entre los dos poderes. Incluso en un sistema presidencial, un Presidente dotado de fuertes poderes constitucionales, pero en un sistema de partidos políticos muy fragmentado y en el que el apoyo del poder legislativo es poco fiable, podría ejercer menos poder que un Presidente que gobierna con poderes constitucionales más débiles, pero con un apoyo mayoritario disciplinado en el poder legislativo. Además, no se puede asumir que una disposición constitucional adecuada, por el solo hecho de existir, vaya a conjurar y lograr las condiciones sociales para el éxito. Las normas y convenciones culturales informales pueden ejercer una influencia considerable sobre los medios con los cuales el poder legislativo utiliza y aplica sus poderes constitucionales. Por ejemplo, la constitución canadiense otorga a la segunda cámara del poder legislativo un poder de veto absoluto, pero la costumbre es que esta apenas ejerza ese veto¹. En resumen, quienes redactan las constituciones deben ser conscientes de que una opción de diseño específica tomada de otro país puede dar lugar a dinámicas y resultados políticos diferentes de los observados en el país de origen. A la inversa, las opciones constitucionales que no funcionaron en un país pueden encajar perfectamente en el contexto de otro. Por

El contexto importa. Los factores extraconstitucionales, como el funcionamiento del sistema de partidos políticos, la disciplina de los partidos y las dinámicas de liderazgo, la personalidad y las normas y convenciones culturales informales pueden influir considerablemente. Una opción de diseño tomada de otro país puede dar lugar a dinámicas y resultados políticos muy diferentes de los observados en el país de origen.

lo tanto, analizar y comprender el contexto del país de origen y compararlo con las experiencias del país en cuestión es un segundo paso indispensable durante la redacción de una constitución.

3. Opciones de diseño institucional

3.1. Formas de representación dentro del poder legislativo

Se acepta de manera general que una de las tareas de un poder legislativo democrático es representar al pueblo. Los debates sobre el diseño de la asamblea legislativa incluyen varios aspectos relacionados a la representación. Sin embargo, la representación puede adoptar diferentes formas. Puede ser geográfica, es decir, vincular al representante a una zona específica y al electorado dentro de ella. Puede basarse en la identidad étnica, tribal o de otro tipo. Puede ser de partido político y puede ser descriptiva, tratando de garantizar que una asamblea elegida contenga mujeres y hombres. El diseño del poder legislativo depende de las decisiones tomadas sobre qué formas de representación son más importantes en el contexto histórico y cultural de un país.

El diseño del poder legislativo depende de las decisiones tomadas sobre qué formas de representación son más importantes en el contexto histórico y cultural de un país.

La representación legislativa podría lograrse con una única cámara a nivel nacional. Dentro de esa cámara, un único partido podría asumir el control mayoritario, respaldado por un sistema electoral en el que “el ganador se lo lleva todo”, sin asignar ningún escaño a las minorías o a las mujeres. Especialmente en sociedades que han sufrido conflictos debido a la marginalización, esta forma de representación no refleja la diversidad ni los distintos intereses prevalentes en el país.

La representación puede adoptar diferentes formas. Puede ser geográfica, o basada en la identidad étnica, tribal o de otro tipo. En una sociedad diversa que ha sufrido conflictos debido a la marginación, un sistema electoral en el que “el ganador se lo lleva todo” no refleja la diversidad ni los distintos intereses prevalentes en el país.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden desagregar el poder legislativo por varios medios: (a) adoptando un marco constitucional que obligue al poder legislativo a reflejar mejor la variedad y diversidad de un país, no solo ordenando una mejor representación de los grupos minoritarios en general, sino también su influencia en áreas sensibles de la legislación, o (b) desincentivando los gobiernos de un solo partido mediante un sistema electoral adecuado. Los responsables de la elaboración

constitucional también pueden lograr la desagregación formal y el espacio para acomodar diferentes aspectos de la representación (c) horizontalmente dentro del poder legislativo, estableciendo una segunda cámara, o (d) verticalmente entre niveles de gobierno creando asambleas legislativas regionales.

3.1.1. Diseñar la representación mediante sistemas electorales

La función del sistema electoral es traducir el voto de los ciudadanos en escaños en la asamblea legislativa. El diseño de los sistemas de elección de representantes legislativos influye en qué partidos obtienen representación y en qué medida su cuota de escaños se corresponde con su cuota de votos. Por ejemplo, los sistemas de mayoría relativa (*First Past The Post*), en los que se elige un solo legislador por circunscripción electoral (aquel que obtenga el mayor número de votos), tienen el efecto directo de subrepresentar a los partidos minoritarios. Incluso si esos partidos logran obtener el 10 por ciento o el 20 por ciento de los votos nacionales, es posible que no consigan ni un solo escaño en la asamblea legislativa si su electorado y el de otros partidos se distribuye uniformemente por todo el país². Por el contrario, los sistemas electorales basados en la representación proporcional apoyan la diversidad de opiniones al permitir que varios partidos políticos consigan escaños en la asamblea legislativa, lo que fomenta las coaliciones multipartidistas. Por otra parte, si un gran número de partidos obtiene representación, es menos probable que el partido gobernante goce de un apoyo fiable en la asamblea legislativa. En ese caso, es más difícil que los legisladores alcancen el nivel de acuerdo requerido para promulgar las reformas necesarias. Los sistemas electorales que favorecen la representación proporcional deben, por tanto, equilibrar en cierta medida la representación y la eficacia. A menudo se basan en un umbral mínimo de representación. Este umbral debe determinarse cuidadosamente para no anular su propósito original de amplia representación. De lo contrario, como ocurrió en Turquía (2002), un umbral del 10 por ciento excluye a la gran mayoría de los partidos y a casi el 46 por ciento de los votos. En el otro extremo, el actual umbral del 2 por ciento en Israel (tras el del 1 por ciento hasta 1992 y el del 1,5 por ciento hasta 2006) ha permitido que hasta 12 partidos se sienten en la *Knesset* [asamblea] (120 miembros), lo que dificulta enormemente la formación de un gobierno estable. Estas diferencias no son solo el resultado de los respectivos porcentajes, sino que también se relacionan con el panorama de los partidos y los sistemas electorales elegidos. El Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) publicó un Manual sobre sistemas electorales que explica la importancia de esos sistemas y destaca cómo han funcionado en diferentes países³.

3.1.2. Escaños reservados

Otra forma de aumentar la representación de las minorías o de las mujeres en el poder legislativo es utilizando escaños reservados o cuotas. Los escaños reservados reservan un número determinado de puestos para minorías específicas o mujeres en la asamblea legislativa. Se utilizan en países tan diversos como Colombia (“comunidades negras”), Croacia (minorías étnicas), India (tribus y castas registradas), Jordania (cristianos y circasianos), Níger (tuaregs) y Pakistán (mujeres y no musulmanes). Los

Los responsables de la elaboración constitucional pueden dar cabida a distintos aspectos de la representación de diferentes maneras. Una de ellas es diseñar la representación a través del sistema electoral. Los sistemas de mayoría relativa (“First Past The Post”) tienen el efecto directo de subrepresentar a los partidos minoritarios, mientras que los sistemas electorales que favorecen la representación proporcional deben equilibrar en cierta medida la representación y la eficacia.

representantes de estos escaños reservados suelen ser elegidos de la misma manera que los demás representantes, pero a veces solo los eligen los miembros de la comunidad minoritaria concreta designada en la legislación electoral/constitución⁴. El artículo 51 de la Constitución de Pakistán ilustra una configuración constitucional de escaños reservados en la asamblea legislativa y su integración en el esquema electoral general (véase el recuadro 5.1).

Recuadro 5.1. Escaños reservados en la Asamblea Nacional de Pakistán

Artículo 51 de la Constitución de Pakistán

La Asamblea Nacional

(1) Habrá trescientos cuarenta y dos escaños de los miembros en la Asamblea Nacional, incluyendo los escaños reservados para las mujeres y los no musulmanes.

(1A)

(3) Los escaños de la Asamblea Nacional a los que se refiere la cláusula (1), salvo por lo dispuesto en la cláusula (2A), se asignarán a cada provincia, a las Áreas Tribales de Administración Federal y a la capital federal de la siguiente manera:

	Escaños generales	Mujeres	Total
Baluchistán	14	3	17
La Provincia Fronteriza Noroeste	35	8	43
El Punjab	148	35	183
Sindh	61	14	75
Las Áreas Tribales de Administración Federal	12	-	12
Capital Federal	2	-	2
Total	272	60	332

(2A) Además del número de escaños mencionados en la cláusula (1A), habrá en la Asamblea Nacional diez escaños reservados para no musulmanes.

(...)

(4) Para los efectos de la elección de la Asamblea Nacional:

- (a) las circunscripciones para los escaños generales serán circunscripciones territoriales de un solo miembro y los miembros para cubrir dichos escaños serán elegidos por voto directo y libre de acuerdo con la ley;
- (b) cada provincia será una circunscripción única para todos los escaños reservados a las mujeres que se asignen a las respectivas provincias en virtud de la cláusula (1A);
- (c) la circunscripción para todos los escaños reservados a no musulmanes será todo el país;

- (d) los ocupantes de los escaños reservados para las mujeres que se asignan a una provincia en virtud de la cláusula (1A) serán elegidos de conformidad con la ley a través del sistema de representación proporcional de las listas de candidatos de los partidos políticos sobre la base del número total de escaños generales de la provincia obtenidos por cada partido político en la Asamblea Nacional:

Siempre que, a los efectos de esta subcláusula, el número total de escaños generales obtenidos por un partido político incluya al candidato o candidatos independientes que se hayan adherido debidamente a dicho partido político en los tres días siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial* de los nombres de los candidatos elegidos;

- (e) los miembros de los escaños reservados a no musulmanes serán elegidos de acuerdo con la ley mediante el sistema de representación proporcional de las listas de candidatos de los partidos políticos sobre la base del número total de escaños generales obtenidos por cada partido político en la Asamblea Nacional:

Siempre que, a los efectos de esta subcláusula, el número total de escaños generales obtenidos por un partido político incluya al candidato o candidatos independientes que se hayan adherido debidamente a dicho partido político en los tres días siguientes a la publicación en la *Gaceta Oficial* de los nombres de los candidatos elegidos.

Fuente: Elaboración propia con base en la Constitución de Pakistán, 2011.

Las opiniones sobre la utilidad de los escaños reservados difieren. Por un lado, se considera un bien normativo representar a los grupos minoritarios; por otro, se ha argumentado que diseñar estructuras que den lugar a una asamblea legislativa representativa sin manipular abiertamente el sistema electoral es la mejor estrategia, ya que los escaños reservados pueden provocar resentimiento en la población mayoritaria y crear desconfianza entre los diferentes grupos culturales.

3.1.3. Cuotas de candidatos

Las cuotas de candidatos se aplican generalmente para aumentar la representación de las mujeres. Especifican el porcentaje mínimo de candidatos a las elecciones que deben ser mujeres y se aplican a las listas electorales de los partidos políticos. Las cuotas de candidatos se regulan principalmente en las leyes electorales, pero no en la constitución.

El manual de IDEA Internacional sobre el diseño de sistemas electorales (2005)⁵ ofrece información más detallada sobre los escaños reservados y las cuotas de candidatos. Respecto de la representación de las mujeres en el poder legislativo, IDEA Internacional ha publicado otro manual que vale la pena estudiar: *Women in Parliament: Beyond Numbers* (1998, rev. 2005).

3.1.4. Votación por doble mayoría

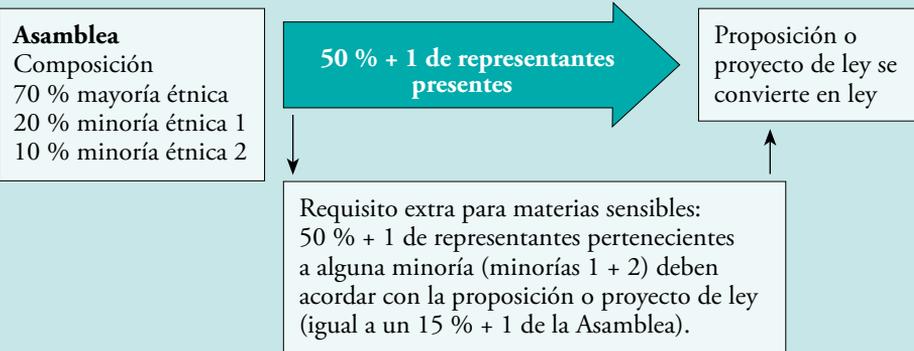
Más allá de su composición, el diseño del proceso de votación dentro de la asamblea legislativa puede garantizar la influencia de las minorías en cuestiones de interés especialmente sensibles, como la lengua, la cultura, etc. Para tales cuestiones, la constitución podría exigir tanto una mayoría ordinaria como, dentro de esa mayoría, también una mayoría de los miembros minoritarios que formen parte del poder legislativo. La votación por doble mayoría ofrece a las minorías un poder de veto contra el dominio de la mayoría ordinaria. El recuadro 5.2 ilustra el concepto de votación por doble mayoría en la antigua República Yugoslava de Macedonia (ARYM), pero también puede encontrarse en Bélgica (en relación con las leyes que afectan a los límites de las comunidades lingüísticas).

Recuadro 5.2. Concepto de votación por doble mayoría en la antigua República Yugoslava de Macedonia

Votación por doble mayoría en la asamblea legislativa

Constitución de Macedonia, artículo 69 (2)

Para las leyes que afectan directamente a la cultura, al uso de la lengua, a la educación, a la documentación personal y al uso de símbolos, la Asamblea toma decisiones por mayoría de votos de los representantes presentes, dentro de la cual debe haber una mayoría de votos de aquellos representantes presentes que pertenezcan a comunidades no mayoritarias de la población de Macedonia. Cualquier controversia sobre la aplicación de esta disposición es resuelta por la Comisión de Relaciones Intercomunitarias.



3.1.5. Poder legislativo bicameral

Establecer una segunda cámara legislativa es otra opción que permite a los responsables de la elaboración constitucional dar cabida a diferentes formas de representación en la asamblea legislativa. Mientras que en la primera cámara —la cámara baja, el congreso o la asamblea— la representación suele ser proporcional y basada en la población, con cada miembro (idealmente) representando al mismo número de ciudadanos, la representación

de clase, territorial o de grupos de interés suele dominar los principios en los que se basa la segunda cámara, es decir, la cámara alta o el senado. El poder legislativo bicameral es un modelo común de diseño constitucional, adoptado por alrededor de 80 países en todo el mundo.

La representación también puede mejorarse desagregando el poder del poder legislativo horizontalmente, para lo cual se establece una segunda cámara, o verticalmente, creando asambleas regionales. Las unidades territoriales constituyen la base de representación más frecuente para las segundas cámaras en todo el mundo.

Históricamente, las personas responsables de la elaboración constitucional han establecido sistemas bicamerales para abordar la separación de intereses entre los nobles y los plebeyos. Como segunda cámara del Reino Unido, la Cámara de los Lores recoge esa dicotomía, aunque el gobierno británico ha reducido drásticamente su poder a lo largo de las décadas, de modo que la cámara es actualmente un órgano casi consultivo. Además del Reino Unido, en algunos países todavía existen segundas cámaras parcialmente “aristocráticas” (por ejemplo, en Lesoto).

Recientemente, las segundas cámaras reservan la representación a determinados grupos sociales. Por ejemplo, los miembros elegidos y designados de los grupos étnicos tradicionales constituyen la Cámara de los Jefes en Botswana. Aunque la Cámara de los Jefes tiene poderes legislativos limitados, el parlamento debe consultarla cuando se tratan asuntos tribales y propuestas de reforma constitucional. En Marruecos, los sindicatos y los representantes de la industria y la agricultura eligen dos quintas partes de los miembros de la segunda cámara. En Irlanda, los sectores de cultura, educativo, agrícola, laboral, industrial y comercial, y la administración y los servicios sociales, eligen al 70 por ciento de los miembros de la segunda cámara. En Malawi, alrededor de un tercio de los miembros de la segunda cámara son jefes elegidos por asambleas de jefes en los respectivos distritos, y otro tercio se elige a partir de una lista de candidatos propuestos por los grupos de interés (organizaciones de mujeres, personas con discapacidad, sectores sanitario, educativo, agrícola y empresarial, sindicatos), así como por la sociedad (personas reputadas) y la religión.

Sin embargo, las unidades territoriales constituyen la base de representación más frecuente de las segundas cámaras en todo el mundo. En todos los Estados federales bicamerales, la representación en los estados, provincias o regiones determina la composición de la segunda cámara. Lo mismo ocurre en aproximadamente una cuarta parte de los Estados unitarios.

En los últimos años, varios países han introducido una segunda cámara legislativa en sus reformas constitucionales (República Checa, Polonia). Al mismo tiempo, otros países han suprimido sus segundas cámaras (Croacia, Kirguistán, Senegal). Por lo tanto, decidir si es apropiado tener una segunda cámara y establecer qué tipo de segunda cámara se conformará constituye una elección de diseño que dependerá del contexto específico.

En la tabla 5.1 se resumen los argumentos a favor de optar por un poder legislativo bicameral o unicameral.

Tabla 5.1. Argumentos a favor de un poder legislativo bicameral o unicameral

Los poderes legislativos bicamerales pueden...	Los poderes legislativos unicamerales pueden...
<ul style="list-style-type: none"> • Aumentar las formas de representación o, al menos, ofrecer una solución institucional más conveniente y flexible que intentar albergar una representación alternativa bajo un mismo techo institucional. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aumentar la responsabilidad, ya que los legisladores no pueden culpar a la otra cámara si la legislación no se aprueba, o si se ignoran los intereses de los ciudadanos.
<ul style="list-style-type: none"> • Dificultar la aprobación de leyes redactadas apresuradamente y motivadas por impulsos repentinos; da lugar a más deliberaciones y revisiones adicionales. 	<ul style="list-style-type: none"> • Promulgar la legislación propuesta más eficientemente.
<ul style="list-style-type: none"> • Evitar la tiranía de la mayoría simple. 	<ul style="list-style-type: none"> • Permitir la aprobación de leyes simples para aplicar programas importantes y evitar que se diluyan con demasiados compromisos.
<ul style="list-style-type: none"> • Aumentar la supervisión del ejecutivo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ser más fáciles de monitorear por la población, pues hay menos diputados ocupando escaños.
<ul style="list-style-type: none"> • Mejorar la capacidad de respuesta a los intereses poderosos. Cuando el poder está dividido, como en un sistema bicameral, los grupos de presión de los intereses poderosos deben ganarse el apoyo de un mayor número de dirigentes. 	<ul style="list-style-type: none"> • La transparencia de los sistemas unicamerales puede reducir la influencia de los grupos de presión o el <i>lobby</i> de los intereses poderosos.

Para que la representación de los distintos intereses sea viable a través de una segunda cámara, conviene considerar dos criterios al diseñar un poder legislativo bicameral: en primer lugar, el método mediante el cual la constitución define la selección de los miembros de la segunda cámara, y, en segundo lugar, los poderes y competencias que la constitución asigna a la segunda cámara. Si se aplica el mismo sistema electoral para ambas cámaras, la segunda cámara simplemente reforzará la mayoría de la primera. Esto es todavía más probable si las elecciones se celebran simultáneamente. Por lo tanto, una desagregación significativa

Para proporcionar una representación viable de los diferentes intereses a través de una segunda cámara, se debe considerar el método por el cual son elegidos los miembros de la segunda cámara, así como sus poderes y competencia.

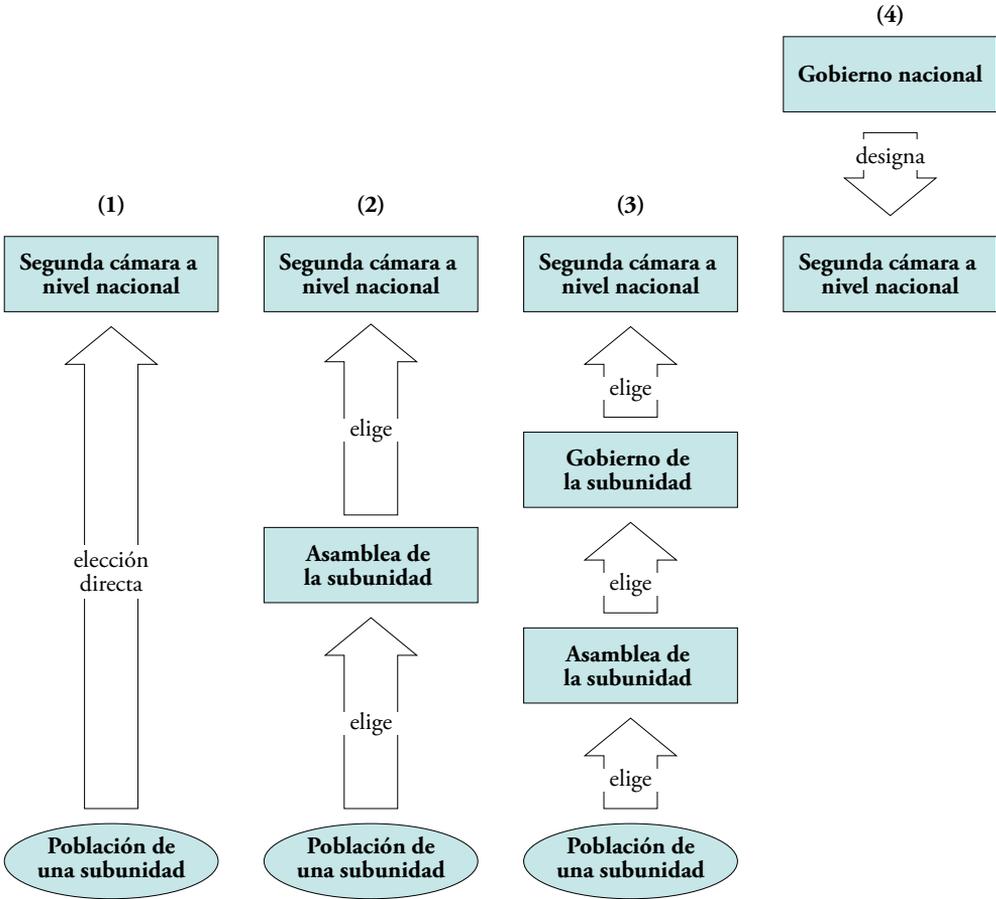
del poder legislativo exige un sistema de selección distinto para la segunda cámara. Los poderes que efectivamente le asigna la constitución a la segunda cámara también determinan la magnitud de la desagregación legislativa. Al evaluar los poderes de la segunda cámara, este capítulo se enfoca, no en sus poderes relativos en comparación a los de los otros poderes del Estado (el Senado estadounidense aprueba los nombramientos de los jueces de la Corte Suprema y de los altos cargos del ejecutivo, por ejemplo), sino en la participación cualitativa de la segunda cámara en el ejercicio de las funciones legislativas, como aprobar una propuesta o un proyecto de ley, o reformar la constitución.

Selección de los miembros de la segunda cámara

Existen esencialmente cuatro métodos de selección de los miembros de la segunda cámara.

1. Los representantes de las subunidades (estados o regiones), elegidos directamente por la población de esa subunidad, conforman un número de segundas cámaras (Argentina, Australia, EE. UU., Indonesia, Italia, Nigeria, Suiza). Las elecciones directas adoptan dos formas. En Nigeria, por ejemplo, la constitución divide las subunidades en tres electorados senatoriales; en cada electorado, el candidato más votado obtiene el escaño. En Australia, en cambio, el pueblo elige a seis miembros por estado mediante un sistema proporcional; los seis candidatos con más votos se convierten en senadores.
2. En algunos países, las asambleas legislativas de las subunidades eligen a los representantes, aunque no necesariamente a los miembros, de la segunda cámara (Austria⁶, Etiopía⁷, India⁸). De nuevo, existen dos variantes. En algunos países, el voto mayoritario en la asamblea de la subunidad determina los miembros de la segunda cámara; en consecuencia, los partidos mayoritarios en la asamblea de la subunidad (solos o en coalición) pueden elegir a sus miembros exclusivamente. Algunos países evitan estos resultados empleando un método proporcional: los partidos políticos representados en la asamblea de la subunidad seleccionan a su candidato, quien luego representa a la subunidad en la segunda cámara (por ejemplo, si cada subunidad tiene tres escaños en la segunda cámara, los tres partidos más fuertes en la asamblea de la subunidad califican para la selección). Francia ofrece una variante de este método: los senadores son elegidos por un colegio electoral compuesto por representantes de las respectivas asambleas (cuasi)legislativas de varios niveles de gobierno (nivel nacional, departamental, regional o municipal). De hecho, el 95 por ciento de los miembros del colegio electoral proceden del nivel municipal.
3. En otros países, los gobiernos estatales nombran a los miembros de la segunda cámara (por ejemplo, Alemania).
4. El gobierno federal nombra a los miembros de la segunda cámara a partir de las propuestas de los gobiernos estatales (Canadá).

Figura 5.2. Selección de miembros para las segundas cámaras



Fuente: Elaboración propia con base en M. Böckenförde, *PNUD Manual on Bicameral Models in Federal States: A Comparative Analysis with a Specific Focus on Sudan* [Manual del PNUD sobre modelos bicamerales en los estados federales: un análisis comparativo con un foco específico en Sudán] (Khartoum: Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, 2007).

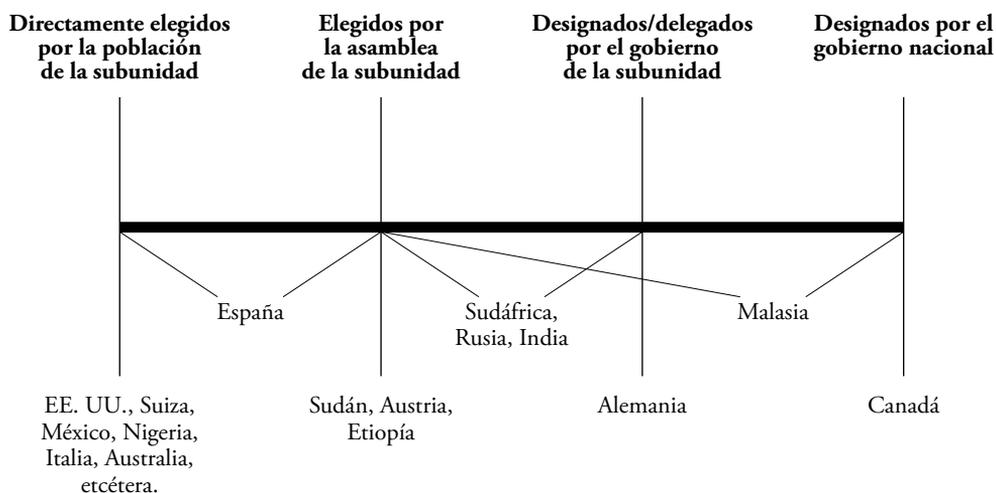
Los distintos métodos para seleccionar a los miembros de la segunda cámara pueden dividir las lealtades de los miembros. Lo relevante es qué intereses representan los miembros o qué intereses percibe el público que representan los miembros. Los miembros de la segunda cámara elegidos directamente (primera columna de la figura 5.2) pueden servir más bien como representantes del pueblo que del gobierno subnacional; por lo tanto, es poco probable que formulen puntos de vista regionales colectivos y están más inclinados a representar los intereses de sus partidos políticos. Por el contrario, los miembros elegidos a través de la asamblea de la subunidad (columna (2)) suelen formar un vínculo institucional con el gobierno subnacional, vínculo que puede permitir a los miembros apoyar conjuntamente los intereses regionales y nacionales. Sin embargo, el doble mandato se traduce en una doble responsabilidad, que podría limitar la eficacia de los miembros en nombre de uno u otro interés. Al

crear un vínculo fuerte con el gobierno local a través de la composición de la segunda cámara, se puede reforzar la relevancia de la política de los gobiernos locales en el nivel nacional. Si los gobiernos estatales nombran e instruyen a los miembros de la segunda cámara (columna (3)), estos representarán principalmente las opiniones de esos gobiernos y actuarán esencialmente como burócratas, y no como representantes del pueblo. Si el gobierno nacional nombra a los miembros de la segunda cámara (columna (4)), los miembros carecen de credibilidad política como portavoces de las subunidades; tanto el electorado como los gobiernos regionales considerarán que los representantes son meros agentes del gobierno nacional.

Los distintos métodos de selección de los miembros de la segunda cámara pueden dividir las lealtades de los miembros. Lo relevante es qué intereses representan los miembros o qué intereses percibe el público que representan los miembros.

Teniendo en cuenta estos costos y beneficios contrapuestos, varios países combinan dos o más métodos de votación en diversos grados. Mientras que Sudáfrica (60 por ciento; 40 por ciento), Rusia (50 por ciento; 50 por ciento) e India (95 por ciento; 5 por ciento) combinaron las categorías (2) y (3), España (80 por ciento; 20 por ciento) optó por las categorías (1) y (2), y Malasia (37 por ciento; 63 por ciento) combinó las categorías (2) y (4). Al aplicar varias categorías a la vez no solo se mitigan algunas de las dinámicas comentadas anteriormente, sino que se posibilita que a los representantes de la segunda cámara den cabida a varios actores políticos simultáneamente.

Figura 5.3. Ejemplos de selección de segundas cámaras



Fuente: Elaboración propia con base en M. Böckenförde, *UNDP Manual on Bicameral Models in Federal States: A Comparative Analysis with a Specific Focus on Sudan* [Manual del PNUD sobre modelos bicamerales en los estados federales: un análisis comparativo con un foco específico en Sudán] (Khartoum: Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, 2007).

Si el electorado de la subunidad elige directamente a los miembros de la segunda cámara, se debe aplicar un método distinto de asignación de escaños con respecto a

Crear un vínculo fuerte con el gobierno local a través de la composición de la segunda cámara puede reforzar la relevancia de la política del gobierno local en el nivel nacional.

la primera cámara, si se concibe un tipo de representación distinta. Usualmente, cada subunidad presenta el mismo número de representantes, independientemente de su tamaño o población.

Los críticos sostienen que este tipo de asignación de escaños en la segunda cámara infringe el principio democrático según el cual el proceso legislativo en el nivel nacional debería representar a cada ciudadano por igual. En Suiza⁹, por ejemplo, 23 senadores de los cantones más pequeños (que representan solo al 20 por ciento de la población) podrían hipotéticamente vetar *cualquier* decisión legislativa.

Atribución de competencias políticas a la segunda cámara

Participación en el proceso legislativo

Dado que una de las razones para crear segundas cámaras es aumentar el tipo de representación en el poder legislativo, se plantea la cuestión de cómo la constitución aborda la existencia de diferentes puntos de vista e intereses entre la primera y la segunda cámara. ¿Debe concebirse la segunda cámara como un verdadero agente de veto cuyo consentimiento es necesario en todos los casos, o solo si hay ciertos intereses específicos en juego? ¿O es el papel de

Una de las razones para crear segundas cámaras es aumentar el tipo de representación en el poder legislativo. ¿Cómo puede la constitución abordar la existencia de puntos de vista e intereses diferentes entre la primera y la segunda cámara? En la mayoría de los países, el proceso legislativo incluye a la segunda cámara ya sea en calidad de asesora, para retrasar la legislación o para ejercer el veto.

la segunda cámara más bien consultivo para permitir un debate más amplio introduciendo opiniones adicionales sin el poder de bloquear o retrasar las decisiones? ¿O no tiene ningún papel? En la mayoría de los países, el proceso legislativo incluye a la segunda cámara ya sea en calidad de asesora, para retrasar la aprobación de la legislación o para ejercer el veto. Algunos sistemas permiten a la segunda cámara el ejercicio de la iniciativa legislativa, aunque a menudo solo para la legislación que afecta directamente a los intereses de las subunidades (Sudáfrica) y no para los proyectos de ley de finanzas.

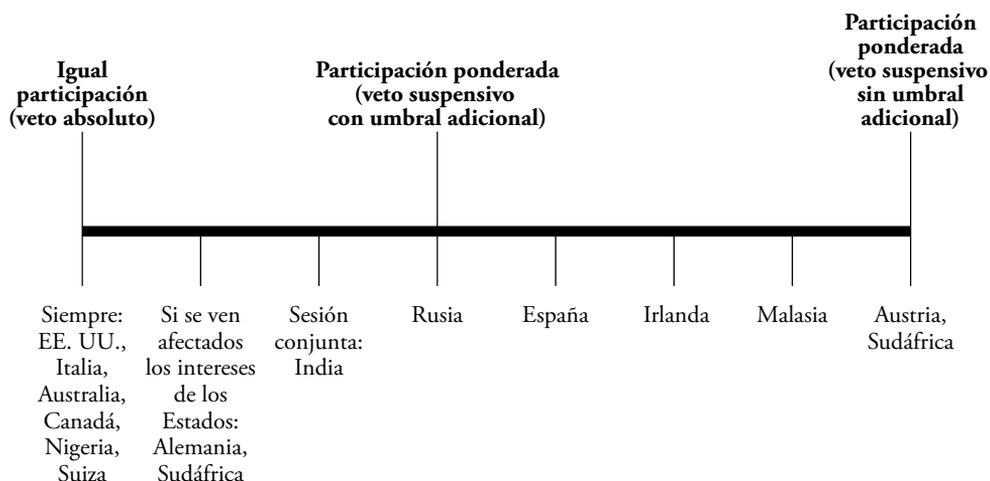
Junto al veto absoluto que permite a la segunda cámara bloquear el proceso, se identifican varios matices en relación con su impacto.

1. Tras el rechazo de la segunda cámara, para que se apruebe una ley, la primera cámara debe votar de nuevo a favor de la propuesta o proyecto de ley (Austria y Sudáfrica en relación con los proyectos de ley que no afectan a los intereses de los Estados).
2. Otras constituciones también exigen una segunda ronda de votaciones, pero solo después de que haya transcurrido un período determinado (un año en Malasia). La idea es crear un espacio para el debate público y las nuevas perspectivas. Este

modelo solo retrasa el proceso legislativo y no impone un umbral más alto que deba superar la primera cámara.

3. Los referéndums también han resuelto disputas. En Irlanda, un voto de la segunda cámara rechazando una propuesta o proyecto de ley —con el apoyo de un tercio de la primera cámara, porque se lo considera un asunto de importancia nacional— da paso a que se celebre un referéndum en el que los ciudadanos deciden si la propuesta legislativa se convierte en ley.
4. Un cuarto modelo permite a la primera cámara anular el veto de la segunda con una mayoría de dos tercios (Rusia) o con un porcentaje de votos que coincida con el rechazo de la propuesta o proyecto de ley por parte de la segunda cámara (Alemania, en proyectos de ley que no afectan a los intereses de los Estados).
5. Por último, otros modelos resuelven los desacuerdos de la segunda cámara a través de una sesión conjunta de ambas cámaras, con una presencia reducida de la segunda cámara (India y Nigeria en relación con los proyectos de ley de finanzas).

Figura 5.4. Ejemplos de competencias legislativas de las segundas cámaras



Fuente: Elaboración propia con base en M. Böckenförde, *UNDP Manual on Bicameral Models in Federal States: A Comparative Analysis with a Specific Focus on Sudan* [Manual del PNUD sobre modelos bicamerales en los estados federales: un análisis comparativo con un foco específico en Sudán] (Khartoum: Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas, 2007).

Cuando la segunda cámara posee un poder de veto absoluto, se recurre a tres estrategias diferentes para poner fin al bloqueo:

- *Veto absoluto seguido de una remisión a una comisión de mediación.* Una vez que la propuesta o el proyecto de ley ha sido rechazado por la segunda cámara, se forma una comisión de mediación compuesta por un número igual de miembros de ambas cámaras y se intenta elaborar una propuesta de ley de compromiso para

que cada cámara la apruebe. Si la comisión de mediación no encuentra una forma de salir del bloqueo al cabo de un determinado lapso o número de sesiones, la propuesta de ley es desestimada (como en Alemania y Sudáfrica en proyectos de ley que afectan el interés de los Estados; el sistema es similar en Suiza).

- *Veto absoluto seguido de un sistema de revisión por cámaras.* Tras el rechazo de la segunda cámara, la propuesta o el proyecto de ley en cuestión va de una cámara a la otra hasta que cada una de ellas lo apruebe, o bien hasta que el proyecto fracase (Canadá, Italia, Nigeria, EE. UU.).
- *Veto absoluto seguido de la disolución de ambas cámaras.* El desacuerdo entre cámaras puede tener resultados drásticos en Australia: en caso de bloqueo, y si la segunda cámara rechaza dos veces un proyecto o propuesta de ley procedente de la primera, ello puede producir una doble disolución y dar lugar a la convocatoria de elecciones nacionales para los miembros de ambas cámaras.

Participación de la segunda cámara en el proceso de reforma constitucional

Al reformar la constitución, la segunda cámara suele ejercer una mayor autoridad —en forma de veto absoluto— que al aprobar la legislación ordinaria. Sin embargo, algunas constituciones exigen el consentimiento de la segunda cámara solo cuando la enmienda afecta a los intereses de las subunidades (Austria, Sudáfrica). Las constituciones también pueden combinar otros requisitos con el consentimiento por mayoría cualificada de ambas cámaras (véase la sección 4 sobre la dispersión de las tareas sustantivas).

3.1.6. Órganos legislativos en diferentes niveles de gobierno

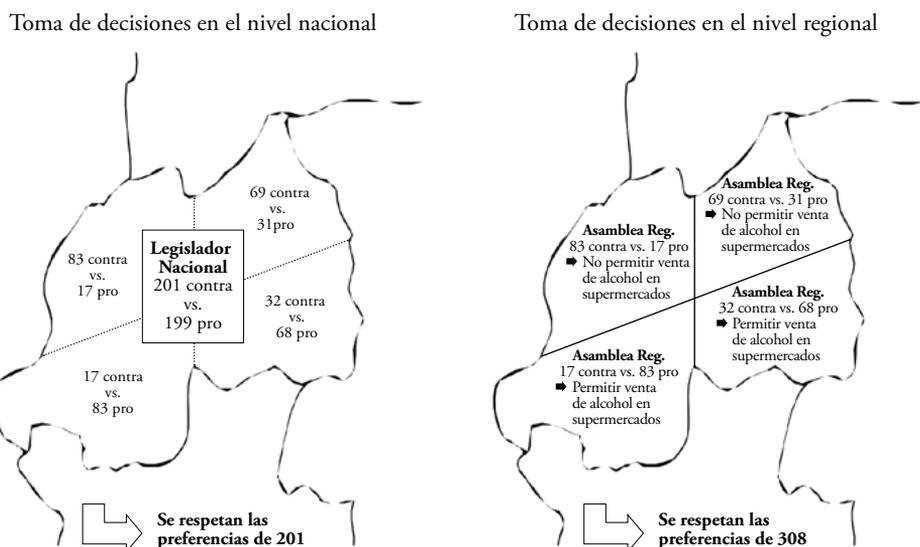
Los responsables de la elaboración constitucional pueden crear diferentes tipos de representación no solo añadiendo una segunda cámara a nivel nacional, sino también estableciendo órganos legislativos en los diversos niveles de un gobierno. Especialmente en aquellos países con un alto grado de diversidad, las minorías a nivel nacional pueden

Los responsables de la elaboración constitucional pueden crear diversos tipos de representación estableciendo órganos legislativos en diferentes niveles de gobierno. Especialmente en países con un alto grado de diversidad, las minorías a nivel nacional pueden encontrar un espacio para la defensa de sus intereses obteniendo una representación visible en un organismo legislativo regional en el que puedan adoptar leyes que reflejen las costumbres o los intereses específicos de determinadas regiones.

encontrar un espacio para la defensa de sus intereses obteniendo una representación visible en un organismo legislativo regional en el que puedan adoptar leyes que reflejen las costumbres o los intereses específicos de determinadas regiones. En la figura 5.5 se ilustra cómo la representación legislativa en el nivel regional puede ser útil para representar diferentes intereses. En el panel de la izquierda se muestra un país en que la legislación pertinente corresponde a la competencia del nivel nacional. Independientemente de los diferentes puntos de vista en las distintas regiones del país, la ley nacional se aplica en las cuatro regiones sin tener en cuenta las diferencias entre la opinión mayoritaria

dentro de las distintas regiones. En consecuencia, la decisión adoptada es desfavorable para casi la mitad de la población total (199 de 400). Por el contrario, si la competencia legislativa sobre el tema en cuestión se transfiere a las asambleas subnacionales (regionales) (véase el panel derecho de la figura 5.5), las decisiones adoptadas solo son desfavorables para menos de un cuarto de la población (98 de 400). Consideremos el siguiente ejemplo. En un determinado país hay dos grupos religiosos, uno dominante en el norte del país y otro en el sur. De acuerdo con la cultura religiosa del grupo dominante del norte, la mayoría de las personas que viven ahí querrán restringir la venta de alcohol en los supermercados. En cambio, la mayoría de los habitantes del sur son más liberales y prefieren poder comprar alcohol en los supermercados. Si la competencia legislativa para regular esta cuestión radica en el nivel nacional, un grupo podría ser superado en votos por el otro. Sin embargo, si las asambleas legislativas de las respectivas regiones deciden sobre la cuestión, un mayor número de personas podrá vivir de acuerdo con sus preferencias.

Figura 5.5. Representación legislativa en el nivel nacional



Tres factores relacionados determinan el grado y alcance del desplazamiento real de las competencias legislativas a los distintos niveles de gobierno (véase también el capítulo 7 sobre formas descentralizadas de gobierno): (a) la autoridad que la constitución asigna a las asambleas legislativas en el nivel regional o local; (b) el tipo de autoridad legislativa y la supremacía en áreas específicas de regulación: ¿existe una autoridad exclusiva o concurrente para promulgar leyes, y la ley de qué nivel prevalece en caso de superposición y conflicto?, y (c) la autonomía legal de las asambleas legislativas regionales o locales.

(1) Alcance de la autoridad

La asignación de competencias a las subunidades legislativas depende de la diversidad de un país concreto. Muchos criterios —geográficos, históricos, religiosos,

La asignación de competencias a las subunidades legislativas depende de la diversidad de un país en concreto. La transferencia de competencias en muchos ámbitos de la política pública depende de las circunstancias y del equilibrio de los intereses en juego.

económicos y demográficos— han influido significativamente en los negociadores constitucionales y determinado el grado de descentralización real de los poderes legislativos. Algunas materias sustantivas — como las relaciones internacionales, la defensa nacional, la moneda y la ciudadanía— están típicamente reservadas al nivel nacional, pero la transferencia de competencias en muchos

ámbitos de políticas públicas depende de las circunstancias y del equilibrio de intereses en juego. En Brasil, India y Sudáfrica la constitución también distribuye competencias específicas a un tercer nivel de gobierno, el local.

(2) Variaciones en la forma de distribuir las autoridades legislativas

Una constitución puede asignar cierta autoridad legislativa a los niveles nacional o subnacional exclusivamente. Sin embargo, esta asignación se enfrenta a dos retos. En primer lugar, sobre todo después de un conflicto violento causado por la marginación de ciertas regiones, es probable que las facciones que compiten entre sí no estén de acuerdo en asignar el poder exclusivamente a ningún nivel de gobierno. El segundo desafío que plantea la asignación de poderes en exclusividad es más bien práctico: echar mano únicamente de poderes exclusivos puede ignorar el hecho de que es inevitable que a menudo existan materias y jurisdicciones que se superponen en muchas áreas de regulación. Muchas constituciones, en una apuesta por la flexibilidad, han optado por distribuir las competencias legislativas de forma concurrente entre los gobiernos nacionales y regionales.

Las competencias concurrentes pueden funcionar de diferentes maneras. Dada la superposición vertical de las competencias concurrentes entre los órganos legislativos nacionales y regionales, surge la pregunta de cuál es la normativa que prevalece. Por lo general, la constitución da prioridad al poder legislativo nacional. Los críticos regionales pueden argumentar, con cierta fuerza, que las áreas de competencia concurrente son simplemente áreas en las que la legislación nacional predomina y, a largo plazo, se antepone a la legislación regional. Pero la prioridad nacional puede estar sujeta a ciertas condiciones: la constitución alemana, por ejemplo, otorga supremacía a la legislación nacional solo si es

¿Cómo se distribuirán las competencias legislativas entre los gobiernos nacionales y regionales? Dada la superposición vertical de competencias concurrentes entre los órganos legislativos nacionales y regionales, se plantea la cuestión de cuál es la normativa que prevalece.

“necesaria” y “en favor del interés nacional”: Si y en la medida en que el establecimiento de condiciones de vida iguales en todo el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica hagan necesaria la regulación federal en el interés nacional¹⁰.

Otras constituciones sostienen algo diferente. Canadá ofrece una excepción singular a la supremacía nacional: cuando la legislación provincial y la nacional entran en conflicto, como ha ocurrido con las leyes relativas a las pensiones de jubilación, prevalece la

legislación provincial¹¹. Otro planteamiento faculta al poder legislativo nacional para redactar un marco nacional al tiempo que permite a los gobiernos regionales completar los detalles según las circunstancias locales (lo que a veces se denomina legislación marco). Otras constituciones han adoptado un tercer enfoque para ordenar las competencias concurrentes, permitiendo esencialmente que ambos niveles de gobierno establezcan las reglas simultáneamente. Solo cuando la legislación nacional y regional entren directamente en conflicto entrarán en juego las medidas constitucionales de resolución de conflictos, aplicadas por los jueces caso a caso (Sudán).

La Constitución de Sudáfrica ofrece un conjunto de disposiciones cuidadosamente redactado sobre cómo resolver conflictos en los ámbitos funcionales en los que se aplican las competencias concurrentes (véase el capítulo 7, recuadro 7.5).

(3) Autonomía jurídica de los poderes legislativos dispersos

El tercer factor determinante de la desagregación vertical de las competencias legislativas es el grado en que la constitución protege la asignación de autoridad. En algunos países, el poder legislativo nacional delega la autoridad en los órganos legislativos de las subunidades y, por tanto, puede revocar esa autoridad unilateralmente con el quórum necesario. Aunque la revocación de la autoridad legislativa podría generar resistencia política, no hay obstáculos legales para ello. Incluso si el texto de la constitución protege la dispersión vertical del poder legislativo, tales disposiciones podrían ser poco satisfactorias si solo los actores nacionales —sin la participación de los representantes de las subunidades— pueden enmendar la constitución. La protección jurídica real requiere el consentimiento subnacional para cualquier reorganización que suponga quitar poder a las asambleas legislativas de las subunidades.

En algunos contextos constitucionales —aunque la constitución proteja legalmente contra la revocación unilateral de los poderes legislativos dispersos— las instituciones nacionales pueden invalidar la legislación regional en determinadas circunstancias. Aun así, puede haber ciertas limitaciones a este poder: por ejemplo, el gobierno nacional sudafricano puede anular la legislación provincial que amenace la unidad nacional o las normas nacionales.

¿Cómo protegerá la constitución la asignación de autoridad a las asambleas legislativas regionales? En algunos contextos constitucionales, las instituciones nacionales pueden anular la legislación regional en determinadas circunstancias.

3.2. Supervisión legislativa

Un aspecto determinante de la fortaleza del poder legislativo es la autoridad para supervisar a otros poderes del Estado, especialmente al ejecutivo. Aparte del control político —que se manifiesta en el nombramiento o en el voto de censura del jefe del ejecutivo—, también puede existir un control legal o, al menos, cuasilegal: la constitución puede, por ejemplo, facultar al poder legislativo para iniciar investigaciones legales, incluyendo la capacidad de citar a miembros del poder ejecutivo para que comparezcan, incluso como parte de un proceso de enjuiciamiento legislativo o *impeachment*. Otros instrumentos de supervisión

Un aspecto determinante de la fortaleza del poder legislativo es la autoridad para supervisar a otros poderes del Estado, especialmente al ejecutivo. Existen formas de control político, manifestadas en el nombramiento o el voto de censura del jefe del ejecutivo, y formas de control legal o cuasilegal: la constitución puede, por ejemplo, facultar al poder legislativo para iniciar investigaciones legales y participar en procesos de enjuiciamiento.

(Albania)¹². En varias constituciones, el poder legislativo puede realizar una investigación independiente del ejecutivo. En algunos países, si lo solicita un determinado número de sus miembros (normalmente entre el 10 por ciento y el 30 por ciento), el poder legislativo está constitucionalmente obligado a crear una comisión de investigación. Un umbral relativamente bajo permite a la oposición en el poder legislativo iniciar una investigación al poder ejecutivo. Esta puede ser una importante herramienta de control en aquellos sistemas en los que el origen y la supervivencia del ejecutivo recaen en la mayoría legislativa, que puede tener interés en respaldar y proteger a “su” gobierno. En otros países se aplica

No existe ningún sistema de gobierno democrático en el que el poder legislativo no sustente su legitimidad directamente en el pueblo.

legislativa, como las comparencias y las investigaciones de la labor del ejecutivo, se relacionan más con la rutina legislativa. La facultad del poder legislativo de censurar al jefe de gobierno mediante un voto de censura, y el enjuiciamiento político como otra forma de controlar al poder ejecutivo, se analizan en las secciones 5.3.3 y 5.3.5 del capítulo 4, respectivamente.

La mayoría de las constituciones ofrecen la posibilidad de interpelar al ejecutivo y obligarlo a explicar sus políticas. Algunas incluso establecen plazos claros en los que se debe responder a estas interpelaciones una forma de control algo más débil: el poder legislativo tiene que dirigirse a otra institución (por ejemplo, una Comisión del Defensor del Pueblo u *Ombudsman*), que generalmente se ha creado para investigar denuncias específicas contra el ejecutivo (Papua Nueva Guinea).

3.3. Controles frente al poder legislativo/autonomía legislativa

A diferencia de lo que ocurre con el ejecutivo en un sistema parlamentario, no existe ningún sistema de gobierno democrático en el que el poder legislativo no obtenga su legitimidad directamente del pueblo (con al menos una cámara elegida popularmente).

El poder legislativo puede depender del ejecutivo si es posible disolverlo; si el poder ejecutivo puede nombrar a los miembros de la asamblea; si el poder ejecutivo debe aprobar las solicitudes de financiación del poder legislativo, y en la medida en que los miembros del poder legislativo sean inmunes a los procesos judiciales.

Los sistemas de gobierno que se basan (al menos en parte) en la elección directa de los dirigentes del ejecutivo aumentan los poderes del mismo y/o lo desvinculan del control del órgano legislativo. La dependencia institucional del poder legislativo frente al ejecutivo se produce más bien a menor escala y en ámbitos distintos. A continuación, se analizan cuatro formas de dependencia/interferencia institucional comunes a muchos poderes legislativos nacionales: la disolución

del órgano legislativo (apartado 3.3.1), los nombramientos externos de miembros del legislativo (apartado 3.3.2), el control del financiamiento necesario para el trabajo del legislativo (sección 3.3.3.) y la inmunidad por actos realizados en el ámbito normal de la labor legislativa (sección 3.3.4). Algunas constituciones permiten que el propio electorado controle al poder legislativo más allá de la jornada electoral ordinaria. El siguiente análisis excluye la dispersión sustantiva del poder legislativo, que abarca, por ejemplo, la elaboración de leyes y la reforma de la constitución.

3.3.1. Disolución del órgano legislativo

La capacidad de disolver la asamblea legislativa constituye una invasión especialmente intrusiva de la autonomía institucional. La disolución puede adoptar tres formas (además de la autodisolución), cuyos límites dependen de su origen. En primer lugar, la disolución puede ser un aspecto obligatorio de un proceso específico. En Bélgica y los Países Bajos, por ejemplo, la introducción de una enmienda constitucional deriva en la disolución inmediata de la asamblea legislativa. Sin embargo, tras la celebración de nuevas elecciones, la asamblea recién elegida debe aprobar cualquier enmienda por una mayoría de dos tercios. Otra institución, predominantemente el ejecutivo, inicia la segunda forma de disolución. Puede producirse tras un voto de censura del poder legislativo contra los ministros del poder ejecutivo (Perú) o contra el Primer Ministro (Estonia), o como resultado de la incapacidad del poder legislativo de formar un gobierno (Alemania). Y aunque el ejecutivo inicia la disolución, hay acciones o inacciones legislativas específicas que desencadenan el proceso. Al definir claramente las circunstancias en las cuales procede la disolución del órgano legislativo, los responsables de la elaboración constitucional pueden crear una protección contra el uso de la disolución por parte del ejecutivo como un instrumento coercitivo. La tercera forma confía por completo la facultad de disolver el órgano legislativo a otros actores. Algunas constituciones conceden al Presidente esta facultad (por ejemplo, en India).

Al definir claramente las circunstancias en las cuales es apropiada la disolución del órgano legislativo, los responsables de la elaboración constitucional pueden crear una protección contra el uso de la disolución por parte del ejecutivo como un instrumento coercitivo.

3.3.2. Nombramientos externos de miembros del poder legislativo

Una constitución que permite al ejecutivo —en vez de a los votantes— nombrar a ciertos miembros del poder legislativo reduce la autonomía institucional y la independencia de dicho poder. Existen diferentes tipos de poder de nombramiento, cada uno con su propia influencia y efecto sobre la acción legislativa. La primera categoría de poderes de nombramiento influye mínimamente en la función legislativa porque los designados carecen de derecho de voto (hijos del Rey de Bélgica en el Senado belga) o son miembros de una segunda cámara principalmente ceremonial, que solo ejerce funciones consultivas (Lesoto). La segunda categoría de poderes de nombramiento permite una influencia mayor, ya que los designados forman parte de una segunda cámara que sí interviene en las funciones legislativas, aunque la segunda cámara es subsidiaria de la primera (Irlanda,

Una constitución que permite al ejecutivo —en vez de a los votantes— nombrar a ciertos miembros del poder legislativo reduce la autonomía e independencia institucional del poder legislativo. Existen diferentes tipos de poder de nombramiento.

Malasia). En la tercera categoría, el ejecutivo nombra a miembros de una segunda cámara que influye sustancialmente en el proceso legislativo, quizás ejerciendo un veto absoluto (Canadá, Italia) o, en un sistema unicameral, nombra a algunos miembros de la asamblea legislativa (Gambia). Esta tercera categoría representa la mayor ruptura de la autonomía institucional por el poder de designación.

3.3.3. Control de las finanzas del poder legislativo

La facultad de gravar y gastar es parte integral de la autonomía legislativa. Los poderes ejecutivos que deben aprobar las solicitudes de financiamiento del poder legislativo (Camerún, Laos, Rusia) pueden ejercer una importante influencia sobre la labor del poder legislativo.

3.3.4. Inmunidad legislativa

Para garantizar la autonomía institucional del poder legislativo, la inmunidad debe extenderse a sus miembros. La amenaza de repercusiones legales puede ahogar la capacidad de sus miembros para hablar, debatir y votar libremente, lo que puede perjudicar considerablemente el proceso de elaboración de leyes. En muchos países, solo el propio poder legislativo puede retirar la inmunidad legislativa (Estonia). Otros países confieren al poder judicial la facultad de revocar la inmunidad legislativa (por ejemplo, Guatemala), en una forma más de protección.

Para garantizar la autonomía institucional del poder legislativo, la inmunidad debe extenderse a sus miembros.

3.3.5. Revocación por parte del electorado

Junto a los controles interinstitucionales, algunas constituciones le permiten al electorado revocar a sus representantes en la asamblea legislativa antes del final de su mandato. En general, existen dos tipos de revocación: la revocación total y la revocación mixta. Esta última se refiere al proceso en el que la ciudadanía participa solo en uno de los pasos, ya sea iniciándolo o decidiendo sobre él en un referéndum. La primera significa que tanto la iniciativa como la decisión final recaen exclusivamente en la ciudadanía. En lo que respecta al poder legislativo, este tipo de revocación es más común que la mixta (en Uganda solo existe como parte de un enjuiciamiento político).

Conceptualmente, el procedimiento de revocación está asociado a la idea de que los representantes en el poder legislativo deben rendir cuentas ante el pueblo que los eligió.

Los requisitos para una revocación total varían considerablemente. Mientras que algunos países permiten que la circunscripción respectiva revoque a su representante legislativo individualmente (Bolivia, Ecuador, Etiopía, Nigeria, Venezuela), otros solo permiten

una votación para la disolución de toda la asamblea legislativa mediante referéndum (por ejemplo, Liechtenstein).

En general, tres aspectos determinan la revocación:

- (a) El umbral de apoyo popular que debe alcanzar la petición, que oscila entre el 10 por ciento (Ecuador) y el 50 por ciento + 1 (Nigeria) de los votantes registrados en la circunscripción.
- (b) El tipo de mayoría y la participación electoral requeridas para hacer efectiva la revocación, que van desde una mayoría simple de los votos (Micronesia), pasando por una mayoría absoluta de los votos (Ecuador) o un voto igual o superior al número de votantes que eligieron al cargo público en cuestión siempre que la participación electoral alcance al menos el 25 por ciento (Venezuela), hasta una mayoría de los votantes registrados en la circunscripción en cuestión (Nigeria).
- (c) El plazo para una revocación. ¿Cuánto tiempo después de las elecciones y cuán cerca de la siguiente elección pueden presentarse las peticiones? En Bolivia, la revocación solo puede intentarse una vez por mandato y solo después de que haya transcurrido la mitad del mismo, y no durante el último año del mandato. En Ecuador se aplica una normativa similar: la petición solo puede ser registrada después del primer año y antes del último año del mandato.

El procedimiento de revocación se asocia a la idea de que los representantes en el poder legislativo deben rendir cuentas ante el pueblo que los eligió.

Se plantean diversos argumentos a favor y en contra de la revocación. Desde el punto de vista de la crítica, la revocación es un mecanismo altamente polarizador que no solo provoca graves enfrentamientos, sino que también interrumpe el trabajo normal de los representantes elegidos durante su mandato. A su favor, se argumenta que el procedimiento fomenta una estrecha supervisión de los miembros del parlamento por parte de los ciudadanos, con lo que se produce un mecanismo eficaz de responsabilidad vertical.

La revocación del mandato es un mecanismo altamente polarizador que provoca graves enfrentamientos y perturba el trabajo normal de los representantes elegidos. A su favor, se argumenta que fomenta una estrecha supervisión de los miembros del Parlamento por parte de los ciudadanos, creando así un mecanismo eficaz de responsabilidad vertical. La revocación tiene que equilibrar los principios de participación y gobernanza efectiva.

Al final, la revocación debe equilibrar los principios de participación y gobernanza efectiva. Lograrlo es difícil, y no conseguirlo podría tener consecuencias extremas. Como se afirma en *Direct Democracy: The International IDEA Handbook*: Por un lado, si la revocación es muy fácil de iniciar, esto puede conducir a la trivialización del acto revocatorio. Por otro lado, unos requisitos estrictos pueden hacerla ineficaz, ya que los ciudadanos pueden sentirse desanimados a la hora de utilizarla debido a la dificultad de cumplir los requisitos legales necesarios para destituir a un funcionario público mediante una votación¹³.

4. Potestades sustantivas del poder legislativo

Existen básicamente dos clases de potestades legislativas: las potestades de elaboración de leyes y las demás potestades. En cuanto a las primeras, los responsables de la elaboración constitucional tienen que determinar hasta qué punto otros poderes del Estado pueden interferir en las responsabilidades tradicionalmente controladas por el poder legislativo. En segundo lugar, la constitución puede prever una autoridad legislativa limitada con respecto a áreas de política pública que tradicionalmente son controladas por otros poderes del Estado, como declarar el estado de emergencia, librar una guerra, o conceder indultos o amnistías.

El poder legislativo tiene la potestad de crear leyes y otras potestades. Los responsables de la elaboración constitucional tienen que determinar hasta qué punto los otros poderes del Estado pueden interferir en las responsabilidades de elaboración de leyes que tradicionalmente son controladas por el poder legislativo.

4.1. Potestades para la elaboración de leyes

La función central del poder legislativo es la elaboración de leyes. La autoridad legislativa absoluta, libre de interferencias de cualquier otro agente gubernamental, simboliza la soberanía del parlamento británico. Este monopolio de la elaboración de leyes ya casi no existe, ya que la mayoría de las constituciones dispersan la autoridad legislativa de diversas maneras.

En general, existen cinco categorías de injerencias externas en la potestad de elaborar leyes: (a) la primera limita la exclusividad de la potestad legislativa distribuyendo partes de la misma al ejecutivo; (b) la segunda se refiere a la autoridad para iniciar la legislación: si la constitución asigna esa competencia exclusivamente al poder ejecutivo, el legislativo no podrá definir o crear sino solo considerar la legislación, lo que supone una importante pérdida de autoridad; (c) una tercera categoría se centra en el bloqueo de las iniciativas legislativas, ya sea directamente a través de un veto presidencial o indirectamente remitiendo un proyecto de ley al poder judicial o al electorado a través de un referéndum; (d) junto al ejecutivo, la ciudadanía también puede intervenir en la elaboración de las leyes iniciando un referéndum de rechazo o de abrogación, y (e) el control judicial es la última categoría: el poder judicial revisa la constitucionalidad de las leyes ya sea antes o después de su promulgación.

4.1.1. Limitación de la potestad exclusiva de elaboración de leyes

Las constituciones pueden permitir que el poder legislativo delegue ciertas competencias para la elaboración de leyes en el poder ejecutivo. Dado que el propio poder legislativo controla y puede revocar en cualquier momento la delegación de dicha autoridad, la dispersión de la autoridad legislativa es puramente política (Croacia). Otras constituciones otorgan al ejecutivo la facultad de promulgar leyes solo en circunstancias excepcionales, como el estado de emergencia o cuando el poder legislativo se encuentra fuera del período de sesiones. Sin embargo, si no los convalida el poder legislativo en un plazo determinado, esos decretos suelen caducar (por ejemplo,

en Brasil). Otra posibilidad es que la constitución le permita al ejecutivo emitir decretos con fuerza de ley en determinados ámbitos de política pública, eludiendo así al poder legislativo. Esta potestad fusiona las funciones ejecutivas y legislativas y constituye una forma extrema de agregación en el ejecutivo. La elaboración de leyes mediante referéndum representa una forma extrema de dispersión del poder legislativo. En algunos países, la constitución autoriza a la ciudadanía a iniciar un proceso legislativo mediante la presentación de una propuesta de ley sobre cuestiones específicas y la somete a referéndum antes de su promulgación si no es aprobada por el poder legislativo (por ejemplo, en Letonia¹⁴).

La potestad para la elaboración de leyes puede limitarse distribuyendo partes de la misma hacia el poder ejecutivo; compartiendo la autoridad para introducir legislación con el ejecutivo y/o la ciudadanía a través de iniciativas de agenda o referéndum; permitiendo al Presidente influir, impedir o bloquear dicha potestad, o estableciendo el control judicial de la constitucionalidad.

4.1.2. Limitaciones de la facultad de iniciar legislación

La potestad legislativa incluye la capacidad de presentar proyectos de ley. En la mayoría de las constituciones, el poder legislativo tiene una autoridad ilimitada para iniciar el proceso de elaboración de leyes en todas las materias, a veces incluso de forma exclusiva (EE. UU.). Sin embargo, en muchos países la autoridad para presentar proyectos de ley se comparte, al menos en parte, con el ejecutivo y/o la ciudadanía a través de iniciativas de agenda. Una constitución puede limitar este derecho del poder legislativo de forma general o en ámbitos de política pública específicos. Por ejemplo, el ejecutivo puede tener la capacidad exclusiva de introducir leyes presupuestarias, tratados internacionales o legislación comercial y arancelaria. Esta autoridad puede extenderse también a otros ámbitos de política pública (Brasil, Chile, Colombia). Esta función de “control de acceso” le permite al ejecutivo mantener el *statu quo* en determinadas áreas de política pública.

4.1.3. Poder de veto presidencial

Después de que el poder legislativo aprueba un proyecto de ley, muchas constituciones permiten al Presidente influir en él, ralentizarlo o bloquearlo. El Presidente puede aplicar un control político o jurídico. Puede (a) rechazar un proyecto de ley estrictamente por razones políticas o (b) impugnar la constitucionalidad de una ley. Los vetos políticos son más comunes en los sistemas presidenciales y semipresidenciales, en los que el electorado, y no el poder legislativo, elige directamente al Presidente. Si el poder legislativo puede superar un veto por una mayoría de votos igual o superior a la mayoría por la que se aprobó originalmente el proyecto de ley en cuestión (Botswana, India, Turquía), el veto presidencial es débil y solo equivale a un derecho de demora. Sin embargo, si el umbral necesario para que el poder legislativo pueda superar el veto se eleva, entonces el veto presidencial es más sustancial. Los umbrales más altos pueden variar significativamente, desde una mayoría absoluta (Perú), hasta una mayoría del 60 por ciento (Polonia) o del 67 por ciento (Chile) de todos los miembros del legislativo que estén *presentes*, hasta una mayoría del 67 por ciento de *todos los miembros* (Egipto). Dependiendo de la

composición de la asamblea legislativa y de la fuerza de la oposición, el veto presidencial puede equivaler a un veto absoluto de facto que puede bloquear todas las iniciativas legislativas en caso de aplicarse. El veto absoluto *de iure* rara vez existe; cuando lo hay, suele aplicarse solo a ámbitos de política pública limitados (por ejemplo, Chipre).

Además del “veto total”, que le permite al Presidente registrar solo una opinión, sí o no, el “veto parcial” le permite oponerse a partes de un proyecto de ley. El veto parcial podría implicar al Presidente más estrechamente en el proceso de elaboración de la ley al autorizar una intervención más limitada en los detalles de la legislación. Esa intervención limitada permite acumular una gran influencia sobre la forma final de la legislación.

Otra opción le permite al Presidente ampliar el umbral requerido para la aprobación de un proyecto de ley, lo que puede otorgarle una influencia significativa en el proceso de elaboración de la ley.

Una constitución puede autorizar al Presidente a impugnar la constitucionalidad de una propuesta de ley remitiéndola al tribunal correspondiente para su revisión (Croacia, Sudáfrica). En este caso, la preocupación del Presidente por la constitucionalidad de la ley retrasa y, si es apoyada por el tribunal correspondiente, pone fin al proceso por motivos jurídicos en lugar de políticos.

4.1.4. Poder de los ciudadanos para rechazar proyectos de ley o derogar leyes

Algunas constituciones otorgan a los ciudadanos la facultad de rechazar un proyecto de ley antes de su promulgación (Suiza) o de exigir la derogación de una ley mediante un referéndum derogatorio por iniciativa propia. En Uruguay¹⁵, la petición de referéndum derogatorio debe iniciarse en el plazo de un año desde la promulgación de la ley. Italia, por su parte, solo permite hacerlo después de que la ley haya estado en vigor durante al menos un año. Todas las variantes tienen en común que la ciudadanía tiene voz en el proceso de elaboración de la ley más allá de las elecciones periódicas, lo que permite dispersar los poderes de la asamblea representativa.

4.1.5. Control judicial de constitucionalidad

Mientras que el veto presidencial y el poder de la ciudadanía para rechazar proyectos de ley o incluso derogar leyes representan generalmente una dispersión política del poder legislativo, una constitución puede permitir también la dispersión jurídica del poder legislativo bajo la forma del control judicial de constitucionalidad. Aunque se trata claramente de un control jurídico, los profesionales no deben subestimar la dimensión política inherente a la revisión constitucional. Un ejemplo llamativo es la decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica sobre la inconstitucionalidad de la pena de muerte. Aunque la constitución sudafricana no menciona en ningún lugar la pena de muerte, el Tribunal Constitucional anuló la disposición pertinente de la Ley de Procedimiento Penal basándose en los valores de los derechos humanos, los precedentes internacionales y comparados, y el pragmatismo judicial¹⁶.

Las constituciones han permitido el control judicial de constitucionalidad antes de la promulgación de una ley si el ejecutivo lo solicita. Otros países han dispuesto que el poder

legislativo remita la ley a la institución judicial pertinente antes de su promulgación (Francia). Lo más habitual es la revisión constitucional tras la promulgación de una ley. Algunas constituciones ofrecen la posibilidad de impugnar una ley *in abstracto* (Alemania). En otros países, un tribunal puede revisar la constitucionalidad de una ley solo si se impugna durante un caso específico o una controversia en litigio.

4.2. Poderes de reforma de la constitución

Tradicionalmente, solo el poder legislativo puede reformar la constitución. La mayoría de los países se adhieren a ese principio hoy en día, aunque las constituciones de algunos países requieren la aprobación de tres niveles de instituciones legislativas (el órgano legislativo nacional, incluyendo la primera y la segunda cámara, y las asambleas legislativas de las unidades subnacionales (México, Nigeria, Rusia, EE. UU.). El procedimiento de reforma suele requerir un umbral de votación más alto, que a menudo es igual al requerido para revertir el veto presidencial (si existe). En estos países, el veto solo retrasa la eventual aprobación de la enmienda, ya que no requiere un umbral más alto. Pero también existen otros procedimientos de reforma: en Italia, por ejemplo, una enmienda constitucional solo requiere una mayoría absoluta en ambas cámaras. Sin embargo, con solo el 20 por ciento de los miembros de la asamblea legislativa es posible convocar a un referéndum, a menos que sea rechazado por una mayoría de dos tercios en ambas cámaras. Este proceso sigue siendo un método para modificar la constitución centrado en el poder legislativo y, por tanto, dispersa mínimamente las potestades legislativas. En muchos países, las enmiendas constitucionales deben ser aprobadas por referéndum (Guatemala, Suiza). En Francia, el Presidente puede prescindir de este requisito si cuenta con el apoyo de una mayoría del 60 por ciento del poder legislativo.

4.3. Otras facultades del poder legislativo

En algunos procesos de toma de decisiones que tradicionalmente están bajo el control del ejecutivo, las constituciones involucran al poder legislativo en diversos grados. El aumento del ámbito de incidencia del poder legislativo en decisiones como la declaración del estado de emergencia, la declaración de guerra, y la concesión de indultos o amnistías fortalece sus atribuciones.

El incremento del ámbito de incidencia del poder legislativo en asuntos como la declaración del estado de emergencia, la declaración de guerra y la concesión de indultos o de amnistías fortalece sus atribuciones.

4.3.1. Estado de emergencia

Quién declara el estado de emergencia y *mediante qué método* son cuestiones constitucionales cuyas respectivas respuestas permiten diferentes grados de participación de instituciones distintas del ejecutivo. Una constitución puede delimitar claramente las ocasiones —las únicas ocasiones— en las que el gobierno puede declarar el estado de emergencia, como una invasión o una catástrofe natural. Pero quienes redactan constituciones pueden querer dejar espacio para la discrecionalidad: consideremos, por

ejemplo, las amenazas a la salud pública o al orden interno. Intentar articular todas esas circunstancias será probablemente imposible y poco prudente. Alguien debe determinar cuándo un nivel de amenaza se eleva al nivel de emergencia y, para evitar abusos, alguien más debe estar facultado para evaluar esa determinación. En algunas constituciones, este poder se deja enteramente en manos del ejecutivo, a veces sujeto al control interno del mismo. Por ejemplo, en la Constitución de Perú se requiere la aprobación previa del gabinete antes de que el jefe del ejecutivo pueda declarar una emergencia. En otros países, el poder legislativo no participa en el proceso de toma de decisiones propiamente dicho, pero se exige el apoyo parlamentario retroactivo en un plazo determinado (Malawi). Las constituciones de Etiopía y Fiji exigen la aprobación parlamentaria previa antes de que el ejecutivo pueda declarar el estado de emergencia. La Constitución de Mongolia establece que solo el parlamento puede declarar el estado de emergencia, lo que constituye la autoridad más amplia del poder legislativo. Solo si el parlamento se encuentra fuera del período de sesiones puede actuar el Presidente, pero tal declaración solo dura siete días y caduca si el parlamento permanece pasivo.

La declaración del estado de emergencia puede concentrar el poder como ningún otro acto ejecutivo, y eliminar muchos controles de la acción unilateral. Muchos países en situación de posconflicto han sufrido gravemente las consecuencias de un estado de emergencia aplicado de forma abusiva. Preocupados por esa eventualidad, muchos redactores de constituciones la han compensado sobremanera exigiendo unos requisitos previos excesivamente cautelosos para que la declaración de un estado de emergencia sea válida. En las verdaderas emergencias, la ausencia de instituciones operativas puede hacer imposible el cumplimiento de los requisitos previos. En Haití, por ejemplo, cualquier declaración de emergencia requería recientemente el refrendo del Primer Ministro y de todos los demás ministros del gobierno, además de una determinación inmediata del parlamento sobre el alcance y la conveniencia de la decisión del Presidente. También recientemente, según la constitución haitiana solo la invasión extranjera y la guerra civil —pero no una catástrofe natural— constituían un estado de emergencia. Debido a esta redacción restrictiva y a las exigencias de la situación —un terremoto sin precedentes y la muerte de muchos ministros y parlamentarios—, el gobierno haitiano ignoró las disposiciones constitucionales aplicables y declaró el estado de emergencia de todos modos, protegiendo la soberanía, pero ignorando los principios del Estado de derecho.

La declaración del estado de emergencia puede concentrar el poder como ningún otro acto ejecutivo. Por ello, muchos redactores de constituciones han exigido requisitos previos excesivamente cautelosos para la declaración del estado de emergencia.

4.3.2. Concesión de amnistía/poder de indulto

Otra función que tradicionalmente ha ejercido el ejecutivo es conceder indultos o una amnistía. En los escenarios posconflicto, la regulación constitucional de una justicia transicional que también incluya elementos de amnistía es de suma importancia y, a menudo, el prerrequisito para el comienzo pacífico de una nueva era. La amnistía como parte de la justicia transicional tras un conflicto violento no se aborda en este capítulo.

En su lugar, se examinan las disposiciones sobre la concesión de amnistías e indultos destinadas a aplicarse durante el curso ordinario de la vida constitucional. Pero incluso en este contexto, la facultad de conceder amnistías e indultos es delicada y acarrea el potencial de influir en la administración de justicia a gran escala si se utiliza de forma imprudente. Por lo tanto, es crucial identificar el equilibrio adecuado entre los actores implicados en el proceso de concesión de la amnistía o el indulto. También en este caso existen varias opciones constitucionales, que van desde la autoridad exclusiva del ejecutivo para conceder amnistías (Burkina Faso, República Checa) o indultos (Georgia, Kenia), hasta la completa exclusión del ejecutivo de las decisiones sobre amnistías (Hungría). Entre estos extremos, el abanico de opciones incluye que tanto el ejecutivo como el legislativo ejerzan poderes paralelos de indulto y amnistía (Mozambique, 1990) o poderes conjuntos que requieren que tanto el ejecutivo como el legislativo aprueben la amnistía o los indultos (Indonesia, Corea del Sur), o incluso otros arreglos con requisitos adicionales: en Grecia, la amnistía solo está disponible para los delitos políticos y solo si la aprueban tanto el ejecutivo como el legislativo.

5. Conclusiones

Las constituciones de todo el mundo ofrecen una gran variedad de opciones para estructurar y fortalecer al poder legislativo. Esta variedad responde a la demanda constante de establecer un entorno democrático que vaya más allá del simple gobierno de la mayoría. Incluir a varios grupos con intereses distintos en el órgano que debe representar al pueblo es el reto al que deben enfrentarse quienes redactan una constitución a la hora de diseñar el poder legislativo. Desagregar las potestades legislativas dentro del propio órgano legislativo no es un fin en sí mismo, sino que permite reflejar e incluir de forma más precisa la diversidad más allá del gobierno de la mayoría.

En los escenarios posconflicto, las normas constitucionales que incluyen elementos de amnistía son de suma importancia y a menudo son el requisito previo para el comienzo pacífico de una nueva era. La facultad de conceder amnistías o indultos es delicada y puede influir en la administración de justicia a gran escala si se utiliza de forma imprudente.

Tabla 5.2. Temas destacados de este capítulo

Tema	Preguntas
<p>1. Sistema de gobierno</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Deben depender del poder legislativo la elección y la supervivencia del Jefe de Gobierno? • O, si las funciones de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno las desempeña una sola persona, ¿deberá esta persona depender de la voluntad del poder legislativo (Botswana, Sudáfrica)? • O, en un ejecutivo dual, en el que los poderes ejecutivos sustantivos los comparten un Jefe de Estado elegido directamente y un Jefe de Gobierno, ¿qué papel debe tener el poder legislativo en la selección/destitución del Jefe de Gobierno? ¿Debe participar el poder legislativo en el procedimiento de selección? ¿Debe el derecho de destitución ser competencia exclusiva del poder legislativo? • ¿O deberá el jefe del poder ejecutivo (que es el Jefe de Estado y de Gobierno) ser independiente del legislativo y ser elegido directamente por el pueblo?
<p>2. Diseño de la composición del poder legislativo: sistemas electorales, escaños reservados, cuotas de candidatos, designaciones externas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿De acuerdo con qué sistema electoral se compone la asamblea legislativa? ¿Habrá un sistema de mayoría relativa, uno de representación proporcional o una mezcla de ambos? • En el caso de los sistemas de representación proporcional, ¿habrá un umbral mínimo para la representación? • ¿Se reservarán escaños para las minorías y las mujeres y, en caso afirmativo, cómo deben cubrirse esos escaños? • ¿Existirán cuotas de candidatos en favor de las mujeres? • ¿Debe la asamblea legislativa ser elegida exclusivamente por el pueblo o deben cubrirse algunos escaños mediante nombramientos (en un poder legislativo unicameral)?
<p>3. Diseño del procedimiento de votación</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Deberán aprobarse todas las leyes por mayoría simple/absoluta de los miembros de la asamblea legislativa, o habrá un sistema de votación por doble mayoría con respecto a algunos temas sensibles para proteger a las minorías?

Tema	Preguntas
4. Segunda cámara legislativa	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Debe el poder legislativo nacional estar compuesto por una o dos cámaras? Si hay una segunda cámara legislativa, ¿quién debe estar representado en ella? ¿Las unidades territoriales o los jefes y ancianos, o los grupos de interés, o una mezcla de los tres? • ¿Cómo deben seleccionarse los miembros de la segunda cámara? ¿Deben ser elegidos por los respectivos grupos o entre la población de las unidades territoriales o deben ser nombrados por el gobierno nacional o una mezcla de ambos? • Si la segunda cámara representa a las unidades territoriales, ¿deben estar representadas todas las unidades por igual (por ejemplo, dos miembros por región, independientemente del tamaño y la población de las regiones)? • ¿Cuáles son los poderes de la segunda cámara en relación con la primera? • Con respecto al proceso legislativo, ¿tendrán ambas cámaras los mismos poderes (veto absoluto de la segunda cámara)? ¿O estará la segunda cámara facultada solo para retrasar el proceso? ¿O se determinará en función de la materia?
5. Descentralización de las facultades legislativas	<ul style="list-style-type: none"> • Desde una perspectiva vertical, ¿habrá asambleas legislativas en los distintos niveles de gobierno del país? • En caso afirmativo, ¿qué tipo de competencias se transferirán al nivel inferior de gobierno? • ¿Cómo se repartirán las facultades legislativas? ¿Habrá competencias exclusivas para el nivel regional o incluso el nivel local de gobierno? ¿O habrá competencias concurrentes o compartidas? ¿Qué normativa prevalece en el caso de que tanto el nivel nacional como las regiones regulen la misma materia? • ¿Qué competencias son de especial importancia para los niveles inferiores de gobierno (por ejemplo, para la protección de su identidad)?
6. Potestades institucionales del poder legislativo	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Tendrá el poder legislativo la facultad de destituir al Jefe de Gobierno por razones políticas? • ¿Tendrá el poder legislativo la facultad exclusiva de destituir al jefe del ejecutivo por ofensas de carácter jurídico (<i>impeachment</i>)? ¿O participará al menos en el proceso de enjuiciamiento? • ¿Tendrá el poder legislativo la facultad de requerir la comparecencia de los miembros del ejecutivo o incluso de iniciar investigaciones? • ¿Tendrá el poder legislativo algún tipo de control inmediato sobre la composición del gabinete?

Tema	Preguntas
7. Controles institucionales frente al poder legislativo	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Estará el poder legislativo sujeto a disolución antes del final de la asamblea legislativa? • En caso afirmativo, ¿se basará la disolución en una (in)acción legislativa previa o quedará a la entera discreción del jefe del ejecutivo? • ¿Existirá la posibilidad de que la ciudadanía revoque el mandato de los miembros del poder legislativo en determinadas circunstancias?
8. Facultades del poder legislativo para la elaboración de leyes	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Será el poder legislativo el único legislador o existirá la posibilidad de que el ejecutivo legisle por decreto en determinados ámbitos? • ¿Será el legislativo el único actor relevante en el proceso legislativo? ¿O tendrá el ejecutivo derecho a vetar los proyectos de ley? En caso afirmativo, ¿se tratará de un veto puramente suspensivo o se requerirá una mayoría cualificada del poder legislativo para revertir el veto presidencial, o incluso habrá un veto absoluto en algunos ámbitos? • ¿Tendrá el ejecutivo derecho a impugnar la constitucionalidad de un proyecto de ley antes de que se convierta en ley?
9. Otras formas de intervención legislativa	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Debe participar el poder legislativo en la declaración del estado de emergencia? • ¿Debe participar el poder legislativo en la declaración de guerra? • ¿Debe intervenir el poder legislativo en la concesión de indultos/ amnistías?

Notas

- ¹ M. Böckenförde et al., *Max Planck Manual on Different Forms of Decentralization* [Manual Max Planck sobre diferentes formas de descentralización], 3.^a edición (Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2008).
- ² J. M. Payne et al., *Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America* [Democracias en desarrollo: política y reformas en Latinoamérica] (Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, IDEA Internacional y otros, 2007).
- ³ IDEA Internacional, *Electoral System Design: The New International IDEA Handbook* [Diseño del sistema electoral: nuevo manual de IDEA Internacional] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2005).
- ⁴ IDEA Internacional, *Electoral System Design [Diseño del sistema electoral]*.
- ⁵ IDEA Internacional, *Electoral System Design [Diseño del sistema electoral]*.
- ⁶ Artículo 34 de la Constitución de Austria (1920) según su redacción en 2008.

- 7 Artículo 61 de la Constitución de Etiopía (1995).
- 8 Artículo 80 y Cuarto anexo de la Constitución de India (1950) según su redacción en 2005.
- 9 En Suiza, cada uno de los cantones (es el nombre de los estados en Suiza) está representado en la segunda cámara por dos miembros, independientemente de su tamaño y población. Sin embargo, tres de esos cantones, por razones históricas, están divididos en medios cantones; cada uno de los seis medios cantones es representado por un solo miembro. Así, 20 cantones están representados por dos miembros, y un miembro representa a cada uno de los seis semicantones.
- 10 Artículo 72 de la Constitución de Alemania (1949) según su redacción en 2010.
- 11 Artículo 94 A de la Constitución de Canadá (Leyes Constitucionales 1867 a 1982, consolidación actual) según su redacción en 2008.
- 12 Artículo 80 de la Constitución de Albania (1998).
- 13 IDEA Internacional, *Direct Democracy: The International IDEA Handbook [Democracia directa: Nuevo manual de IDEA Internacional]* (Estocolmo: IDEA Internacional, 2008), pág. 123.
- 14 Artículo 78 de la Constitución de Letonia (1922) según su redacción en 2005.
- 15 Artículo 79 de la Constitución de la República Oriental de Uruguay (1966) según su redacción en 1996.
- 16 Véase *State vs. Makwanyane & Anr*, caso núm. CCT/3/94.

Términos clave

Sistemas de gobierno, sistema presidencial, sistema parlamentario, sistema mixto, sistema semipresidencial, sistema electoral, escaños reservados, cuotas de candidatos, poder legislativo bicameral, tipos de representación legislativa, votación por doble mayoría, descentralización de las facultades o representación legislativa, supervisión legislativa, enjuiciamiento político (*impeachment*), voto de censura, comparecencia, investigación, disolución del poder legislativo, nombramientos externos en el poder legislativo, autonomía financiera, inmunidad legislativa, revocación por el electorado, veto presidencial, control judicial de constitucionalidad, estado de emergencia, concesión de amnistía/indulto, poderes de elaboración de leyes.

Recursos adicionales

- **Portal Ágora para el Desarrollo Parlamentario**
<<https://www.agora-parl.org/>>
El Portal Ágora para el Desarrollo Parlamentario es una iniciativa multilateral que comparte conocimientos sobre el desarrollo parlamentario. El sitio web ofrece una red para coordinar la información y las consultas de donantes y profesionales con

recursos de expertos y opciones para contactarlos. También ofrece una biblioteca virtual sobre desarrollo parlamentario, módulos de conocimiento que incluyen elementos multimedia y un calendario que enumera los próximos eventos sobre desarrollo parlamentario.

- **Enfoque de gobernanza democrática del PNUD sobre el desarrollo parlamentario**
<http://www.undp.org/governance/focus_parliamentary_dev.shtml>
El desarrollo parlamentario es una de las áreas de interés del Grupo de Gobernanza Democrática del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El PNUD proporciona asistencia técnica para capacitar a los legisladores y promover la reforma institucional. El sitio web ofrece publicaciones clave, así como recursos y programas relativos al desarrollo de las estructuras y funciones parlamentarias dentro del gobierno en conjunto.
- **Foro Parlamentario de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo**
<<http://www.sadcpf.org/index.php>>
El Foro Parlamentario de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (SADC) es un órgano interparlamentario regional compuesto por 13 parlamentos de la región de la SADC. La misión del Foro es proporcionar una plataforma para que los parlamentos y los parlamentarios promuevan y mejoren la integración regional, y facilitar la comunicación entre los profesionales de la región para difundir las mejores prácticas sobre el desarrollo parlamentario. El sitio web ofrece informes y otros documentos clave sobre el área de especialización del Foro, una ley modelo sobre el sida e información de contacto sobre los parlamentos de los países miembros.
- **Unión Interparlamentaria**
<<http://www.ipu.org/english/home.htm>>
La Unión Interparlamentaria (UIP) es una organización internacional financiada por sus parlamentos miembros y miembros asociados. Trabaja en estrecha colaboración con las Naciones Unidas y busca, entre otras cosas, establecer normas para las democracias representativas y proporcionar asistencia a los países que trabajan para desarrollar su propio sistema parlamentario. El sitio web recopila documentos clave, guías, cuestionarios, documentos de proyectos y otras publicaciones.
- **Enfoque de gobernanza democrática del PNUD sobre sistemas y procesos electorales**
<http://www.undp.org/governance/focus_electoral.shtml>
Los sistemas y procesos electorales son una de las áreas de interés del Grupo de Gobernanza Democrática del PNUD, cuyo objetivo es ayudar estratégicamente a lo largo del ciclo electoral a conseguir elecciones libres y justas. El sitio web recopila recursos como guías y folletos sobre el desarrollo de sistemas electorales democráticos.
- **Iniciativa para la Paz Procesos electorales y partidos políticos**
<<http://www.peacebuildinginitiative.org>>
Los procesos electorales y los partidos políticos representan una de las áreas temáticas de la Iniciativa de Consolidación de la Paz, proyecto de HPCR International, en

asociación con la Oficina de Apoyo a la Consolidación de la Paz de las Naciones Unidas y en cooperación con el Programa de Política Humanitaria e Investigación de Conflictos (HPCR) de la Universidad de Harvard. Su objetivo principal es construir y compartir el conocimiento y la experiencia de la construcción de la paz entre los actores relevantes y presentar una diversidad de perspectivas sobre la comprensión de la construcción de la paz. El sitio web ofrece recursos y estudios de casos sobre elecciones en todo el mundo, así como datos sobre la formación y las actividades de los partidos políticos y otros actores relevantes en este ámbito.

- **Comisión de Venecia del Consejo de Europa**

<<http://www.venice.coe.int/default.asp?L=E>>

La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho es un órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional, así como un grupo de reflexión jurídica independiente que se ocupa de la gestión de crisis, la prevención de conflictos y la elaboración constitucional. Se dedica a promover los ideales jurídicos europeos, incluidos la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho, asesorando a las naciones en materia constitucional. El sitio web ofrece opiniones específicas de cada país y estudios comparativos sobre los procesos de elaboración constitucional, las elecciones y los partidos políticos en Europa.

- **ACE**

<http://aceproject.org/ero-en/index_html?filter&topic=&country=&type=Essays&papers=>

El Electoral Knowledge Portal [Portal de Conocimientos Electorales] ACE —una iniciativa conjunta de IDEA Internacional, el Instituto Electoral del Sur de África (EISA), Elecciones Canadá, el Instituto Federal Electoral de México, la Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES), el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (DAES), el PNUD y la División de Asistencia Electoral de las Naciones Unidas (UNEAD)— es un repositorio de conocimientos en línea que ofrece una amplia gama de servicios relacionados con el conocimiento, la asistencia y la capacitación en materia electoral. El sitio web contiene artículos detallados, estadísticas y datos globales, una Enciclopedia de las Elecciones, información sobre asistencia electoral, observación y desarrollo profesional, recursos específicos para cada región y país, noticias electorales diarias, un calendario electoral, concursos y redes de expertos.

- **Centro de Recursos para la Gobernanza y el Desarrollo Social**

<<http://www.gsdr.org/>>

El Centro de Recursos para la Gobernanza y el Desarrollo Social (GSDRC), creado por el Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido (DFID) en 2005, pretende compartir conocimientos entre agencias y proporcionar información para apoyar los proyectos de desarrollo internacional y la planificación de programas, la elaboración de políticas y otras actividades en este ámbito. El sitio web incluye una biblioteca de documentos y diferentes servicios de investigación, así como guías temáticas y de acceso.

- **Instituto Democrático Nacional**

<<https://www.ndi.org/>>

El Instituto Democrático Nacional (NDI) es una organización sin ánimo de lucro y no partidista que apoya a las instituciones democráticas en todo el mundo a través de la participación ciudadana, la transparencia y la responsabilidad en el gobierno. El sitio web ofrece una biblioteca de documentos clave, así como otras publicaciones.

- **Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos**

<<http://www.osce.org/odhr>>

La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) es una organización de seguridad regional cuyo objetivo es ofrecer un foro para las negociaciones políticas y la toma de decisiones en los ámbitos de la alerta temprana, la prevención de conflictos, la gestión de crisis y la rehabilitación posconflicto. Financiada por sus Estados miembros, pone en práctica la voluntad política de los Estados participantes a través de su red de misiones sobre el terreno. El sitio web contiene recursos multimedia, servicios de noticias, bases de datos y una biblioteca de documentos.

CAPÍTULO 6

CAPITULO 6

Diseño del poder judicial

Nora Hedling

1. Descripción general

Este capítulo explora el papel del poder judicial dentro de una democracia constitucional, considerando temas relevantes para la asignación de las facultades judiciales en Estados profundamente divididos. La función más básica del poder judicial es resolver disputas y administrar justicia mediante la aplicación de la ley en los casos que se le presentan. Con el fin de llevar a cabo esa función y preservar el Estado de derecho (véase además el capítulo 2 de esta Guía), los sistemas y organismos judiciales deben estar diseñados de forma que garanticen una justicia accesible e imparcial. En este capítulo no se discuten exhaustivamente todos los aspectos del diseño judicial, pero sí se exploran tres aspectos principales del diseño de una judicatura que están contenidos en las constituciones: las competencias jurisdiccionales, incluyendo el control de constitucionalidad, la independencia judicial y el pluralismo jurídico.

Como parte del papel desempeñado por el poder judicial en la administración de justicia, las constituciones suelen encargar a la judicatura hacer efectivas las garantías de la constitución, lo que a veces implica la supervisión de los actores, organismos y procesos del gobierno. Por ejemplo, la mayoría de los poderes judiciales están investidos de algún tipo de competencia de control de constitucionalidad, lo que les permite revisar la acción legislativa o ejecutiva para verificar que se ajuste a la constitución. A través del control de constitucionalidad, la judicatura puede ejercer un importante control constitucional sobre los poderes políticos del Estado. Sin embargo, el poder judicial rara vez es omnipotente: la mayoría de los sistemas constitucionales limitan su independencia, otorgando a los otros poderes cierto grado de influencia sobre su composición y funciones.

El diseño del poder judicial representa una importante oportunidad para resguardar y asegurar la observancia de la constitución. Al mismo tiempo, al igual que ocurre con los otros poderes, dicho diseño requiere una cuidadosa reflexión sobre el equilibrio de poder adecuado entre ellos.

Por lo tanto, el diseño del poder judicial representa una importante oportunidad para que los expertos constitucionales salvaguarden y garanticen el cumplimiento de la carta fundamental. Al mismo tiempo, el diseño del poder judicial, al igual que el de otros poderes, requiere una cuidadosa reflexión sobre el equilibrio de poder adecuado entre ellos. Asimismo, el diseño interno del poder judicial, en particular la incorporación de un sistema jurídico plural, representa oportunidades y desafíos únicos. El contexto del proceso de elaboración constitucional —es decir, las circunstancias y la historia de la nación— debe estar en el corazón del diseño del poder judicial.

Las siguientes secciones describen varias opciones de diseño constitucional para el poder judicial, junto a las consideraciones clave que deben tener en cuenta los expertos. Después de examinar brevemente estas opciones, se las analiza a través del prisma de dos factores que forman parte del marco analítico subyacente de esta Guía. El primer factor se refiere a la cuestión de si el diseño judicial particular desagrega o centraliza el poder gubernamental, ya sea en el poder judicial o en otra rama de gobierno. En segundo lugar, si bien se puede pensar que la aplicación judicial de la ley es la salvaguarda jurídica por excelencia y la última defensa contra la violación de los derechos individuales, es importante recordar que las fuerzas políticas pueden estar presentes en todos los poderes y elementos del gobierno. Aunque los jueces están llamados a tomar decisiones únicamente al servicio de la constitución y sus leyes, también son seres humanos con experiencias y creencias propias que pueden ser imposibles de separar totalmente de la interpretación y aplicación de la ley que llevan a cabo. Por lo tanto, las opciones también se consideran a la luz de las fuerzas políticas y legales que pueden dar forma a las funciones e influencia judiciales.

Para lograr un equilibrio óptimo de poderes, los responsables de la elaboración constitucional deben considerar cuidadosamente sus propios objetivos y circunstancias. Este capítulo no presenta un molde aplicable a todos los sistemas, sino que analiza varios elementos del diseño judicial, cada uno con sus propios costos y beneficios. Además, quienes crean las constituciones deben recordar que, si bien los principios discutidos aquí pueden resultar útiles, el logro de un objetivo específico —por ejemplo, la independencia judicial— puede requerir de una mirada más detallada a los arreglos y estructuras constitucionales que van más allá del poder judicial. En otras palabras, ninguna rama del gobierno funciona de forma aislada. La mayoría de los ejemplos citados se refieren a disposiciones constitucionales que otorgan expresamente facultades al poder judicial. Sin embargo, cabe mencionar que si no existe una concesión expresa de autoridad dentro de la constitución al poder judicial, esto no significa necesariamente que este carezca del poder en cuestión en una constitución determinada. Las competencias judiciales se pueden establecer por ley o, especialmente en los países de tradición anglosajona (*common law*), a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, algunas constituciones no abordan directamente el tema de la revisión constitucional, pero el poder judicial ejerce, no obstante, esta facultad y se considera una práctica constitucionalmente válida. En la

El logro de un objetivo específico —por ejemplo, la independencia de los jueces— puede requerir de una mirada más detallada a los arreglos y las estructuras constitucionales que van más allá del poder judicial. Ninguna rama del gobierno funciona de forma aislada.

histórica decisión de *Marbury vs. Madison*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció firmemente el carácter constitucional del control judicial de constitucionalidad (también conocido como revisión constitucional) como una consecuencia lógica de la distribución de poderes en la Constitución¹.

Por lo tanto, los responsables la elaboración constitucional deben tener cuidado de considerar no solo las disposiciones incorporadas de forma explícita en la constitución, sino también las prácticas, las tradiciones y los precedentes que probablemente serán aceptados o tolerados, así como las posibles consecuencias de las disposiciones y principios consagrados en la constitución. Las disposiciones constitucionales no funcionan de forma aislada, sino que interactúan con otras disposiciones constitucionales, con otras fuentes del derecho y con las circunstancias pertinentes, tanto históricas como políticas, de una sociedad determinada. Las normas y tradiciones de la sociedad, así como otras fuentes del derecho (como el derecho escrito, el *common law*, la costumbre o la práctica) probablemente informarán el significado, la interpretación prevalente y la implementación de determinadas disposiciones constitucionales.

Recuadro 6.1. Poder judicial: ideas clave

- El poder judicial es tradicionalmente el poder del Estado que interpreta la ley, en lugar de “crearla” o hacerla cumplir. En las constituciones modernas, esta función puede abarcar muchas facultades, pero, fundamentalmente, el poder judicial resuelve disputas y administra justicia determinando los hechos y aplicando a esos hechos el derecho vigente.
- El control de constitucionalidad es una piedra angular del poder judicial en la mayoría de las democracias modernas. Esto implica asegurar que la ley y la actividad del gobierno se ajusten a las garantías constitucionales ya sea en lo que respecta a la autoridad del gobierno para actuar, a su estructura o a la separación de poderes, o en lo que respecta a lo que se le prohíbe hacer, como infringir las libertades individuales reconocidas por la constitución. El alcance de esta facultad de revisión, así como la participación de otros poderes del Estado, varía ampliamente.
- Los poderes judiciales modernos también cuentan con una serie de competencias adicionales, muchas de las cuales corresponden al control de otros poderes del Estado u otros mecanismos de supervisión, incluyendo potencialmente poderes como la capacidad de supervisar y regular las elecciones o los partidos políticos.
- Es esencial preservar la independencia del poder judicial para conservar el Estado de derecho y garantizar el correcto funcionamiento e imparcialidad del sistema judicial. Al mismo tiempo, las constituciones deberían promover un sistema judicial que responda por sus acciones y sea transparente. El diseño judicial debe procurar mantener un equilibrio entre estos valores que, a veces, pueden competir entre sí. De este modo, el diseño orientado hacia

estos valores puede incluir la promoción de la claridad y consistencia de los procesos y estándares judiciales, el derecho a audiencias públicas y el acceso a la información judicial, y puede contar también con mecanismos de control del ejercicio de los poderes judiciales, como un sistema de apelación que funcione y la supervisión por parte de otros poderes de los procedimientos de nombramiento y destitución. Una consideración clave a la hora de determinar los mecanismos que serán exitosos para lograr este equilibrio es el contexto en el cual operará la constitución.

- El pluralismo jurídico fomenta la aplicación de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo ordenamiento constitucional. Dicho de otro modo, permite incorporar al orden constitucional otras normas y sistemas jurídicos ya existentes, y proporcionar autonomía jurídica a los pueblos indígenas y a los grupos religiosos. Sin embargo, el pluralismo jurídico también plantea importantes cuestiones sobre el alcance que debe tener la jurisdicción en cada sistema y sobre la jerarquía jurídica entre los sistemas incluidos en el ordenamiento constitucional. El pluralismo jurídico plantea retos particulares a la hora de hacer valer los derechos constitucionales en todos los sistemas jurídicos aplicables.

2. Facultades del poder judicial

La función principal de los tribunales es aplicar la ley imparcialmente en los litigios que se les presenten. Esta función está estrechamente relacionada con la estabilidad y la legitimidad del poder judicial y del orden constitucional. La imparcialidad es fundamental. Es decir, los jueces están llamados a examinar los hechos que se les presentan sin prejuicios y a aplicar la ley equitativamente, sin considerar opiniones políticas o preferencias personales. La imparcialidad no solo ofrece la mejor posibilidad de impartir justicia en el litigio en cuestión, sino que además genera credibilidad y confianza en el poder judicial como institución. La imparcialidad también establece el estándar para que los jueces desempeñen sus otras funciones, incluyendo, de manera importante, su rol en la protección de la integridad de la constitución.

Al mismo tiempo, los jueces son humanos, de modo que es posible que dos jueces imparciales lleguen a decisiones diferentes ante los mismos hechos. La aplicación de la

La función principal de los tribunales es aplicar la ley imparcialmente en los litigios que se les presenten. Esta función está estrechamente relacionada con la estabilidad y la legitimidad del poder judicial y del orden constitucional. La imparcialidad es fundamental.

ley a un conjunto particular de hechos con el fin de resolver una disputa o caso específico puede requerir la interpretación de la ley o que se indague en qué es lo que la ley requiere en una situación específica y posiblemente imprevista. En ese sentido, la responsabilidad de aplicar la ley implica de por sí la facultad de poder determinar su significado. Aunque es inevitable que los tribunales apliquen

cierto grado de creatividad, esta no es de ninguna manera absoluta. Existen diversas herramientas, como los sistemas de apelación, la legislación detallada o el respeto por los precedentes establecidos en casos anteriores, que atenúan la función creativa y ayudan a mantener la coherencia en la aplicación de la ley en todo el poder judicial.

No obstante, la actividad de interpretar y aplicar la ley es una facultad esencial del poder judicial y también es vital en el concepto de Estado de derecho, el cual requiere, entre otras cosas, la igualdad ante la ley, la equidad en la aplicación de la ley y el acceso a instrumentos de administración de justicia, como son los tribunales que funcionan correctamente. La función de aplicar la ley también afecta las actividades fundamentales de los otros poderes del Estado, en particular, el proceso legislativo. Asimismo, además de su función cotidiana de administrar justicia, el poder judicial es un poder del Estado. En ese sentido, las constituciones confieren potestad al poder judicial y a otros poderes como parte de un diseño destinado a crear un sistema de gobierno que funcione. El poder judicial, por lo tanto, se relaciona con los otros poderes. Ejerce controles sobre las actividades de los otros poderes y, de cierta manera, también es moldeado por ellos. El resto del capítulo se enfoca en el papel del poder judicial a la hora de mantener el orden constitucional y en cómo interactúa con los otros poderes del Estado. También se examinarán algunos aspectos de la estructura interna del poder judicial y, en concreto, la posibilidad de que existan múltiples sistemas judiciales y jurídicos operando conjuntamente bajo una misma constitución.

2.1. Control de constitucionalidad

Una de las funciones principales de los poderes judiciales modernos es defender las garantías constitucionales. El poder judicial desempeña esta función a través del control de constitucionalidad, también conocido como revisión judicial o constitucional. El control de constitucionalidad adopta muchas formas y puede implicar el ejercicio de varios mecanismos de supervisión, pero su objetivo es el mismo en todas las jurisdicciones: defender los principios y las disposiciones constitucionales contra cualquier legislación, regulación u otra acción gubernamental que pueda contravenirlos. A través de los procesos de control de constitucionalidad, los tribunales evalúan la legislación y otros actos de gobierno para garantizar que se ajusten a la constitución. Si la legislación o dichos actos contravienen la constitución, los tribunales los invalidarán. La normativa constitucional representa generalmente una normativa superior, a la que deben ajustarse todas las demás leyes y acciones gubernamentales. Al llevar a cabo la revisión constitucional, el poder judicial hace efectiva esta jerarquía. Aunque las constituciones suelen otorgar el poder de promulgar leyes al poder legislativo, esta distribución de autoridad está supeditada al hecho de que no se aprueben leyes que contradigan o ignoren las disposiciones y los principios constitucionales. La revisión constitucional es uno de los mecanismos que permiten preservar y aplicar la constitución. Es un medio para dar fuerza a las disposiciones constitucionales e impedir que se ejecuten actos que las infrinjan.

La mayoría de los sistemas judiciales están investidos de algún tipo de competencia de control de constitucionalidad, lo que les permite revisar la acción legislativa o ejecutiva para verificar que se ajuste a la constitución.

2.1.1. ¿Qué puede ser objeto de la revisión constitucional?

La revisión constitucional puede extenderse a varios tipos de leyes. En un nivel básico, la revisión constitucional le permite al poder judicial evaluar la legislación para determinar si cumple con los requisitos de la constitución. Sin embargo, el control suele extenderse al examen de otras leyes o acciones, como las decisiones administrativas o los actos del ejecutivo, para comprobar su conformidad con la constitución. Por ejemplo, algunas constituciones permiten la revisión constitucional de las leyes derivadas de los tratados internacionales². La revisión constitucional puede extenderse más allá de la legislación nacional a las leyes aprobadas en los niveles inferiores de gobierno. En Sudáfrica, las facultades de revisión del Tribunal Supremo, en virtud de la Constitución de 1996, se extienden a todos los niveles de gobierno, incluyendo a las constituciones de las provincias, que también deben respetar la Constitución nacional³. Asimismo, según la Constitución de Serbia, el Tribunal Constitucional es competente para revisar la constitucionalidad de las leyes generales de las provincias autónomas y de las unidades de autogobierno local, para comprobar su conformidad con la Constitución⁴.

También es posible que el poder judicial revise la constitucionalidad de aquellas actividades de los poderes legislativo o ejecutivo que planteen cuestiones relativas a la división o separación de poderes establecida en la Constitución. El objeto de este tipo de revisión constitucional es resolver los conflictos que emergen no entre particulares, sino entre los poderes y órganos de gobierno, con el fin de determinar las competencias de los distintos poderes, incluidas las del propio poder judicial.

Uno de los tribunales que está facultado para revisar la división de atribuciones entre los poderes del Estado es el Tribunal Constitucional de la República de Corea (Corea del Sur), entre otros varios ejemplos⁵. Asimismo, un tribunal puede tener la facultad de revisar la división de poderes entre distintos niveles de gobierno, por ejemplo, entre un gobierno regional y el gobierno nacional. Así, la Constitución de Camerún, por ejemplo, dota a sus tribunales de la facultad de resolver las disputas entre el Estado y las regiones, así como entre las regiones mismas⁶. Las constituciones de India, Malasia, México y Nigeria, entre otras, también permiten la revisión de la distribución de poderes entre los niveles de gobierno⁷.

La revisión constitucional puede extenderse no solo a evaluar si la legislación cumple con los requisitos de la constitución, sino también al examen de otras leyes o acciones, a la división de poderes entre los distintos niveles de gobierno y posiblemente a la revisión de las omisiones del gobierno, en lugar de sus acciones.

Por último, los responsables de la elaboración constitucional pueden permitir que el poder judicial revise las *omisiones* del gobierno en lugar de sus acciones. En Uganda, el Tribunal

de Apelación, cuando actúa como Tribunal Constitucional, cuenta con esa facultad. El artículo 137 (3)⁸ permite a un particular reclamar ante el tribunal que “cualquier acto u omisión de cualquier persona o autoridad” contraviene la constitución. Si la petición se considera fundada, el tribunal puede ofrecer reparación.

2.1.2. ¿Quién lleva a cabo la revisión?

Si el alcance de la revisión constitucional varía según los países, ocurre lo mismo con el proceso que implica. El proceso de revisión constitucional está estrechamente relacionado, aunque no estrictamente, con el tipo de tribunales establecidos por la constitución y con el sistema jurídico operativo. El modelo de revisión judicial estadounidense difiere del modelo europeo de revisión constitucional en que el primero autoriza a diferentes instituciones a realizar la revisión constitucional. Según el modelo estadounidense, todos los tribunales del poder judicial tienen jurisdicción inherente para llevar a cabo la revisión constitucional. En otras palabras, incluso los tribunales inferiores pueden determinar que una ley o una acción gubernamental viola la constitución. Al tomar esa decisión, el tribunal debe decidir el caso de acuerdo con las exigencias de la constitución y negarse a aplicar la ley en cuestión por motivos constitucionales.

Estas decisiones pueden apelarse; no obstante, ello no implica que no se haya llevado a cabo cierto tipo de revisión constitucional. En lo alto de este sistema de revisión suele situarse un Tribunal o Corte Suprema, como máximo tribunal de apelación, que se pronuncia en última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes impugnadas. Dado que la mayoría de los tribunales supremos solo conocen una pequeña fracción de todos los recursos de inconstitucionalidad presentados según el modelo estadounidense, son los tribunales inferiores los que deciden la gran mayoría de las cuestiones constitucionales. La Constitución de Estonia, entre otras, incorpora una forma de revisión judicial que permite a los tribunales inferiores decidir sobre cuestiones de constitucionalidad⁹. Portugal también permite a los tribunales inferiores participar en la revisión, a pesar de que cuenta con un sistema configurado en torno a un Tribunal Constitucional¹⁰. La habilitación de los tribunales inferiores puede considerarse una dispersión del poder de revisión constitucional dentro del poder judicial (véase el capítulo 7 sobre las formas descentralizadas de gobierno). Sin embargo, en última instancia, este sistema requiere que todos los tribunales alineen sus decisiones con la constitución, lo que limita, en cierto modo, la fuente de sus decisiones a una autoridad centralizada: la propia constitución. Una de las ventajas de este modelo de revisión es la posibilidad de apelar una decisión. Tanto los tribunales inferiores como los superiores examinan los asuntos y opinan sobre su constitucionalidad antes de que la decisión adquiera firmeza. Sin embargo, la desventaja de este proceso es que toma tiempo. De hecho, en este modelo pueden pasar años antes de que una cuestión de constitucionalidad llegue al tribunal más alto y se emita una sentencia firme. Además, pueden darse incoherencias en la materia hasta que se llegue a una decisión firme en el más alto nivel, puesto que antes de ese momento los tribunales inferiores podrían decidir casos similares de manera diferente.

En algunos países, incluso los tribunales inferiores pueden considerar que una ley o una acción gubernamental viola la constitución, aunque estas decisiones están sujetas a apelación. En otros, la revisión constitucional está funcionalmente separada del poder judicial ordinario.

Un modelo alternativo de control de constitucionalidad es el europeo, que separa funcionalmente la revisión constitucional del poder judicial ordinario. Según este

modelo, un Tribunal Constitucional independiente ejerce la jurisdicción exclusiva sobre todas las demandas de inconstitucionalidad. Algunos expertos han argumentado que este sistema, que sitúa la facultad de revisión constitucional fuera del poder judicial ordinario, preserva mejor la separación de poderes. Según esta concepción, el Tribunal Constitucional es un órgano de control al margen de todos los poderes del Estado, cuya única misión es defender las exigencias de la constitución. Por lo tanto, en teoría, el sistema no permite que ninguna rama ostente demasiado poder sobre otra, preservando así una clara división de poderes. Es más, este sistema no confiere a un *poder* la facultad de determinar la constitucionalidad. A diferencia del modelo estadounidense, el europeo concentra la autoridad en un solo *tribunal*, ya que ningún otro órgano judicial puede decidir sobre cuestiones de constitucionalidad. Algunos ejemplos de tribunales constitucionales que siguen el modelo europeo de revisión constitucional son los de Benin, Alemania, la Federación Rusa, Turquía y Ucrania¹¹. Varios otros países cuentan con instituciones similares a los tribunales constitucionales para llevar a cabo la revisión constitucional. En la tabla 6.1 se resumen las características de los dos sistemas.

Tabla 6.1. Modelos de revisión constitucional estadounidense y europeo

Modelo de revisión constitucional estadounidense	Modelo de revisión constitucional europeo
El control de las cuestiones de constitucionalidad está descentralizado: todos los tribunales están facultados para anular o rechazar la aplicación de una ley porque viola la constitución.	La autoridad de revisión constitucional está centralizada: solo el Tribunal Constitucional puede anular una ley por inconstitucionalidad.
El Tribunal Supremo es el máximo tribunal de apelación en el ordenamiento jurídico, no solo para cuestiones constitucionales.	La competencia del Tribunal Constitucional se limita a la resolución de disputas constitucionales.
La revisión es “concreta”: se ejerce en el marco de litigios ordinarios.	El control constitucional es típicamente “abstracto”. El Tribunal Constitucional responde a las cuestiones de constitucionalidad que le plantean los jueces o los funcionarios elegidos.

Fuente: Adaptado de A. S. Sweet, “Constitutions and Judicial Power” [Constituciones y poder judicial], en D. Caramani (ed.), *Comparative Politics* (Oxford y Nueva York: Oxford University Press, 2008), cuadro 9.1, pág. 222.

2.1.3. Circunstancias y momentos para la revisión

El momento de la revisión y las circunstancias en las que puede tener lugar afectan al proceso de revisión. Las normas sobre cuándo y en qué circunstancias se permite a un tribunal conocer sobre una cuestión de constitucionalidad tienen un gran potencial para ampliar o limitar la fuerza del poder de revisión constitucional. Las constituciones varían en cuanto al momento y las circunstancias para llevar a cabo la revisión. En

cuanto al momento, mientras que algunos tribunales están facultados para evaluar la constitucionalidad de la legislación antes de que se promulgue, otros solo pueden interponer un recurso después de que la ley haya sido promulgada. La Constitución de Sri Lanka permite al Tribunal Supremo revisar y rechazar la legislación pendiente, pero no puede revisar las leyes una vez que han sido promulgadas¹². Los defensores de la revisión constitucional previa a la promulgación valoran la certeza que esto proporciona con respecto a la legislación que se encuentra pendiente. Por otro lado, los efectos y las consecuencias de la legislación podrían comprenderse y sentirse de forma completa solamente después de que haya entrado en vigor. Por ello, algunos expertos consideran esencial que quepa la posibilidad de revisión constitucional posteriormente a la promulgación.

Las normas sobre cuándo y en qué circunstancias se permite a un tribunal abordar la cuestión de la constitucionalidad tienen un gran potencial para ampliar o limitar la fuerza del poder de revisión constitucional. En algunos países, solo es posible revisar la legislación antes de que se convierta en ley; según otras constituciones, la revisión constitucional solo se produce en el contexto de un caso o controversia específicos.

Del mismo modo, algunas constituciones le conceden al poder judicial una gran discrecionalidad para determinar cuándo ejercer el control de constitucionalidad, mientras que otras asignan esa discrecionalidad a otros órganos, o bien permiten la revisión solo tras algún “acontecimiento desencadenante”. Algunas constituciones exigen la revisión judicial automática de la legislación antes de su implementación. La constitución francesa, por ejemplo, exige la revisión de los “actos institucionales” (leyes que la constitución requiere expresamente para dar mayor detalle a las disposiciones constitucionales) antes de su promulgación¹³. De la misma manera, el Tribunal Constitucional de Chile revisa todas las leyes orgánicas antes de su promulgación¹⁴. En otras constituciones, la revisión constitucional solo se produce en el contexto de un caso o controversia específicos. Asimismo, de acuerdo con algunas constituciones, los procedimientos de revisión tienen lugar cuando una persona presenta directamente un recurso ante el Tribunal Constitucional argumentando que existe una violación de la constitución¹⁵. Dada esta variedad de opciones, está claro que las combinaciones para establecer formas de revisión constitucional son infinitas. Aunque estos procesos pueden ser diferentes en los distintos contextos nacionales, en algunos casos se da mayor libertad y oportunidad para llevar a cabo la revisión constitucional, ampliando así la autoridad judicial sobre las cuestiones de constitucionalidad. Si existe más libertad y oportunidad para que los tribunales ejerzan el control de constitucionalidad, el grado de agregación de poder en el poder judicial también será mayor.

Los países han modificado los poderes de revisión a lo largo del tiempo. Un ejemplo es el Consejo Constitucional de Francia. En el pasado, solo podía examinar la constitucionalidad de la legislación antes de que el Presidente la firmara. Aún más, además del corto tiempo que se daba para llevar a cabo la revisión, el Tribunal solo podía revisar muchas de las formas de legislación por iniciativa de otro poder, ya fuera el Presidente, el Primer Ministro, el Presidente del Senado o la Asamblea Nacional, o 60 miembros

del Senado o de la Asamblea Nacional. Sin embargo, a partir de marzo de 2010, las partes de los casos individuales también pueden solicitar que el Consejo Constitucional revise la constitucionalidad de una ley en cuestión¹⁶. En consecuencia, el momento para realizar la revisión se modificó. Además de revisar las leyes antes de su promulgación, el Consejo puede ahora conocer también las quejas sobre la constitucionalidad de una ley que ya está en vigor. Al ampliar el alcance de las competencias de control del Consejo Constitucional, la Asamblea francesa ha agregado poder al Consejo. Además, la Asamblea también acercó a Francia a un modelo de elaboración de leyes más jurídico, que se apoya menos en la responsabilidad política para revertir las leyes inconstitucionales.

En particular, el objeto y las circunstancias de la revisión constitucional no siempre están regulados en la constitución. Incluso cuando el control constitucional está previsto y garantizado constitucionalmente, muchas constituciones proporcionan pocas instrucciones sobre su funcionamiento. En su lugar, algunas definen los detalles del proceso de revisión mediante estatutos o leyes. Hungría, por ejemplo, es un caso de influencia legislativa sobre los procesos de revisión judicial: mientras que el artículo 32 (A) de la Constitución húngara establece un Tribunal Constitucional y lo faculta para ejercer una revisión constitucional vinculante, una ley establece el alcance y las diversas formas de revisión. La Ley XXXII de 1989 establece este alcance a través de disposiciones detalladas sobre temas como la legitimación procesal, la organización y las normas de procedimiento del Tribunal Constitucional¹⁷.

2.1.4. Ausencia de control de constitucionalidad

Por último, algunos países no confieren la facultad de revisión constitucional al poder judicial, sino que preservan la soberanía completa del poder legislativo y aíslan sus promulgaciones del control de una institución separada. En un sistema como este, que no es frecuente, el poder legislativo, junto con otros poderes y actores oficiales, se encarga de garantizar su propia adhesión a los edictos de la constitución. Es el caso de la Constitución de los Países Bajos, que establece que la constitucionalidad de las leyes y los tratados no será revisada por los tribunales¹⁸. Otras constituciones prevén que existan órganos consultivos que efectúen aportes sobre cuestiones de constitucionalidad, pero no exigen que el poder legislativo se atenga a sus dictámenes. En Finlandia, el Comité de Derecho Constitucional emite dictámenes sobre la constitucionalidad y la conformidad con los tratados de derechos humanos de las propuestas de ley y otros asuntos que se le presenten¹⁹. El poder legislativo conserva la facultad de promulgar leyes con independencia de la postura del Comité de Derecho Constitucional y de que el Presidente se niegue a sancionar la ley. Si ocurre esto último, el parlamento puede volver a aprobar la ley, en cuyo caso se promulga sin sanción²⁰.

2.1.5. Análisis adicional

A lo largo de esta Guía se utiliza un enfoque analítico para examinar en qué medida las disposiciones o los sistemas tienden a agregar o dispersar el poder. Este enfoque se puede aplicar también a la revisión constitucional, que en sí misma agrega poder en el poder judicial, pues le otorga la última palabra respecto de los requisitos de la constitución,

incluyendo cuál debe ser su significado para los otros poderes. Hasta cierto punto, los poderes políticos deben responder ante el poder judicial. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, la revisión constitucional realmente dispersa el poder entre los distintos poderes del Estado de modo que ninguno ejerza demasiada autoridad sin la participación de los demás. Los poderes políticos del Estado elaboran y aplican las leyes, controlan los impuestos y el gasto, dirigen el ejército y gestionan la mayoría de las instituciones gubernamentales, pero la revisión constitucional es una herramienta que permite al poder judicial participar en algunos de estos procesos o supervisarlos. Sin embargo, las disposiciones relativas a la revisión constitucional suelen también limitar el alcance del poder judicial, en cuanto se exige que ocurran ciertos “acontecimientos desencadenantes” o bien se limitan las materias susceptibles de revisión. En ocasiones, el poder judicial solo puede examinar los casos, controversias o leyes que le presenten los litigantes o los otros poderes del Estado. En otras constituciones, el poder judicial se ve limitado a revisar solo ciertas leyes. De este modo, incluso los poderes judiciales independientes disponen de una potestad limitada. Por lo tanto, si bien los procesos de revisión constitucional se pueden considerar una herramienta para agregar poder o para dispersarlo entre los otros poderes, la mayoría de las constituciones que funcionan incluyen disposiciones que hacen tanto lo uno como lo otro. Un equilibrio adecuado puede mejorar el funcionamiento del gobierno y dar mayor legitimidad a las acciones de otros poderes del Estado.

La revisión constitucional en sí misma concentra el poder en los tribunales, que tienen la última palabra en cuanto a los requisitos de la constitución exigibles a los otros poderes. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, la revisión constitucional realmente dispersa el poder entre los poderes del Estado. La mayoría de las constituciones que funcionan incluyen disposiciones que tanto concentran como dispersan el poder entre los poderes del Estado.

La mayoría de las disposiciones relativas a la revisión constitucional constituyen una forma sólida de protección jurídica. Como rama encargada de la aplicación coherente e imparcial de la constitución, la supervisión del poder judicial sirve de garantía legal contra las infracciones a la constitución. Sin embargo, como se analiza en este capítulo, los responsables de la elaboración constitucional no deben asumir que el poder judicial estará aislado de la presión política. Aunque existan mecanismos para reducir la influencia política de los poderes judiciales, estos no operan de manera aislada y no son inmunes a las fuerzas políticas. Así, los actores políticos son generalmente los que nombran a los jueces, y es esperable que elijan a personas que compartan su visión política.

La mayoría de los mecanismos de revisión constitucional constituyen una forma sólida de protección jurídica. La supervisión por parte del poder judicial sirve de garantía legal contra las infracciones de la constitución. Sin embargo, los poderes judiciales no actúan de forma aislada ni son inmunes a las fuerzas políticas. Los actores políticos son generalmente los que nombran a los jueces, quienes no son ajenos a lo que la gente aceptará o a lo que el ejecutivo hará cumplir.

Aunque los jueces apliquen la ley a los hechos, este arte deja espacio para el juicio propio y la discrecionalidad. Además, al decidir los casos, los jueces no son ajenos a lo que la gente aceptará o a lo que el ejecutivo hará cumplir. Por estas y otras razones, la revisión constitucional constituye un acto tanto jurídico como político. Por eso, insistimos, es deseable alcanzar un equilibrio en cuanto al alcance y la forma de los poderes de revisión constitucional teniendo en cuenta el contexto específico del país.

2.2. Poderes adicionales

Además de permitir la revisión constitucional, las constituciones pueden facultar a los tribunales para influir en la elaboración de leyes por otros medios. Uno de estos medios es la emisión de opiniones consultivas sobre la constitucionalidad de las leyes, ya sea antes o después de su promulgación. Un segundo método es involucrar al poder judicial en el proceso de reforma de la constitución. Las facultades del poder judicial también pueden incluir atribuciones generales de supervisión de otros poderes del Estado o de

Las constituciones pueden facultar a los tribunales para influir en la elaboración de leyes por medios distintos del control de constitucionalidad, por ejemplo emitiendo opiniones consultivas sobre la constitucionalidad de las leyes, ya sea antes o después de su promulgación, o participando en el proceso de reforma de la constitución.

organismos administrativos. La constitución puede otorgarle un papel al poder judicial en el enjuiciamiento político del jefe de Estado o en la disolución del parlamento. Además, los tribunales pueden regular a los partidos políticos o supervisar los procesos electorales. Muchas constituciones, con el fin de preservar el orden y evitar los abusos de poder durante posibles crisis, exigen que el ejecutivo solicite autorización judicial antes de declarar el estado de emergencia.

2.2.1. Opiniones consultivas

Las opiniones consultivas pueden considerarse una versión no vinculante de la revisión constitucional. A través de este medio un tribunal puede asesorar a otros poderes sobre la constitucionalidad de las acciones que están considerando sin obligarlos a seguir la opinión del tribunal. Por ejemplo, el poder legislativo puede solicitar una opinión consultiva mientras debate una ley. Dado que las opiniones consultivas no son vinculantes, carecen de fuerza legal. Constituyen garantías políticas, más que jurídicas, de la constitución. Sin embargo, como instrumento político, pueden influir significativamente en el proceso de elaboración de leyes. Si una opinión consultiva pone en duda la constitucionalidad de una ley concreta, los opositores a esa ley pueden hacer uso de ella para aumentar la legitimidad de sus argumentos y lograr un efecto político importante. Del mismo modo, una opinión consultiva positiva puede proteger a determinadas leyes frente a la impugnación política. No obstante, las opiniones consultivas siguen careciendo de la influencia de una decisión jurídica vinculante, pues dichas opiniones no son la última palabra respecto de un asunto. Los actores políticos pueden superar su fuerza legitimadora o deslegitimadora. Un ejemplo de este tipo de mecanismo se encuentra en Canadá. Además de sus otras facultades de revisión, el Tribunal Supremo puede emitir opiniones consultivas que no son jurídicamente vinculantes en respuesta a

“preguntas de referencia” planteadas por el gobierno, normalmente en relación con la constitucionalidad de las leyes²¹.

2.2.2. Reforma de la constitución

Los poderes judiciales también pueden extenderse al proceso de reforma de la constitución. La reforma constitucional permite a los actores políticos cambiar de manera fundamental el marco jurídico y político del gobierno. Para promover la estabilidad, la mayoría de las constituciones solo permiten enmiendas mediante un arduo proceso, que a menudo exige la participación de varios organismos gubernamentales, actores políticos y poderes del Estado. Algunas constituciones permiten incluso el aporte judicial. Así, según la constitución sudafricana, cabe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda dar su opinión sobre la constitucionalidad de las enmiendas²². Los responsables de la elaboración constitucional pueden estar a favor de asignar un papel importante al poder judicial en el proceso de reforma, de modo que enfatice la importancia de determinados principios constitucionales. De hecho, sin el apoyo judicial, puede que los actores políticos sean incapaces de reformar ciertas disposiciones, sin importar lo políticamente impopulares que sean. Este sistema tiene como efecto apartar determinadas cuestiones del proceso político, confiando en cambio en el poder judicial para llevar a cabo el cambio constitucional; esto, además, concentra una importante cuota de autoridad en el poder judicial. Ucrania cuenta con un proceso de reforma similar a este²³.

2.2.3. Estados de emergencia

Para facilitar una respuesta rápida y eficaz en tiempos de crisis, muchas constituciones confieren a un poder o a un actor la facultad de declarar el estado de emergencia o de sitio. Este poder suele recaer en el poder ejecutivo porque se considera el más capacitado para responder de forma rápida y decisiva. La capacidad de declarar un estado de emergencia puede ser un poder con un gran impacto, que a menudo permite suspender de manera temporal la aplicación de las disposiciones constitucionales, incluidos ciertos derechos y garantías. Por lo tanto, para evitar el abuso de este poder, que puede tener un gran alcance, la mayoría de las constituciones limitan la capacidad del ejecutivo para declarar el estado de emergencia estableciendo límites a las circunstancias que califican como emergencia o requiriendo el respaldo de otros poderes, incluido el poder judicial. La constitución de Tailandia, por ejemplo, faculta al poder judicial para bloquear la declaración del estado de emergencia por parte del poder ejecutivo²⁴. Aunque el Rey puede emitir un decreto de emergencia, este no entrará en vigor sin el apoyo del Consejo de Ministros y de la Asamblea Nacional. A su vez, un cierto umbral de miembros de la Asamblea Nacional puede solicitar al Tribunal Constitucional que revise si el decreto del Rey cumple con los requisitos constitucionales. Sin embargo, la constitución limita hasta cierto punto la capacidad del Tribunal Constitucional para bloquear un decreto de emergencia, puesto que cualquier decisión de este tipo requiere de una mayoría de dos tercios de sus miembros²⁵. No obstante, la posibilidad de revisión judicial reduce sin duda la discrecionalidad del ejecutivo a la hora de dictar un decreto de emergencia.

2.2.4. Procesos de destitución por enjuiciamiento (*impeachment*)

El poder judicial también puede hacer cumplir las garantías legales contra el mal uso político del proceso de destitución por enjuiciamiento o de la autoridad del ejecutivo para disolver el parlamento. Una vez más, la mera posibilidad de que el poder judicial intervenga probablemente reducirá el número de solicitudes infundadas por parte del poder legislativo para destituir al ejecutivo, a la vez que impondrá una barrera adicional que dificulta que el ejecutivo disuelva el Parlamento. La censura judicial del poder legislativo

Las facultades del poder judicial también pueden extenderse al punto de jugar un papel en la destitución por enjuiciamiento del jefe de Estado o en la disolución del parlamento; en la regulación de los partidos políticos o la supervisión de los procesos electorales, o en la autorización antes de declarar un estado de emergencia.

o del ejecutivo probablemente conllevará repercusiones políticas adversas para esos poderes. Por lo tanto, las protecciones legales deberían promover la veracidad de las acusaciones que podrían conducir a la destitución del ejecutivo o se podrían sentar las bases para la disolución del parlamento. Los poderes judiciales en Afganistán y Sudán, por ejemplo, desempeñan un papel en los procesos de destitución por enjuiciamiento²⁶.

2.2.5. Administración electoral

El poder judicial también puede ejercer cierto grado de influencia sobre el proceso político colaborando en la administración de las elecciones o regulando a los partidos políticos. Las constituciones de Alemania, Corea del Sur y Turquía, por ejemplo, facultan a los tribunales para regular e incluso prohibir partidos políticos en determinadas circunstancias²⁷. Los tribunales de varios países, como Francia y Mongolia, tienen el mandato constitucional de supervisar las elecciones y los referéndums²⁸. El Consejo Constitucional ejerce una influencia particular en el proceso político de Francia: como guardián de unas elecciones justas, puede declararlas inválidas. También supervisa la aplicación de las normas de procedimiento que afectan a los partidos políticos, incluidas las normas de financiación de las campañas.

3. Independencia del poder judicial y rendición de cuentas

Una vez exploradas las diversas facultades que puede ejercer el poder judicial, este capítulo continúa analizando la importancia de la independencia del poder judicial y de los diversos mecanismos constitucionales por los cuales los otros poderes del Estado influyen o supervisan al poder judicial. Un poder judicial independiente, sin importar las facultades y tareas específicas que se le asignen, es esencial para el buen funcionamiento de la constitución. La independencia del poder judicial es una piedra angular del Estado de derecho, que exige la aplicación e interpretación imparcial de la ley. Asimismo, es esencial para hacer cumplir las disposiciones de derechos humanos y otras garantías constitucionales, y para fortalecer la capacidad del poder judicial de participar de forma independiente y seria en la resolución de conflictos y la revisión constitucional.

Muchas constituciones se comprometen expresamente con el principio de independencia judicial. De las constituciones que hoy se encuentran en vigor, el 65 por ciento contiene algún compromiso de este tipo²⁹, y este número ha ido aumentando constantemente con el tiempo. En la figura 6.1 se muestra esta tendencia hacia un compromiso explícito con la independencia judicial.

La independencia del poder judicial es una piedra angular del Estado de derecho.

Un poder judicial dócil y dependiente impide controlar a los poderes políticos, debilita la defensa de los derechos individuales y abre la puerta a la corrupción. Por otro lado, un poder judicial demasiado asertivo puede frustrar significativamente el autogobierno y la rendición de cuentas política. Además, con el fin de mantener las garantías del Estado de derecho, el poder judicial debe hacerse responsable de la administración efectiva y oportuna de la justicia. Por lo tanto, una constitución puede prever cierto grado de influencia o supervisión de los poderes políticos u otros órganos de control sobre el poder judicial, como es el caso de los consejos de la judicatura, para cumplir con las exigencias de la rendición de cuentas judicial. Para lograr el equilibrio adecuado entre la independencia judicial y la responsabilidad judicial, los responsables de la elaboración constitucional deben considerar cuidadosamente el contexto de su propio país. Son muchos los factores, tanto dentro del texto de la constitución como fuera de ella, que afectan a la independencia judicial. Esta sección se centra en tres opciones de diseño constitucional que afectan directamente a la independencia y la responsabilidad judiciales.

Figura 6.1. Porcentaje de constituciones que contienen alguna declaración específica sobre la independencia de los órganos centrales del poder judicial, 1850-2000 (N = 550)



Fuente: [constitucionmaking.org](http://www.constitucionmaking.org/reports.html), informe sobre la independencia judicial, <<http://www.constitucionmaking.org/reports.html>>.

Nota: N es el tamaño de la muestra, es decir, el número de constituciones históricas (desde 1789) y actuales estudiadas para estas elaborar estadísticas. Según la fuente, 550 de las aproximadamente 800 constituciones vigentes desde entonces, incluyendo más del 90 por ciento de las constituciones implementadas desde la Segunda Guerra Mundial, contienen una declaración explícita sobre la independencia de los órganos judiciales centrales.

Tres opciones de diseño afectan directamente la independencia y la responsabilidad judiciales: la forma en que se selecciona y nombra a los jueces, los límites de la duración de su mandato y las formas en que pueden ser destituidos.

La primera se refiere a la selección de los jueces, un medio especialmente eficaz con el cual otros poderes del Estado pueden influir en el poder judicial. Dado lo que está en juego, en muchos países esta cuestión ha originado conflictos. La segunda cuestión relacionada con la independencia judicial se relaciona con los límites de

los mandatos. Los mandatos largos aíslan a los jueces de las represalias políticas por decisiones impopulares, reducen la inapropiada influencia de los intereses personales en el momento de decidir los casos, y otorgan a los jueces la autonomía necesaria para decidir sobre los casos con base en argumentos legales y no políticos. Por otra parte, también se puede considerar que los períodos de mandato largos limitan el cambio y el progreso dentro de la ley. La tercera cuestión se refiere a la destitución de los jueces. Las protecciones constitucionales contra la destitución arbitraria o por motivos políticos de los jueces pueden adoptar muchas formas.

3.1. Selección de los jueces

Como se desprende de la discusión anterior, la autoridad para seleccionar a los jueces afecta significativamente el equilibrio de poder. La mayoría de las constituciones asignan este poder a los poderes políticos, generalmente al Presidente, o Primer Ministro, aunque es raro que una constitución les permita realizar nombramientos sin el respaldo, aporte o aprobación de otro órgano o poder. No obstante, en algunos países el ejecutivo es poderoso en este ámbito. En Zimbabwe, el Presidente designa a los jueces en consulta con una Comisión del Servicio Judicial³⁰. Sin embargo, el Presidente también nombra a la mayoría de los miembros de esta comisión, lo que en cierto modo desvirtúa el propósito de llevar a cabo un nombramiento compartido.

En algunos países, el poder legislativo ejerce un mayor control sobre el nombramiento de los jueces. En la Antigua República Yugoslava de Macedonia (ARYM), el poder legislativo elige a los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Judicial Republicano, que propone la elección y la destitución de los jueces, evalúa su competencia y supervisa las medidas para hacer efectiva la rendición de cuentas³¹. En muchas constituciones tanto el poder ejecutivo como el legislativo participan en el nombramiento de los jueces de los tribunales superiores. En Hungría, el poder legislativo designa a los miembros del Tribunal Constitucional por su propia cuenta, mientras que el Presidente designa a los miembros del Tribunal Supremo³². En Indonesia, tanto el poder legislativo como el ejecutivo participan en los nombramientos del Tribunal Supremo, la Comisión Judicial y el Tribunal Constitucional³³.

Aunque los jueces se esfuercen por dejar de lado sus creencias políticas o personales al interpretar la ley, sus experiencias y perspectivas influirán inevitablemente en las decisiones. Los actores políticos que nombran a los jueces intentarán, naturalmente, seleccionar a personas que compartan sus principios. De este modo, el poder de nombramiento, cuando queda a cargo del poder ejecutivo o legislativo, representa un

control político del poder judicial. Es decir, las constituciones que permiten a los poderes políticos nombrar jueces apoyan cierto nivel de influencia política en el carácter y la composición de la judicatura.

El poder de nombramiento, cuando lo efectúa el poder ejecutivo o el legislativo, representa un control político del poder judicial.

Al delegar en numerosos actores la responsabilidad de seleccionar a los jueces, una constitución puede mitigar el riesgo de que un solo individuo ejerza demasiada influencia sobre el desarrollo del derecho. Este sistema también puede eliminar a los jueces con visiones ideológicas más extremistas, ya que la mayoría de los candidatos representarán un compromiso alcanzado a través de la negociación política. Las constituciones de Etiopía y Sudáfrica, por ejemplo, involucran a un Consejo Judicial en el proceso de nombramiento de los jueces del Tribunal Constitucional³⁴. En Brasil, el Presidente propone a los candidatos a la judicatura, los que luego deben obtener la aprobación del poder legislativo³⁵. Para maximizar la diversidad de opiniones dentro del poder judicial, la Constitución italiana confía al Presidente, al parlamento y a los tribunales inferiores la labor de designar, cada uno, a un tercio de los miembros del Tribunal Constitucional³⁶.

Las garantías legales pueden reforzar la independencia judicial. Muchas constituciones contienen criterios de selección explícitos que reducen el grupo de posibles jueces. Dichos criterios pueden incluir límites de edad, grupo étnico, origen regional, calificaciones jurídicas y requisitos de experiencia³⁷. Los responsables de la elaboración constitucional pueden seleccionar ciertos criterios para lograr un equilibrio particular en el poder judicial, con el fin de asegurar la diversidad de opiniones o para fomentar la existencia de una judicatura más profesional que política.

Otra clase de salvaguarda jurídica es aquella de acuerdo con la cual un organismo independiente e imparcial nombra a los jueces. La Constitución de Bosnia y Herzegovina le encarga a un organismo internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que seleccione a tres de los nueve jueces de su Tribunal Constitucional³⁸. Otras constituciones incluyen organismos nacionales independientes en la selección de jueces, aunque estos organismos suelen actuar junto a los poderes políticos. En Uganda, por ejemplo, una Comisión del Servicio Judicial nombra a los jueces de los tribunales inferiores, pero cuando se trata de los jueces del tribunal superior, su función es asesorar al Presidente sobre los nombramientos, que luego son aprobados por el parlamento³⁹. Los consejos de la judicatura imparciales o las comisiones del servicio judicial con autoridad de nombramiento ciertamente protegen e incluso fortalecen la independencia del poder judicial al reducir significativamente el control político sobre la cuestión del nombramiento.

Otro tipo de salvaguarda jurídica es el nombramiento de los jueces por parte de un organismo independiente e imparcial.

La propia judicatura puede participar en el proceso de nombramiento, o incluso controlarlo de forma exclusiva. Tales arreglos maximizan la independencia judicial, pero también concentran el poder dentro de la judicatura. Si bien el poder judicial podría

llegar a seleccionar jueces más imparciales y capaces en comparación con los poderes políticos —aunque no existen pruebas que respalden esta afirmación—, lo más probable es que seleccione jueces menos representativos de la ciudadanía de una nación. Además, conferir la autoridad de nombramiento estrictamente al poder judicial eliminaría un importante control político contra una institución que ya es apolítica, y podría requerir —como contramedida— que se infrinja la independencia judicial en otros ámbitos. De acuerdo con la Constitución de Portugal, los jueces elegidos están autorizados a nombrar a una parte de los miembros de la judicatura⁴⁰. El poder judicial también ejerce facultades de nombramiento en Bulgaria, donde los jueces de los tribunales superiores pueden nombrar a los miembros de los tribunales inferiores⁴¹. De manera similar, de acuerdo con la Constitución de Afganistán, la Corte Suprema recomienda a los jueces para su nombramiento en los tribunales inferiores⁴². La tabla 6.2 ilustra el procedimiento de nombramiento en las constituciones seleccionadas.

Tabla 6.2. Selección de jueces

Designación por el ejecutivo sin una comisión	Designación por el ejecutivo con una comisión	Designación por una comisión	Designación por el poder legislativo	Judicatura profesional
Afganistán	Albania	Argelia	China	Francia
Argentina	Angola	Bulgaria	Cuba	Alemania
Australia	Canadá	Croacia	Laos	Italia
Bangladesh	República Dominicana	Chipre	Antigua República Yugoslava de Macedonia	Japón
Bielorrusia	Inglaterra y Gales	Líbano	México	Portugal
Bélgica	Grecia	España	Montenegro	
Camboya	Israel	Yemen	Rwanda	
Chad	Namibia			
República Checa	Polonia			
Nueva Zelandia	Rusia			
Turquía	Sudáfrica			
Uzbekistán	Zimbabwe			

Fuente: Adaptado de A. Liptak, “Rendering Justice, With One Eye on Re-election” [Haciendo justicia, con un ojo en la reelección], *New York Times* (25 de mayo de 2008), <<http://goo.gl/80vUZ>>.

Nota: Algunas constituciones prevén múltiples métodos de selección de jueces; en la tabla se menciona el principal sistema utilizado.

3.2. Duración en el cargo

El tiempo que un juez permanece en su cargo también puede afectar a la independencia judicial, ya que la seguridad en el empleo los faculta a tomar decisiones sin tener en cuenta consideraciones relacionadas con el bienestar personal y el trabajo. Las salvaguardias políticas en este caso no cumplen ninguna función y frustran el objetivo de la independencia judicial. La forma más fuerte de protección legal es la titularidad vitalicia del cargo, prevista en las constituciones de Argentina⁴³ y Estonia⁴⁴, entre otras. En menor medida, contar con una edad de jubilación estándar para los jueces promueve la independencia judicial, pues los libera de preocuparse por la renovación de su mandato⁴⁵. Otra opción es fijar mandatos de larga duración definidos de antemano, o mandatos iniciales por un período corto, seguidos de la posesión vitalicia del cargo⁴⁶.

Aunque los cargos por períodos largos pueden fortalecer la independencia judicial, también pueden debilitar la responsabilidad judicial tanto ante los otros poderes del Estado como ante el electorado. Por su parte, los cargos por un período corto y los sistemas basados en la renovación del mandato obviamente tienen el efecto contrario: para mantenerse en el cargo, los jueces tendrán que desempeñarse eficazmente, según el criterio de quien los nombre o renueve, que por lo general es el ejecutivo y en unos pocos casos el electorado. En Guatemala, por ejemplo, los magistrados de la Corte Suprema se mantienen en su cargo por cinco años, tras lo cual deben ser reelegidos por el poder legislativo para continuar en su puesto⁴⁷. En Japón, los jueces del Tribunal Supremo son nombrados por el gabinete, pero están sujetos a una evaluación por parte de la población después de ser seleccionados y cada 10 años en adelante⁴⁸. Por último, otra opción en cuanto al límite de tiempo en que los jueces del más alto tribunal permanecen en su cargo es excluir la posibilidad de ser reelegidos o de volver a ser nombrados. Este es el caso de los miembros del Tribunal Constitucional en Alemania, que ocupan su cargo por 12 años sin posibilidad de reelección. Cabe señalar que esta norma se encuentra en la ley federal que regula el Tribunal Constitucional, y no en la Constitución alemana⁴⁹.

La seguridad en el empleo faculta a los jueces para tomar decisiones sin tener en cuenta consideraciones relacionadas con el bienestar personal y el empleo, pero los mandatos por un período largo también pueden debilitar la responsabilidad judicial tanto ante los otros poderes del Estado como ante el electorado.

3.3. Destitución de los jueces

Las preguntas en torno a la manera y las circunstancias en las cuales se puede destituir a un juez también afectan de manera significativa la independencia judicial. Para mantener la imparcialidad y aplicar la ley sin sesgos, los jueces no deben temer una destitución o un traslado arbitrarios. Sin embargo, dado que el comportamiento de un juez puede justificar su destitución o traslado, muchas constituciones articulan claramente las limitadas circunstancias en las que se justificaría una destitución. Algunas constituciones designan a ciertos actores políticos como la autoridad adecuada para destituir a los jueces. La Constitución de Albania, por ejemplo, permite que el poder legislativo

efectúe la destitución⁵⁰. En Gambia, el Presidente, en consulta con la Comisión del Servicio Judicial, puede separar de su cargo a un juez del tribunal superior, mientras que la Asamblea Nacional está facultada para poner en marcha un procedimiento de destitución por mala conducta o enfermedad⁵¹.

Para mantener la imparcialidad y la aplicación sin sesgos de la ley, los jueces no deben temer una destitución o un traslado arbitrarios. Muchas constituciones articulan claramente las limitadas circunstancias en que se justificaría una destitución.

Cuanto mayor sea el número de actores implicados, más probable será que las fuerzas políticas en competencia sean capaces de impedir la destitución indebida. En India, la destitución de los jueces requiere de la aprobación tanto del parlamento como del poder ejecutivo⁵². Aunque este acuerdo no elimina el potencial de abuso político, la exigencia de un acuerdo entre los poderes del Estado reduce su probabilidad.

La participación del poder judicial en el proceso de destitución es un medio para proteger la independencia judicial. Un consejo de la judicatura o una comisión de servicio judicial que nombre a los jueces también puede actuar como guardián bloqueando las destituciones por motivos políticos⁵³. Otro método para incluir a la judicatura en las destituciones, y de ese modo proteger la independencia judicial y concentrar el poder en la judicatura, es exigir un fallo judicial fundamentando la destitución, como lo hace Suecia⁵⁴. La Constitución de Alemania también instituye protecciones legales para garantizar la independencia judicial, en cuanto ordena que la destitución, el traslado o la suspensión solo puedan llevarse a

Cuanto mayor sea el número de actores involucrados, más probable será que las fuerzas políticas en competencia sean capaces de impedir la destitución indebida de un juez. La participación de la judicatura en el proceso de destitución es uno de los medios para proteger la independencia judicial; otras garantías legales para evitar la destitución arbitraria incluyen asignar la supervisión del proceso a organismos independientes.

cabo con una decisión judicial que apoye la destitución, o bien cumpliendo un estricto protocolo⁵⁵. La destitución de los jueces federales alemanes, es decir, su destitución por violar los principios de la Ley Fundamental o del orden constitucional, requiere tanto la participación del poder legislativo como el apoyo de una mayoría de dos tercios en la Corte Constitucional. Alemania, por tanto, ha establecido barreras importantes, incluida la dispersión de facultades en múltiples organismos, así como garantías tanto legales como políticas, para destituir a un juez por motivos políticos. De este modo, ha reforzado significativamente la independencia judicial.

Otras garantías legales que impiden la destitución arbitraria incluyen asignar la supervisión del proceso a organismos independientes e instaurar protecciones basadas en la inmunidad. Croacia nombra a organismos independientes para decidir los casos de destitución⁵⁶. Las disposiciones que conceden inmunidad a los jueces por actos llevados a cabo en el ejercicio de sus facultades también buscan apoyar la toma de decisiones judiciales independiente⁵⁷. Por otro lado, las cláusulas de inmunidad

aplicadas indebidamente pueden promover la corrupción y evitar la rendición de cuentas de los funcionarios judiciales. Un poder judicial independiente requiere no solo de las disposiciones formales mencionadas anteriormente, sino también que los líderes políticos se comprometan con el Estado de derecho, en el sentido de que cumplan con las disposiciones constitucionales y las decisiones judiciales. Los otros poderes del Estado también deben evitar involucrar al poder judicial en disputas políticas o en actividades ajenas a su función central de resolver disputas e interpretar la ley.

Un poder judicial independiente y que funciona adecuadamente también puede requerir de consideraciones prácticas como contar con la financiación adecuada. Aunque las disposiciones constitucionales apoyen la independencia e imparcialidad judicial, el poder ejecutivo debe aplicar las medidas necesarias para combatir la corrupción, hacer cumplir las decisiones judiciales y promover la confianza del público en la judicatura. Aunque las constituciones suelen requerir la transparencia respecto de algunas funciones judiciales —como el derecho a una audiencia pública—, las medidas legislativas y administrativas también pueden promover la transparencia, especialmente en lo que respecta a otros aspectos de los procedimientos judiciales y a los procesos para seleccionar y mantener en su cargo a los jueces.

Un poder judicial independiente requiere no solo de las disposiciones formales mencionadas anteriormente, sino también de un compromiso por parte de los líderes políticos con el Estado de derecho, en el sentido de que cumplan con las disposiciones constitucionales y las decisiones judiciales. Los otros poderes del Estado también deben tomar medidas para combatir la corrupción, hacer cumplir las decisiones judiciales y promover la confianza del público en la judicatura.

4. Pluralismo jurídico

La última sección de este capítulo considera el concepto de pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico se incorpora con mayor frecuencia al diseño constitucional en sociedades divididas, donde existen diversos grupos que se adhieren a normas o a sistemas jurídicos que compiten entre sí. Al reconocer las múltiples normas jurídicas, los diferentes sistemas jurídicos y las distintas fuentes del derecho que existen en un país, las constituciones pueden otorgar un estatus jurídico especial a determinados grupos o regiones. El pluralismo jurídico permite que los responsables de la elaboración constitucional den reconocimiento a los sistemas jurídicos marginados, como aquellos basados en normas religiosas, o los sistemas jurídicos indígenas, y ofrece la oportunidad de empoderar a los grupos oprimidos y legitimar y preservar las normas y prácticas culturales tradicionales. Especialmente en escenarios posconflicto, el reconocimiento constitucional de múltiples fuentes de derecho puede contribuir a resolver las tensiones sociales. Además, en la medida en que el pluralismo jurídico permite incorporar, no solo múltiples fuentes del derecho, sino también múltiples sistemas judiciales, puede crear una oportunidad para la diversidad en la administración de justicia. Al descentralizar la administración de justicia, el pluralismo jurídico también puede abrir la puerta a que la justicia sea administrada en el nivel regional y local por tribunales más cercanos a las comunidades a las que sirven.

Sin embargo, el pluralismo jurídico presenta desafíos: los responsables de la elaboración constitucional deben construir un marco constitucional y un sistema jurídico coherentes

El pluralismo jurídico se puede incorporar al diseño constitucional en sociedades divididas, donde existen diversos grupos que se adhieren a normas o a sistemas jurídicos que compiten entre sí, como aquellos sistemas jurídicos basados en normas religiosas o los sistemas jurídicos indígenas.

a partir de sistemas y normas legales que pueden ser dispares y a veces contradictorias. Para que los sistemas jurídicos plurales funcionen correctamente, los responsables de la elaboración constitucional deben determinar el alcance de cada sistema jurídico e identificar los derechos fundamentales aplicables a todos ellos. Antes de explorar estas cuestiones, primero se deben examinar las diversas fuentes del derecho que pueden servir de base a los sistemas jurídicos.

A diferencia del pluralismo jurídico, un sistema jurídico unificado solo reconoce constitucionalmente un sistema. Aunque los responsables de la elaboración constitucional pueden remontar el origen de las normas jurídicas representadas en un sistema jurídico unificado a numerosas fuentes —incluidos los principios religiosos o el derecho internacional, por ejemplo— la constitución legitima un único sistema de interpretación y aplicación de la ley.

El derecho de tradición civil es el sistema jurídico más frecuente, basado principalmente en códigos escritos como fuente del derecho. Los jueces de tradición civil aplican las disposiciones constitucionales y la legislación general a la hora de tomar decisiones.

Especialmente en escenarios posconflicto, el reconocimiento constitucional de múltiples fuentes de derecho puede reducir significativamente las tensiones sociales. Al descentralizar la administración de justicia, el pluralismo jurídico aumenta las posibilidades de que la justicia sea administrada en el nivel regional y local por tribunales más cercanos a las comunidades a las que sirven.

En cambio, en el sistema de tradición anglosajona (*common law*) los jueces se amparan no solo en los códigos legales y en las disposiciones constitucionales, sino también en un cuerpo de opiniones legales o jurisprudencia generadas por la judicatura que actúa como precedente legal, vinculando a aquellos jueces de tribunales inferiores que conozcan sobre hechos similares, aunque tal precedente puede ser revocado y los casos que involucran hechos incluso ligeramente diferentes pueden ser clasificados como diferentes respecto de los casos que forman ese precedente.

En los sistemas de tradición anglosajona, los límites y significados precisos de la ley salen a relucir a medida que crece la masa de jurisprudencia sobre un tema concreto. En este sentido, la *common law* cambia y se desarrolla intrínsecamente con el tiempo.

Los sistemas consuetudinarios, a menudo no escritos, se desarrollan a partir de las normas, costumbres y prácticas sociales de una comunidad concreta. El derecho indígena es un ejemplo. El derecho religioso, por su parte, basado en textos y prácticas religiosas, representa otro ejemplo. El sistema jurídico religioso más extendido es la *Sharia* o ley

islámica, cuyas principales fuentes son el Corán y las enseñanzas de la *Sunnah*⁵⁸. Aunque la *Sharia* funciona como único sistema jurídico en algunos países, a menudo coexiste con otros sistemas en un marco jurídico pluralista.

El pluralismo jurídico puede incrementar la legitimidad judicial⁵⁹. A menudo existen múltiples sistemas jurídicos dentro de un mismo país, independientemente del reconocimiento constitucional, sobre todo en países con poblaciones religiosa o étnicamente diversas. Muchos de estos sistemas tienen un profundo arraigo y cuentan con la confianza de las comunidades a las que sirven. Del mismo modo, en los países poscoloniales suele haber varios sistemas jurídicos funcionando simultáneamente, principalmente porque las potencias coloniales implementaron en las colonias aspectos de sus propios sistemas jurídicos, como es el caso del derecho mercantil, pero al tiempo mantuvieron aspectos de los sistemas jurídicos tradicionales. Por lo tanto, la mayoría de las constituciones no imponen ni crean el pluralismo jurídico, sino que lo aceptan o incorporan al orden constitucional existente. La fuerza y la legitimidad del poder judicial dependen casi exclusivamente de la percepción de los poderes políticos y de la población. Esa percepción se resiente cuando el orden constitucional no reconoce los sistemas jurídicos que realmente utiliza y respeta la población, y debilita la fuerza de las sentencias judiciales, que se basan en el orden constitucional preexistente. Por lo tanto, el pluralismo jurídico puede incrementar la autoridad judicial.

Sin embargo, el pluralismo jurídico también es fuente de importantes desafíos. Los responsables de la elaboración constitucional deben construir un marco constitucional y un sistema jurídico coherentes a partir de sistemas y normas legales que pueden ser dispares y a veces contradictorias. Para que los sistemas jurídicos plurales funcionen correctamente, quienes elaboran una constitución deben determinar el alcance de cada sistema jurídico e identificar los derechos fundamentales que serán aplicables a todos los sistemas jurídicos.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, el pluralismo jurídico también genera importantes desafíos. Uno de ellos está relacionado con las cuestiones de jurisdicción: ¿qué tribunales tienen autoridad para decidir qué casos sobre qué personas? A veces, un sistema jurídico puede aplicarse sobre una base regional. Esto ocurre a menudo en los sistemas federales, en los que cada región —quizás aplicando un sistema jurídico distinto— tiene jurisdicción sobre asuntos dentro de la región que no están reservados al centro federal. En otra forma de pluralismo jurídico, uno o más sistemas jurídicos pueden aplicarse exclusivamente a un grupo sobre la base de la pertenencia. Este tipo de arreglo puede incorporar un elemento regional, aunque no es siempre el caso. Por ejemplo, los grupos indígenas pueden tener derecho a mantener y aplicar el derecho indígena

¿Qué tribunales tienen autoridad para decidir qué casos sobre qué personas? A veces, un sistema jurídico puede aplicarse sobre una base regional. Uno o más sistemas jurídicos pueden aplicarse exclusivamente a un grupo sobre la base de la pertenencia. El derecho religioso puede aplicarse a los litigios entre miembros de una religión en determinadas áreas del derecho, como el derecho de familia o el derecho de sucesiones.

como parte de una concesión constitucional más amplia de autonomía territorial. En algunas constituciones, es posible aplicar la ley religiosa para resolver disputas entre los miembros de esa religión, como ocurre en India⁶⁰. La aplicación de un sistema jurídico también puede limitarse a determinadas áreas del derecho en las que se plantea un caso⁶¹. Por ejemplo, el derecho y los tribunales religiosos pueden regir las cuestiones de derecho de familia en determinados casos.

4.1. Pluralismo jurídico y conflicto constitucional

Incluso si la constitución delimita claramente las circunstancias en las que se aplican los diferentes sistemas jurídicos, o las personas a las que se aplican, pueden surgir conflictos. Si los derechos fundamentales consagrados en una constitución entran en conflicto con los sistemas jurídicos reconocidos por la misma, quienes la redacten deben determinar cuál prevalecerá, o cómo se hará esta determinación. Se ha criticado que el pluralismo jurídico puede amenazar los derechos de las personas vulnerables, en particular las mujeres. En algunos sistemas jurídicos no se cumple la norma de igualdad de género establecida por las constituciones y por los instrumentos internacionales. Las dificultades pueden surgir especialmente en el ámbito social y del derecho de familia. Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer se encuentra entre las organizaciones

que han expresado su preocupación por el pluralismo jurídico cuando se vincula a la discriminación⁶². Aunque muchas constituciones intentan abordar las tensiones entre los valores constitucionales y jurídicos en conflicto, no ha surgido un enfoque único. Los responsables de la elaboración constitucional han concedido distintos niveles de discrecionalidad a cada uno de los ordenamientos jurídicos.

Si los derechos fundamentales consagrados en una constitución entran en conflicto con los sistemas jurídicos que también son reconocidos por esa constitución, quienes la redacten deben determinar cuáles prevalecerán, o cómo se llevará a cabo esta determinación.

Muchas constituciones han adoptado el principio de la supremacía constitucional al declarar que si las leyes o los principios de los sistemas jurídicos reconocidos entran en conflicto con las disposiciones constitucionales, estas últimas prevalecen. El derecho internacional ha reforzado este enfoque⁶³. La Constitución de Mozambique, por ejemplo, adopta el pluralismo jurídico solo en la medida en que los diferentes sistemas jurídicos no sean contrarios a los principios y valores fundamentales de la Constitución⁶⁴. Para reforzar esta jerarquía, otra disposición crea

vínculos entre los tribunales y otros foros cuyo propósito es la conciliación de intereses y la resolución de disputas⁶⁵. Esta disposición permite la creación de legislación nacional orientada a garantizar que los tribunales superiores, y a menudo los constitucionales, puedan revisar las decisiones de los tribunales indígenas o religiosos.

Muchas constituciones han adoptado el principio de la supremacía constitucional al declarar que si las leyes o principios reconocidos en los sistemas judiciales reconocidos entran en conflicto con disposiciones constitucionales, estas últimas son las que prevalecen.

En Colombia la Corte Constitucional ha desarrollado una interpretación altamente individualizada del principio de supremacía. La Constitución colombiana de 1991 concedió un importante nivel de autonomía a los grupos indígenas, incluyendo la autoridad para aplicar su propia ley dentro de sus territorios⁶⁶. En una serie de casos, la Corte Constitucional sopesó esta concesión de autonomía con los derechos individuales reconocidos por la Constitución. En 1996, el Tribunal emitió una sentencia en el caso *González Wasorna vs. Asamblea General de Cabildos Indígenas Región Chami y Cabildo Mayor* que reconoció la supremacía de los derechos fundamentales pero limitó su injerencia en las leyes indígenas solo a circunstancias estrictamente definidas⁶⁷. En concreto, la Corte falló que las restricciones que se apliquen a las leyes indígenas deben cumplir con dos condiciones: ser necesarias para proteger una garantía constitucional superior y hacerlo de la manera menos restrictiva posible. El Tribunal además consideró que la garantía constitucional “superior” se refiere solo a los valores humanos más elevados, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la prohibición de la esclavitud.

En el otro extremo del espectro, algunas constituciones reconocen (en las llamadas cláusulas de exclusión), no la supremacía de la Constitución, sino una completa autonomía de los sistemas jurídicos en determinados ámbitos del derecho. Estos arreglos suponen una importante dispersión del poder judicial y nacional. De acuerdo con las cláusulas de exclusión se excluyen, literalmente, ciertas áreas del derecho de las garantías constitucionales contra la discriminación, usualmente en el ámbito del derecho de familia. La Constitución de Lesoto de 1993 ofrece un ejemplo: el artículo 18 (4)b prohíbe toda ley que discrimine por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento o por cualquier otro estatus. Sin embargo, esta disposición no afecta a las leyes relativas al matrimonio, el divorcio, el entierro, la devolución de los bienes en caso de fallecimiento u otros asuntos similares que constituyen la ley personal de los individuos de esa clase. Botswana y Gambia incorporan disposiciones similares⁶⁸.

Algunas constituciones contienen cláusulas de exclusión y reconocen la completa autonomía de los sistemas jurídicos en ciertas áreas del derecho definidas. Por ejemplo, excluyen ciertas áreas del derecho (generalmente relacionadas con el derecho de familia) de las garantías constitucionales contra la discriminación.

Las cláusulas de exclusión impiden que se apliquen las protecciones constitucionales en los ámbitos que comprenden, como el derecho de familia y el derecho de sucesiones. Por lo tanto, es posible que se produzca una discriminación que, de otro modo, estaría prohibida. Debido a esta posibilidad, las cláusulas de exclusión han sido criticadas por ser incompatibles con los requisitos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la CEDAW⁶⁹. Esto no quiere decir que ningún sistema jurídico tenga el monopolio del valor de la igualdad. El pluralismo jurídico y una mayor aceptación constitucional del multiculturalismo tampoco están necesariamente reñidos con la protección de la igualdad⁷⁰. Los profesionales de la elaboración constitucional deben contemplar las consecuencias de las diversas opciones de diseño judicial y otras opciones de diseño constitucional teniendo muy en cuenta los contextos históricos, sociales y políticos particulares de los países en los que operan.

5. Conclusiones

El poder judicial es indispensable para que una democracia constitucional funcione correctamente. El Estado de derecho no puede sostenerse sin que el poder judicial resuelva las disputas aplicando la ley de forma imparcial. El poder judicial también desempeña un papel único en la defensa de las disposiciones y garantías de la constitución mediante el ejercicio del control de constitucionalidad, que lo faculta para garantizar que los otros poderes del Estado actúen dentro de los límites de la constitución. Para cumplir adecuadamente con esta gran responsabilidad, el poder judicial requiere de un cierto grado de independencia y libertad. Pero la independencia judicial no equivale a la autonomía judicial, o al gobierno de los jueces. Los poderes políticos también pueden exigir cierto grado de responsabilidad y transparencia a la judicatura, sobre todo para preservar la integridad judicial. Los responsables de la elaboración constitucional también deben considerar cuidadosamente la estructura y organización internas del poder judicial para garantizar no solo el funcionamiento coherente de la ley, sino también su legitimidad. El reconocimiento constitucional de múltiples sistemas jurídicos que actúen de manera simultánea puede reforzar la legitimidad judicial al tiempo que respeta las diferentes culturas, tradiciones y normas de una sociedad dividida. Pero el pluralismo jurídico plantea importantes retos al orden constitucional. Antes de adoptar el pluralismo jurídico, los responsables de la elaboración constitucional deben resolver las cuestiones de jurisdicción, la jerarquía de las leyes y la protección constitucional de los derechos.

Tabla 6.3. Temas destacados en este capítulo

Temas	Preguntas
1. Rol del poder judicial	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es el rol del poder judicial? • ¿Cómo contribuye el poder judicial a garantizar el Estado de derecho? • ¿Qué controles y contrapesos existen entre el poder judicial y los demás poderes?
2. Revisión constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es el rol del poder judicial respecto del cumplimiento de las garantías de la constitución? • ¿Qué leyes y decisiones se pueden revisar en un proceso de revisión constitucional? • ¿Qué tribunales pueden ejercer el control de constitucionalidad? • ¿En qué circunstancias puede tener lugar dicho control? • ¿Cuándo tiene lugar la revisión constitucional?
3. Facultades del poder judicial	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál es el papel del poder judicial en la elaboración de leyes? • ¿Cuál es el papel del poder judicial en la reforma de la constitución? • ¿Qué controles puede ejercer el poder judicial sobre otros poderes? • ¿Cómo interviene el poder judicial en la administración de las elecciones y los partidos políticos?

Temas	Preguntas
4. Independencia judicial y rendición de cuentas	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Por qué es importante la independencia judicial? • ¿Qué mecanismos existen para garantizar la rendición de cuentas por parte del poder judicial? • ¿Cómo se seleccionan los jueces? ¿Quién los selecciona? ¿Según qué criterios? • ¿Cuánto tiempo dura el mandato de los jueces? • ¿Cómo se destituye a los jueces?
5. Pluralismo jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo puede una constitución reunir en su seno múltiples sistemas jurídicos? • ¿Cómo contribuye el pluralismo jurídico a la legitimidad de los sistemas jurídicos? • ¿Qué ocurre cuando los sistemas jurídicos existentes en una constitución entran en conflicto?

Notas

Todos los artículos de constituciones referidos en las notas al final del texto se reproducen en el Anexo.

- ¹ *Marbury vs. Madison*, 5 EE. UU. 137 (1803).
- ² Véase, por ejemplo, el artículo 121 de la Constitución de Afganistán (2004).
- ³ Artículos 167, 143 y 144 de la de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996).
- ⁴ Artículo 167 (4) de la Constitución de la República de Serbia (2006).
- ⁵ Artículo 111 (1) de la República de Corea (1948 según enmienda de 1987).
- ⁶ Artículo 47 (1) de la República de Camerún (1972 según enmienda de 1996).
- ⁷ Artículo 232 del Decreto (de Promulgación) de la Constitución de la República Federal de Nigeria (1999); artículo 131 de la Constitución de la República de India (1950 según enmienda de 1996); artículo 128 de la Constitución de Malasia (1957 según enmienda de 1994); artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917 según enmienda de 2007).
- ⁸ Artículo 137 (3) de la Constitución de la República de Uganda (1995).
- ⁹ Sección 152 de la Constitución de la República de Estonia (1992).
- ¹⁰ Artículo 204 de la Constitución de la República Portuguesa (1976 según enmienda de 2005). Véase también el sitio web de la Corte Constitucional, <<http://www.concourts.net/>>.

- ¹¹ A. Mavčič, artículos en *Constitutional Review* (2001), textos actualizados en <<http://www.concourts.net>>.
- ¹² Artículos 80 (3) y 120 de la Constitución de la República Socialista Democrática de Sri Lanka (1978 según enmienda del 2000).
- ¹³ Artículos 46 (5) y 61 de la Constitución de la República Francesa (1958 según enmienda de 2005).
- ¹⁴ Artículo 82 de la Constitución Política de la República de Chile (1980).
- ¹⁵ Artículo 32/A (3) de la Constitución de la República de Hungría (1949 según enmienda de 2007); artículo 167 (6) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996 según enmienda de 2007).
- ¹⁶ Véase Consejo Constitucional de Francia, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2010-la-publicite-des-audiences-au-conseil-constitutionnel.48374.html>>.
- ¹⁷ Ley Húngara XXXII de la Corte Constitucional, 19 de octubre de 1989.
- ¹⁸ Artículo 120 de la Constitución del Reino de los Países Bajos (1983 según enmienda de 2002).
- ¹⁹ Sección 74 de la Constitución de la República de Finlandia (2000 según enmienda de 2007).
- ²⁰ Sección 77 de la Constitución de la República de Finlandia (2000 según enmienda de 2007).
- ²¹ Sección 53 de la Ley sobre la Corte Suprema Canadiense (R.S., 1985, c. S-26), <<http://laws.justice.gc.ca/eng/S-26/page-1.html>>.
- ²² Artículo 167 (4) (d) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996 según enmienda de 2007).
- ²³ Artículos 157 y 159 de la Constitución de Ucrania (1996).
- ²⁴ Sección 185 de la Constitución de Tailandia (2007).
- ²⁵ Sección 185 de la Constitución de Tailandia (2007).
- ²⁶ Artículo 69 de la Constitución de la República Islámica de Afganistán (2004); artículo 60 (2) de la Constitución Nacional Interina de la República de Sudán, 2005 (Revisado).
- ²⁷ Artículo 69 de la Constitución de la República de Turquía (1982 según enmienda de 2007); artículo 21 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949 según enmienda de 2006); artículo 8 (4) de la Constitución de la República de Corea (1948 según enmienda de 1987).
- ²⁸ Artículo 58 de la Constitución de la República Francesa (1958 según enmienda de 2008); artículo 66 (2) (2) de la Constitución de Mongolia (1992).

- ²⁹ [constitucionmaking.org](http://www.constitucionmaking.org/reports.html), informe sobre la independencia judicial, <<http://www.constitucionmaking.org/reports.html>>.
- ³⁰ Artículo 84 de la Constitución de la República de Zimbabwe (1979).
- ³¹ Artículos 104 y 109 de la Constitución de la República de Macedonia (1991 según enmienda de 2005).
- ³² Artículo 19 (3) (k), artículo 32A (4) y artículo 48 de la Constitución de la República de Hungría (1949 según enmienda de 2003).
- ³³ Artículos 24A-C de la Constitución de la República de Indonesia (1945 según enmienda de 2002).
- ³⁴ Sección 174 de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996); artículo 81 de la Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía (1995).
- ³⁵ Artículo 101 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (1998).
- ³⁶ Artículo 135 de la Constitución de la República Italiana (1948 según enmienda de 2003).
- ³⁷ Artículo 118 de la Constitución de la República Islámica de Afganistán (2004); artículo 182 (VI) de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009); artículos 106 y 135 de la Constitución de la República Italiana (1948 según enmienda de 2003).
- ³⁸ Artículo VI (1) (a) de la Constitución de Bosnia y Herzegovina (1995).
- ³⁹ Artículos 142 y 148 de la Constitución de la República de Uganda (1995).
- ⁴⁰ Artículo 222 de la Constitución de la República Portuguesa (1976 según enmienda de 2005).
- ⁴¹ Artículo 147 de la Constitución de la República de Bulgaria (1991); véase también el artículo 135 de la Constitución de la República Italiana (1948 según enmienda de 2003).
- ⁴² Artículo 132 de la Constitución de la República Islámica de Afganistán (2004).
- ⁴³ Artículo 110 de la Constitución de la Nación Argentina (1994).
- ⁴⁴ Artículo 147 de la Constitución de la República de Estonia (1992).
- ⁴⁵ Artículo 77 de la Constitución Política de la República de Chile (1980); artículo 291 de la Constitución de la República Federal de Nigeria, Decreto (de Promulgación) (1999).
- ⁴⁶ Artículo 105 de la Constitución de la República de Corea (1948 según enmienda de 1987).
- ⁴⁷ Artículos 207 y 215 de la Constitución de la República de Guatemala (1985 según enmienda de 1993).

- ⁴⁸ Artículo 79 de la Constitución de Japón (1946).
- ⁴⁹ Artículo 4 de la Ley de la Corte Constitucional Federal de Alemania (1951 según enmienda de 2009).
- ⁵⁰ Artículo 128 de la Constitución de Albania (1998).
- ⁵¹ Artículo 141 de la Constitución de Gambia (1997).
- ⁵² Artículo 124 de la Constitución de la República de India (1950 según enmienda de 1995).
- ⁵³ Artículo 123 de la Constitución de la República de Croacia (1990 según enmienda de 2001); artículo 105 de la Constitución de la República Italiana (1948 según enmienda de 2003).
- ⁵⁴ Capítulo 12, artículo 8 del Instrumento de Gobierno Sueco (1975 según enmienda de 2002).
- ⁵⁵ Artículos 97 y 98 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949 según enmienda de 2009).
- ⁵⁶ Artículo 122 de la Constitución de la República de Croacia (1990 según enmienda de 2001).
- ⁵⁷ Artículo 134 de la Constitución de la República de Eslovenia (1991 según enmienda de 2003).
- ⁵⁸ J. M. Otto, *Sharia and National Law in Muslim Countries: Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy* [La Sharia y la Ley Nacional en los países islámicos: tensiones y oportunidades para la política exterior de Holanda y la UE] (Leiden: Leiden University Press, 2008).
- ⁵⁹ D. Lee Van Cott, "A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia" [Un análisis político del pluralismo jurídico en Bolivia y Colombia], *Journal of Latin American Studies*, 32 (2000), págs. 207-234.
- ⁶⁰ T. Lubin, D. R. Davis Jr. y J. K. Krishnan (eds.), *Hinduism and Law: An Introduction* [Hinduismo y derecho: una introducción] (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).
- ⁶¹ Véase el artículo 121 y "State List" de la Constitución de Malasia (1957 según enmienda de 1994), que designa ciertas áreas de jurisdicción a las Cortes *Sharia*.
- ⁶² Véase, por ejemplo, el Informe Anual CEDAW, documento de las Naciones Unidas A/58/38, 18 agosto de 2003, párr. 160, <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/468/20/PDF/N0346820.pdf?OpenElement>>, comentando el informe de la República del Congo: "El Comité expresa su preocupación por la persistencia de un pluralismo jurídico con componentes discriminatorios y disposiciones obsoletas en el derecho consuetudinario y el derecho estatutario, este último incluyendo el derecho penal relativo al adulterio; las leyes laborales y fiscales; y el derecho de familia, en particular en lo que se refiere a la diferencia de edad a la que las mujeres y los hombres pueden contraer matrimonio".

- ⁶³ R. Yrigoyen Fajardo, “Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries” [Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos], *Beyond Law, Informal Justice and Legal Pluralism in the Global South*, 10/27 (2004), citando el Acuerdo 169 del Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos y Tribus Indígenas en Países Independientes de 1989, que establece que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- ⁶⁴ Artículo 4 de la Constitución de la República de Mozambique (16 de noviembre de 2004), <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a1e597b2.html>>, fecha de consulta: 27 de febrero de 2011.
- ⁶⁵ Artículo 212 (3) de la Constitución de la República de Mozambique (16 de noviembre de 2004), <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a1e597b2.html>>, fecha de consulta: 27 de febrero de 2011.
- ⁶⁶ Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia (1991, según enmienda de 2005).
- ⁶⁷ *González Wasorna vs. Asamblea General de Cabildos Indígenas región Chamí y Cabildo Mayor Único*, Decisión, T 349/96.
- ⁶⁸ Artículo 15 (4) (c) de la Constitución de Botswana (1966); artículo 7 (f) de la Constitución de Gambia (1997).
- ⁶⁹ Artículos 2 (f), 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 3 de septiembre de 1981; artículo 5, 1249 U.N.T.S. 13.
- ⁷⁰ Para un análisis más detallado sobre las Cláusulas de Exclusión y sus cuestiones relevantes, véase J. Bond, “Constitutional Exclusion and Gender in Commonwealth Africa” [Exclusión constitucional y género en el África de la Commonwealth], *Fordham International Law Journal*, 31 (2008), <<http://ssrn.com/resumen=1662654>>; L. Volpp, “Feminism versus Multiculturalism” [Feminismo versus multiculturalismo] *Columbia Law Review*, 101/5 (2001), págs. 1181-1218, <<http://www.jstor.org/stable/1123774>>; S. M. Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women? [¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?]*, (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1999).

Términos clave

Judicatura, poder judicial, sistemas judiciales, revisión constitucional, control de constitucionalidad, revisión concreta, revisión abstracta, opiniones consultivas, cuestiones de referencia, reforma constitucional, independencia judicial, Responsabilidad judicial, Nombramiento judicial, Límites de los períodos de ejercicio, Estado de derecho, sistema jurídico, pluralismo jurídico, conflicto de leyes, derecho indígena, derecho tradicional, garantías legales, controles y contrapesos, separación de poderes, activismo judicial, interpretación jurídica, acceso judicial, tribunal supremo, tribunal constitucional, tribunal superior, tradición de derecho civil, tradición de derecho anglosajona (*common law*).

Recursos adicionales

- **Principios básicos de las Naciones Unidas sobre la independencia del poder judicial**
<http://www.abanet.org/rol/docs/judicial_reform_un_principles_independence_judiciary_english.pdf>
Este documento contiene información sobre la Resolución de las Naciones Unidas, adoptada en 1985, en la que se esbozan los principios básicos para garantizar y promover la independencia del poder judicial en el ámbito nacional.
- **Tribunales constitucionales: Análisis constitucional comparado**
<<http://www.concourts.net/index.php>>
Concourts.net presenta análisis comparados del sistema de revisión constitucional en más de 150 países. Ofrece cuadros, gráficos y mapas, así como explicaciones sobre diferentes aspectos de la revisión constitucional.
- **ConstitutionMaking.org**
<<http://www.constitutionmaking.org/>>
Constitutionmaking.org es un proyecto conjunto del Comparative Constitutions Project (CCP) y el Instituto de los Estados Unidos para la Paz (USIP). Su objetivo es proporcionar a los diseñadores información sistemática sobre las opciones de diseño y los textos constitucionales, basándose en el amplio conjunto de datos del CCP sobre las características de las constituciones nacionales desde 1789.
- **Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (*Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*)**
<http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/technical_areas/rule_of_law/>
El Programa sobre el Estado de Derecho de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) proporciona recursos sobre cuestiones relacionadas con el Estado de derecho a las misiones y oficinas sobre el terreno de USAID, a otras entidades del gobierno de EE. UU. y a la comunidad más amplia de la democracia y la gobernanza. Esta página contiene información sobre el programa y enlaces a una serie de publicaciones relevantes, incluyendo *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*.
- ***Legal and Judicial Reform in Central Europe and the Former Soviet Union* [Reforma legal y judicial en Europa Central y la antigua Unión Soviética]**
<http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/IB/2003/08/08/000094946_03073004032060/Rendered/PDF/multi0page.pdf>
Este informe se elaboró a partir de la experiencia de los jueces, abogados, legisladores, empresarios y funcionarios de ayuda al desarrollo que trabajan día a día para llevar la reforma legal a cinco países clave en transición.

Anexo. Disposiciones constitucionales y estatutarias mencionadas en este capítulo

Estos textos aparecen en el orden en que se mencionan en las notas finales y en el texto del capítulo. Las disposiciones constitucionales se reproducen aquí a partir del Proyecto de Derecho Constitucional Internacional (ICL) (<<http://www.servat.unibe.ch/icl/info.html>>), salvo que se indique lo contrario.

Artículo 121 de la Constitución de Afganistán (2004)

El Tribunal Supremo, a petición del Gobierno o de los tribunales, puede revisar la conformidad de la Constitución con las leyes, los decretos legislativos, los tratados internacionales y los convenios internacionales, e interpretarlos, de acuerdo con la ley.

Artículo 167 de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996)

- (1) El Tribunal Constitucional está compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y otros nueve jueces.
- (2) Un asunto ante el Tribunal Constitucional debe ser conocido por al menos ocho jueces.
- (3) El Tribunal Constitucional:
 - (a) es el más alto tribunal en todos los asuntos constitucionales;
 - (b) solo puede decidir sobre asuntos constitucionales y cuestiones relacionadas con las decisiones sobre asuntos constitucionales; y
 - (c) decide en última instancia si un asunto es constitucional o si una cuestión está relacionada con una decisión sobre un asunto constitucional.
- (4) Solo el Tribunal Constitucional puede:
 - (a) decidir las disputas entre órganos del Estado en el ámbito nacional o provincial sobre el estatus constitucional, los poderes o las funciones de cualquiera de esos órganos del Estado;
 - (b) decidir sobre la constitucionalidad de cualquier proyecto de ley parlamentario o provincial, pero solo podrá hacerlo en las circunstancias previstas en la sección 79 o 121;
 - (c) decidir sobre las solicitudes previstas en las secciones 80 o 122;
 - (d) decidir sobre la constitucionalidad de cualquier enmienda a la Constitución;
 - (e) decidir que el Parlamento o el Presidente han incumplido una obligación constitucional; o
 - (f) certificar una constitución provincial en los términos de la sección 144.
- (5) El Tribunal Constitucional decide en última instancia si una ley del Parlamento, una ley provincial o una conducta del Presidente es constitucional, y debe

confirmar cualquier orden de invalidez dictada por el Tribunal Supremo de Apelación, un Tribunal Superior o un tribunal de rango similar, antes de que dicha orden tenga validez.

- (6) La legislación nacional o las normas del Tribunal Constitucional deben permitir a una persona, cuando sea en interés de la justicia y con autorización del Tribunal Constitucional:
 - (a) presentar un asunto directamente ante el Tribunal Constitucional; o
 - (b) recurrir directamente al Tribunal Constitucional desde cualquier otro tribunal.
- (7) Un asunto constitucional incluye cualquier cuestión que implique la interpretación, protección o aplicación de la Constitución.

Artículo 143 de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996)

- (1) Una constitución provincial, o una enmienda constitucional, no debe ser incompatible con esta Constitución, pero puede prever
 - (a) estructuras y procedimientos legislativos o ejecutivos provinciales que difieran de los previstos en este capítulo; o
 - (b) la institución, el papel, la autoridad y el estatus de un monarca tradicional, cuando sea aplicable.
- (2) Las disposiciones incluidas en una constitución provincial o en una enmienda constitucional en términos de los párrafos (a) o (b) de la subsección (1)
 - (a) deben cumplir con los valores de la sección 1 y con el capítulo 3; y
 - (b) no pueden conferir a la provincia ningún poder o función que caiga
 - (i) fuera del área de competencia provincial en términos de las Listas 4 y 5; o
 - (ii) fuera de los poderes y funciones conferidos a la provincia por otras secciones de la Constitución.

Artículo 144 de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996)

- (1) Si una legislatura provincial ha aprobado o enmendado una constitución, el Presidente de la legislatura debe presentar el texto de la Constitución o de la enmienda constitucional al Tribunal Constitucional para su certificación.
- (2) Ningún texto de una constitución provincial o de una enmienda constitucional se convierte en ley hasta que el Tribunal Constitucional haya certificado
 - (a) que el texto ha sido aprobado de acuerdo con la sección 142; y
 - (b) que todo el texto cumple con la sección 143.

Artículo 167 (1) (4) de la Constitución de la República de Serbia (2006)

Artículo 167 Competencia

- (1) El Tribunal Constitucional decide sobre:
4. La conformidad del estatuto y de los actos generales de las provincias autónomas y de las unidades de autogobierno local con la Constitución y la ley...

Artículo 111 (1) de la República de Corea (1948, enmendado en 1987)*

- (1) El Tribunal Constitucional tendrá jurisdicción sobre los siguientes asuntos:
1. La constitucionalidad de una ley a petición de los tribunales;
 2. El juicio político;
 3. Disolución de un partido político;
 4. Disputas de competencia entre organismos estatales, entre organismos estatales y gobiernos locales, y entre gobiernos locales; y
 5. Recurso de inconstitucionalidad según lo establecido en la Ley.

* Disponible en el sitio web del Tribunal Constitucional, <<http://www.ccourt.go.kr/home/english/index.jsp>>.

Artículo 47 (1) de la República de Camerún (1972, enmendado en 1996)*

Artículo 47 (1) El Consejo Constitucional se pronunciará definitivamente sobre:

- la constitucionalidad de las leyes, los tratados y los acuerdos internacionales;
- la constitucionalidad de los reglamentos de la Asamblea Nacional y del Senado antes de su aplicación;
- el conflicto de poderes entre las instituciones del Estado; entre el Estado y las regiones, y entre las regiones.

* Disponible en <<http://confinder.richmond.edu/>>.

Artículo 232 de la Constitución de la República Federal de Nigeria Decreto de (Promulgación) (1999)*

- (1) El Tribunal Supremo, con exclusión de cualquier otro tribunal, tendrá jurisdicción original en cualquier disputa entre la Federación y un estado o entre estados si, y en la medida en que, dicha disputa implique cualquier cuestión (ya sea de derecho o de hecho) de la que dependa la existencia o el alcance de un derecho legal.
- (2) Además de la competencia que le confiere el apartado (1) de este artículo, el Tribunal Supremo tendrá la competencia original que le confiera cualquier Ley de la Asamblea Nacional.

Siempre que no se confiera al Tribunal Supremo ninguna jurisdicción original con respecto a cualquier asunto penal.

* Disponible en <<http://www.nigeria-law.org/>>.

Artículo 131 de la Constitución de la República de India (1950, según enmienda de 1996)

Competencia original del Tribunal Supremo

Sujeto a las disposiciones de esta Constitución, el Tribunal Supremo tendrá, con exclusión de cualquier otro tribunal, jurisdicción original en cualquier disputa

- (a) entre el Gobierno de la India y uno o más Estados; o
- (b) entre el Gobierno de la India y cualquier Estado por una parte y uno o más Estados por otra; o
- (c) entre dos o más Estados.

si y en la medida en que la controversia implique cualquier cuestión (de derecho o de hecho) de la que dependa la existencia o el alcance de un derecho legal:

Siempre que dicha jurisdicción no se extienda a una controversia que surja de cualquier tratado, acuerdo, pacto, compromiso, sanad u otro instrumento similar que, habiendo sido celebrado o ejecutado antes de la entrada en vigor de esta Constitución, continúe en funcionamiento después de dicha entrada o que disponga que dicha jurisdicción no se extienda a dicha controversia.

Artículo 128 de la Constitución de Malasia (1957, según enmienda de 1994)*

- (1) El Tribunal Supremo, con exclusión de cualquier otro tribunal, será competente para determinar, de conformidad con las normas de los tribunales que regulan el ejercicio de dicha jurisdicción
 - (a) cualquier cuestión sobre si una ley hecha por el Parlamento o por la legislatura de un Estado es inválida por el hecho de que establece disposiciones relacionadas con una materia con respecto a la cual el Parlamento o, según sea el caso, la legislatura del Estado, no tiene poder para hacer leyes; y
 - (b) los litigios sobre cualquier otra cuestión entre Estados o entre la Federación y cualquier Estado.
- (2) Sin perjuicio de cualquier jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo, cuando en cualquier procedimiento ante otro tribunal se plantee una cuestión sobre el efecto de cualquier disposición de esta Constitución, el Tribunal Supremo será competente (con sujeción a cualquier norma del tribunal que regule el ejercicio de esa jurisdicción) para determinar la cuestión y remitir el caso al otro tribunal para que se resuelva de acuerdo con la determinación.
- (3) La competencia del Tribunal Supremo para resolver las apelaciones de un Tribunal Superior o de un juez del mismo será la que establezca la ley federal.

* Disponible en <<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/malaysia.pdf>>.

Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, según enmienda de 2015)*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

- I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:
 - (a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
 - (b) La Federación y un Municipio;
 - (c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
 - (d) Un Estado y otro;
 - (e) Un Estado y el Distrito Federal;
 - (f) El Distrito Federal y un municipio;
 - (g) Dos municipios de diversos Estados;
 - (h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
 - (i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
 - (j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
 - (k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y
 - (l) Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales. Lo dispuesto en el presente inciso será aplicable al organismo garante que establece el artículo 6.º de esta Constitución.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

- II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- (a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
- (b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- (c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;
- (d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano,
- (e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea, y
- (f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro;
- (g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- (h) El organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y el órgano garante del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- (i) El Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

III. De oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Unitario de Circuito o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, así como del Fiscal General de la República en los asuntos en que intervenga el Ministerio Público, podrá conocer de los recursos de apelación en contra de sentencias de Jueces de Distrito dictadas en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

En caso de incumplimiento de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo se aplicarán, en lo conducente, los procedimientos establecidos en los dos primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 de esta Constitución.

* Disponible en <https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=es>.

Artículo 137 (3) de la Constitución de la República de Uganda (1995)*

137. Cuestiones de interpretación de la Constitución.

(3) Una persona que alegue que

- (a) una ley del Parlamento o cualquier otra ley o cualquier cosa en o hecha bajo la autoridad de cualquier ley; o
- (b) cualquier acto u omisión de cualquier persona o autoridad es incompatible con una disposición de esta Constitución o la contraviene, puede solicitar al Tribunal Constitucional una declaración a tal efecto, y una reparación cuando proceda.

* Disponible en <<http://www.constitutionnet.org>>.

Artículo 152 de la Constitución de la República de Estonia (1992)

- (1) Si una ley u otro acto jurídico entra en conflicto con la Constitución, el Tribunal no lo aplicará al juzgar un caso.
- (2) Si una ley u otro acto jurídico entra en conflicto con las disposiciones y el espíritu de la Constitución, será declarado nulo por el Tribunal Nacional.

Artículo 204 de la Constitución de la República Portuguesa (1976, según enmienda de 2005)

Cumplimiento de la Constitución

En los asuntos que se juzguen, los tribunales no podrán aplicar normas que contravengan las disposiciones de esta Constitución o los principios en ella consagrados.

Artículo 80 (3) de la Constitución de la República Socialista Democrática de Sri Lanka (1978, según enmienda de 2000)*

80. Cuando un proyecto de ley se convierte en ley.

- (3) Cuando un proyecto de ley se convierta en ley al ser refrendado por el certificado del Presidente o del Presidente de la Cámara, según sea el caso, ninguna corte o tribunal podrá investigar, pronunciarse o cuestionar de alguna manera la validez de dicha ley por ningún motivo.

* Disponible en <<http://www.priu.gov.lk/>>.

Artículo 120 de la Constitución de la República Socialista Democrática de Sri Lanka (1978, según enmienda de 2001)*

120. Competencia constitucional del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo tendrá jurisdicción única y exclusiva para determinar si un proyecto de ley o cualquier disposición del mismo es incompatible con la Constitución:

Siempre que

- (a) en el caso de un proyecto de ley descrito en su título largo como para la enmienda de cualquier disposición de la Constitución, o para la derogación y sustitución de la Constitución, la única cuestión que el Tribunal Supremo puede determinar es si dicho proyecto de ley requiere la aprobación del pueblo en un referéndum en virtud de las disposiciones del artículo 83;
- (b) cuando el Gabinete de Ministros certifica que un proyecto de ley que se describe en su título largo como para la enmienda de cualquier disposición de la Constitución, o para la derogación y sustitución de la Constitución, pretende ser aprobado con la mayoría especial requerida por el artículo 83 y sometido al pueblo por referéndum, el Tribunal Supremo no tendrá ni ejercerá ninguna jurisdicción con respecto a dicho proyecto de ley;
- (c) cuando el Consejo de Ministros certifica que cualquier disposición de cualquier proyecto de ley que no se describa en su título largo como para la enmienda de cualquier disposición de la Constitución, o para la derogación y sustitución de la Constitución, está destinada a ser aprobada con la mayoría especial requerida por el artículo 84, la única cuestión que el Tribunal Supremo puede determinar es si dicho proyecto de ley requiere la aprobación del pueblo en un referéndum en virtud de las disposiciones del artículo 83 o si dicho proyecto de ley está obligado a cumplir con los párrafos (1) y (2) del artículo 82; o

- (d) cuando el Consejo de Ministros certifica que cualquier disposición de cualquier Proyecto de Ley que no se describa en su título largo como para la enmienda de cualquier disposición de la Constitución o para la derogación y sustitución de la Constitución, está destinada a ser aprobada con la mayoría especial requerida por el artículo 84, la única cuestión que el Tribunal Supremo puede determinar es si cualquier otra disposición de dicho proyecto de ley requiere ser aprobada con la mayoría especial requerida por el artículo 84 o si cualquier disposición de dicho proyecto de ley requiere la aprobación del pueblo en un referéndum en virtud de las disposiciones del artículo 83 o si dicho proyecto de ley está obligado a cumplir con las disposiciones de los párrafos (1) y (2) del artículo 82.

* Disponible en el sitio web oficial del gobierno, <<http://www.priu.gov.lk/>>.

Artículo 46 de la Constitución de la República Francesa (1958, según enmienda de 2005)

Los actos institucionales no se promulgarán hasta que el Consejo Constitucional haya declarado su conformidad con la Constitución.

Artículo 61 de la Constitución de la República Francesa (1958, según enmienda de 2005)

- (1) Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, los proyectos de ley de los diputados mencionados en el artículo 11, antes de ser sometidos a referéndum, y los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias, antes de su aplicación, deberán someterse al Consejo Constitucional, que se pronunciará sobre su constitucionalidad.
- (2) Con el mismo fin, las leyes del Parlamento podrán, antes de su promulgación, ser sometidas al Consejo Constitucional por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.
- (3) En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional deberá pronunciarse en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, este plazo se reduce a ocho días si el asunto es urgente.
- (4) En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspende el plazo límite de la promulgación.

Artículo 82 de la Constitución de la República de Chile (1980)*

Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional

- (1) Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;
- (2) Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;
- (3) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

- (4) Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria de un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;
- (5) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponde o dicte un decreto inconstitucional;
- (6) Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;
- (7) Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, y de los movimientos o partidos políticos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de esta Constitución;
- (8) Declarar, de conformidad al artículo 8° de esta Constitución, la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento institucional de la República. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, dicha declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;
- (9) Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 49 N° 7 de esta Constitución;
- (10) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;
- (11) Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios; y
- (12) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 7°, 8°, 9° y 10°, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario.

En el caso del número 1°, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

En el caso del número 2°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del Proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

En el caso del número 3°, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne por inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

En el caso del número 4°, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta del plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuere procedente.

Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha, comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

En los casos del número 5°, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado, o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del número 9°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de la Cámara de Diputados o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 7°, 8° y 10° de este artículo.

Sin embargo, si en el caso del número 8° la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

En el caso del número 11°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

En el caso del número 12°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

* Reimpreso y disponible en <<http://confinder.richmond.edu/>>.

Artículo 32/A (3) de la Constitución de la República de Hungría (1949, según enmienda de 2007)

- (3) Toda persona tiene derecho a recurrir al Tribunal Constitucional en los casos previstos por la ley.

Artículo 167 (6) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996, según enmienda de 2007)

167 Tribunal Constitucional

- (6) La legislación nacional o las normas del Tribunal Constitucional deben permitir a una persona, cuando sea en interés de la justicia y con autorización del Tribunal Constitucional
 - (a) presentar un asunto directamente ante el Tribunal Constitucional; o
 - (b) recurrir directamente al Tribunal Constitucional desde cualquier otro tribunal.

Artículo 120 de la Constitución del Reino de los Países Bajos (1983, según enmienda de 2002)

La constitucionalidad de las leyes y los tratados no será revisada por los tribunales.

Artículo 74 de la Constitución de la República de Finlandia (2000, según enmienda de 2007)

Artículo 74 Control de constitucionalidad

La Comisión de Derecho Constitucional se pronunciará sobre la constitucionalidad de las propuestas legislativas y otros asuntos sometidos a su consideración, así como sobre su relación con los tratados internacionales de derechos humanos.

Artículo 77 de la Constitución de la República de Finlandia (2000, según enmienda de 2007)

Artículo 77 Confirmación de las leyes

- (1) Toda ley aprobada por el Parlamento será sometida al Presidente de la República para su confirmación. El Presidente decidirá sobre la confirmación en un plazo de tres meses a partir de la presentación de la ley. El Presidente podrá obtener una declaración sobre la ley del Tribunal Supremo o del Tribunal Administrativo Supremo.
- (2) Si el Presidente no confirma la ley, esta se devuelve para que la examine el Parlamento. Si el Parlamento vuelve a adoptar la ley sin modificaciones sustanciales, esta entra en vigor sin confirmación. Si el Parlamento no vuelve a adoptar la ley, se considerará que ha caducado.

Artículo 53 de la Ley del Tribunal Supremo de Canadá (R.S., 1985, c. S-26)

JURISDICCIÓN ESPECIAL

Referencias del Gobernador en el Consejo

Remisión de ciertas cuestiones para opinión

53. (1) El Gobernador en el Consejo puede remitir a la Corte para su audiencia y consideración cuestiones importantes de derecho o de hecho relativas a
- (a) la interpretación de las leyes constitucionales;
 - (b) la constitucionalidad o interpretación de cualquier legislación federal o provincial;
 - (c) la jurisdicción de apelación con respecto a los asuntos educativos, por la ley de la Constitución, 1867, o por cualquier otra ley conferida al Gobernador en el Consejo; o
 - (d) los poderes del Parlamento de Canadá, o de las legislaturas de las provincias, o de sus respectivos gobiernos, ya sea que el poder particular en cuestión haya sido ejercido o se proponga ejercerlo.

Artículo 167 (4) (d) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996, según enmienda de 2007)

(4) Solo el Tribunal Constitucional puede

(d) decidir sobre la constitucionalidad de cualquier enmienda a la Constitución.

Artículos 157 y 159 de la Constitución de Ucrania (1996)*

Artículo 157

La Constitución de Ucrania no podrá ser enmendada si las enmiendas prevén la abolición o la restricción de los derechos y libertades de los ciudadanos y del hombre, o si están orientadas a la liquidación de la independencia o a la violación de la indivisibilidad territorial de Ucrania.

La Constitución de Ucrania no podrá ser enmendada en condiciones de ley marcial o de estado de excepción.

Artículo 159

El proyecto de ley sobre la introducción de enmiendas a la Constitución de Ucrania será examinado por la Rada Suprema de Ucrania cuando se disponga del dictamen del Tribunal Constitucional de Ucrania sobre la conformidad del proyecto de ley con los requisitos de los artículos 157 y 158 de esta Constitución.

* Disponible en la página web del Tribunal Constitucional, <<http://ccu.gov.ua/en/index>>.

Artículo 185 de la Constitución de Tailandia (2007)*

Antes de que la Cámara de Representantes o el Senado aprueben un Decreto de Emergencia en virtud de la sección 184 párrafo tres, los miembros de la Cámara de Representantes o los senadores de no menos de una quinta parte del número total de los miembros existentes de cada Cámara tienen derecho a presentar una opinión al

Presidente de la Cámara de la que son miembros de que el Decreto de Emergencia no es conforme a la sección 184 párrafo uno o párrafo dos, y el Presidente de esa Cámara deberá entonces, en un plazo de tres días a partir de la recepción de la misma, remitirla al Tribunal Constitucional para que decida. Una vez que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado al respecto, notificará su decisión al Presidente de la Cámara que le remita dicho dictamen.

Cuando el Presidente de la Cámara de Representantes o el Presidente del Senado haya recibido la opinión de los miembros de la Cámara de Representantes o de los senadores en virtud del párrafo uno, el examen de dicho Decreto de Urgencia se aplazará hasta que se haya notificado la decisión del Tribunal Constitucional en virtud del párrafo uno.

En el caso de que el Tribunal Constitucional decida que un Decreto de Urgencia no se ajusta a lo dispuesto en el apartado primero o en el apartado segundo del artículo 184, dicho Decreto de Urgencia no tendrá fuerza de ley *ab initio*. La decisión del Tribunal Constitucional de que un Decreto de Urgencia no es conforme a la sección 184 párrafo uno o párrafo dos debe ser dada por los votos de no menos de dos tercios del número total de miembros del Tribunal Constitucional.

* Disponible en el sitio web del Tribunal Constitucional, <<http://www.constitutionalcourt.or.th/english/>>.

Artículo 69 de la Constitución de la República Islámica de Afganistán (2004)

- (1) El Presidente es responsable ante la nación y la Cámara de Representantes [Wolesi Jirga] de acuerdo con este artículo.
- (2) Un tercio de los miembros de la Cámara de Representantes [Wolesi Jirga] puede formular acusaciones de crimen contra la humanidad, traición nacional o delito contra el Presidente.
- (3) Si dos tercios de la Cámara de Representantes [Wolesi Jirga] votan a favor de presentar cargos, la Cámara de Representantes [Wolesi Jirga] convocará un Gran Consejo [Loya Jirga] en el plazo de un mes.
- (4) Si el Gran Consejo [Loya Jirga] aprueba la acusación por una mayoría de dos tercios de los votos, el Presidente será destituido y el caso se remitirá a un tribunal especial.
- (5) El tribunal especial está compuesto por tres miembros de la Cámara de Representantes [Wolesi Jirga], y tres miembros del Tribunal Supremo designados por el Gran Consejo [Loya Jirga] y el Presidente del Senado [Meshrano Jirga].
- (6) El juicio es dirigido por una persona designada por el Gran Consejo [Loya Jirga].
- (7) En esta situación se aplican las disposiciones del artículo 67 de esta Constitución.

Artículo 60 (2) de la Constitución Nacional Provisional de la República de Sudán, 2005 (revisada)*

Artículo 60 Inmunidad y destitución del Presidente y del Primer Vicepresidente

- (2) No obstante lo dispuesto en el subartículo (1) anterior, y en caso de alta traición, violación grave de esta Constitución o falta grave en relación con los asuntos del Estado, el Presidente o el Primer Vicepresidente podrán ser acusados ante el Tribunal Constitucional mediante una resolución aprobada por las tres cuartas partes de todos los miembros de la Legislatura Nacional.

* Disponible en <http://www.sudan-embassy.de/c_Sudan.pdf>.

Artículo 69 de la Constitución de la República de Turquía (1982, según enmienda de 2007)

Artículo 69. Principios que deben observar los partidos políticos

- (1) La decisión de disolver definitivamente un partido político debido a actividades que violen las disposiciones del cuarto párrafo del artículo 68 solo podrá dictarse cuando el Tribunal Constitucional determine que el partido en cuestión se ha convertido en un centro de ejecución de dichas actividades.
- (2) Las actividades, los reglamentos internos y el funcionamiento de los partidos políticos se ajustarán a los principios democráticos. La aplicación de estos principios se regula por ley.
- (3) Los partidos políticos no realizarán actividades comerciales.
- (4) Los ingresos y gastos de los partidos políticos deberán ser coherentes con sus objetivos. La aplicación de esta norma se regula por ley. El control de los ingresos, los gastos y las adquisiciones de los partidos políticos por parte del Tribunal Constitucional, así como la comprobación de la conformidad con la ley de sus ingresos y gastos, los métodos de control y las sanciones que se aplicarán en caso de disconformidad se regularán también por ley. El Tribunal Constitucional estará asistido en el ejercicio de su función fiscalizadora por el Tribunal de Cuentas. Las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional como resultado de la fiscalización serán definitivas.
- (5) La disolución de los partidos políticos la decide definitivamente el Tribunal Constitucional tras la presentación de una demanda por parte de la Fiscalía General de la República.
- (6) La disolución definitiva de un partido político se decidirá cuando se establezca que el estatuto y el programa del partido político violan las disposiciones del cuarto párrafo del artículo 68.
- (7) La decisión de disolver definitivamente un partido político debido a actividades que violen las disposiciones del cuarto párrafo del artículo 68 solo podrá dictarse cuando el Tribunal Constitucional determine que el partido en cuestión se ha convertido en un centro de ejecución de tales actividades. Se considerará que un partido político se ha convertido en el centro de tales acciones solo cuando estas las lleven a cabo de forma intensiva los miembros de dicho partido o la situación sea compartida implícita o explícitamente por el gran congreso, la presidencia general o los órganos centrales de decisión o administración de dicho partido, o por la asamblea general del grupo o la junta ejecutiva del grupo en la Gran

Asamblea Nacional de Turquía o cuando estas actividades sean llevadas a cabo en determinación por los órganos del partido mencionados directamente.

- (8) En vez de disolverlo definitivamente de acuerdo con los párrafos antes mencionados, el Tribunal Constitucional puede decidir que el partido en cuestión sea privado de la ayuda estatal total o parcialmente con respecto a la intensidad de las acciones presentadas ante el tribunal.
- (9) Un partido que ha sido disuelto definitivamente no puede ser fundado bajo otro nombre.
- (10) Los miembros, incluidos los fundadores de un partido político cuyos actos o declaraciones hayan provocado la disolución definitiva del partido, no podrán ser fundadores, miembros, directores o supervisores en ningún otro partido durante un período de cinco años a partir de la fecha de publicación en el boletín oficial de la decisión definitiva del Tribunal Constitucional y su justificación de la disolución definitiva del partido.
- (11) Los partidos políticos que acepten ayuda financiera de Estados extranjeros, instituciones internacionales y personas y entidades corporativas serán disueltos definitivamente.
- (12) La fundación y las actividades de los partidos políticos, su supervisión y disolución, o su privación de recibir ayuda del Estado total o parcialmente, así como los gastos y procedimientos electorales de los partidos políticos y los candidatos se regulan por ley de acuerdo con los principios mencionados.

Artículo 21 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949, según enmienda de 2006)

Artículo 21. Partidos políticos

- (1) Los partidos políticos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Pueden constituirse libremente. Su organización interna debe ajustarse a los principios democráticos. Deben dar cuenta públicamente de las fuentes y el uso de sus fondos y de su patrimonio.
- (2) Son inconstitucionales los partidos que, por sus objetivos o por el comportamiento de sus adherentes, pretenden perjudicar o abolir el orden fundamental democrático libre o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. El Tribunal Constitucional Federal decide la inconstitucionalidad.
- (3) Los detalles se regulan en los estatutos federales.

Apartado 4 del artículo 8 de la Constitución de la República de Corea (1948, según enmienda de 1987)

Si los fines o las actividades de un partido político son contrarios al orden democrático fundamental, el Gobierno puede interponer una acción contra él ante el Tribunal Constitucional para su disolución, y el partido político se disuelve de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional.

Artículo 58 de la Constitución de la República Francesa (1958, según enmienda de 2008)

- (1) El Consejo Constitucional garantiza la regularidad de la elección del Presidente de la República.
- (2) Examina las reclamaciones y proclama los resultados de la votación.

Artículo 66 (2) (2) de la Constitución de Mongolia (1992)

Artículo 66 (2) El Tribunal Constitucional, de conformidad con el apartado (1), emite juicios al Parlamento Nacional sobre:

- (2) la constitucionalidad de los referendos nacionales y las decisiones de la autoridad electoral central sobre las elecciones del Parlamento Nacional y sus miembros, así como sobre las elecciones presidenciales.

Artículo 84 de la Constitución de la República de Zimbabwe (1979)

Artículo 84. Nombramiento de los jueces

- (1) El Presidente del Tribunal Supremo, el Vicepresidente del Tribunal Supremo, el Juez Presidente y los demás jueces del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior serán nombrados por el Presidente, previa consulta con la Comisión del Servicio Judicial.
- (2) Si el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, del Vicepresidente del Tribunal Supremo, del Juez Presidente o de un juez del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior no es compatible con cualquier recomendación hecha por la Comisión de la Función Judicial en los términos del apartado (1), el Presidente hará que se informe al Senado tan pronto como sea posible.
- (3) El nombramiento de un juez en términos de esta sección, ya sea hecho antes, en o después de la fecha de inicio de la Ley de Enmienda de la Constitución de Zimbabwe (No. 4), 1984, puede ser hecho por un período fijo y cualquier juez así nombrado puede, a pesar de que el período de su nombramiento haya expirado, sentarse como juez con el fin de dictar sentencia en relación con cualquier procedimiento iniciado o escuchado por él mientras estaba en el cargo.

Artículo 104 de la Constitución de la República de Macedonia (1991, según enmienda de 2005)

- (1) El Consejo Judicial Republicano está compuesto por siete miembros.
- (2) La Asamblea elige a los miembros del Consejo.
- (3) Los miembros del Consejo son elegidos entre los miembros destacados de la profesión jurídica por un período de seis años con derecho a una reelección.
- (4) Los miembros del Consejo Judicial Republicano gozan de inmunidad. La Asamblea decide sobre su inmunidad.
- (5) El cargo de miembro del Consejo Judicial Republicano es incompatible con el desempeño de otros cargos públicos, profesiones o la pertenencia a partidos políticos.

Artículo 109 de la Constitución de la República de Macedonia (1991, según enmienda de 2005)

El Tribunal Constitucional de la República de Macedonia está compuesto por nueve jueces.

La Asamblea elige a los jueces del Tribunal Constitucional por mayoría de votos del número total de representantes. El mandato de los jueces es de nueve años sin derecho a reelección.

El Tribunal Constitucional elige a un Presidente de entre sus propias filas para un mandato de tres años sin derecho a reelección.

Los jueces del Tribunal Constitucional son nombrados de entre los miembros más destacados de la profesión jurídica.

Artículo 19 (3) (k) de la Constitución de la República de Hungría (1949, modificada en 2003)

Artículo 19

(3) Dentro de esta esfera de autoridad, el Parlamento deberá

- (k) elegir al Presidente de la República, al Primer Ministro, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los Defensores del Pueblo Parlamentarios, al Presidente y a los Vicepresidentes del Tribunal de Cuentas del Estado, al Presidente del Tribunal Supremo y al Fiscal General.

Artículo 32A (4) de la Constitución de la República de Hungría (1949, modificada en 2003)

El Tribunal Constitucional se compone de once miembros elegidos por el Parlamento. Los miembros del Tribunal Constitucional serán nombrados por la Comisión de Nombramientos, que estará formada por un miembro de cada partido político representado en el Parlamento. Se requiere una mayoría de dos tercios de los votos de los diputados para elegir a un miembro del Tribunal Constitucional.

Artículo 48 de la Constitución de la República de Hungría (1949, modificada en 2003)

- (1) Sobre la base de la recomendación del Presidente de la República, el Parlamento elegirá al Presidente del Tribunal Supremo; sobre la base de la recomendación del Presidente del Tribunal Supremo, el Presidente de la República nombrará a los Vicepresidentes del Tribunal Supremo. Para elegir al Presidente del Tribunal Supremo se requiere una mayoría de dos tercios de los votos de los miembros del Parlamento.
- (2) El Presidente de la República nombrará a los jueces profesionales en la forma prevista por la ley.
- (3) Los jueces solo podrán ser destituidos de su cargo por las causas y de acuerdo con los procedimientos especificados por la ley.

Artículos 24A-C de la Constitución de la República de Indonesia (1945, según enmienda de 2002)

Artículo 24A

- (3) Los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo los propone la Comisión Judicial al DPR para su aprobación y posteriormente serán nombrados formalmente para el cargo por el Presidente.

Artículo 24B

- (3) Los miembros de la Comisión Judicial son nombrados y destituidos por el Presidente con la aprobación del DPR.

Artículo 24C

- (3) El Tribunal Constitucional se compone de nueve personas que deben ser jueces constitucionales y que deben ser confirmados en su cargo por el Presidente, de los cuales tres serán nombrados por el Tribunal Supremo, tres nombrados por el DPR y tres nombrados por el Presidente.

Sección 174 de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996)

Sección 174. Nombramiento de funcionarios judiciales

- (1) Cualquier mujer u hombre debidamente calificado y apto podrá ser designado como funcionario judicial. Cualquier persona que sea nombrada para el Tribunal Constitucional deberá ser también ciudadano de Sudáfrica.
- (2) La necesidad de que la judicatura refleje ampliamente la composición racial y de género de Sudáfrica debe ser considerada cuando se nombren funcionarios judiciales.
- (3) El Presidente, como jefe del ejecutivo nacional, tras consultar a la Comisión de la Función Judicial y a los líderes de los partidos representados en la Asamblea Nacional, nombra al Presidente y al Vicepresidente del Tribunal Constitucional; y, tras consultar a la Comisión de la Función Judicial, nombra al Presidente y al Vicepresidente del Tribunal.
- (4) Los demás jueces del Tribunal Constitucional son nombrados por el Presidente como jefe del ejecutivo nacional, previa consulta al Presidente del Tribunal Constitucional y a los líderes de los partidos representados en la Asamblea Nacional, de acuerdo con el siguiente procedimiento
 - (a) La Comisión de la Magistratura debe preparar una lista de candidatos con tres nombres más que el número de nombramientos, y presentar la lista al Presidente.
 - (b) El Presidente puede efectuar los nombramientos a partir de la lista, y debe avisar a la Comisión del Servicio Judicial, con razones, si alguno de los nominados es inaceptable y queda algún nombramiento por hacer.

- (c) La Comisión de la Carrera Judicial debe completar la lista con otros candidatos y el Presidente debe hacer los nombramientos restantes de la lista completada.
- (5) En todo momento, al menos cuatro miembros del Tribunal Constitucional deben ser personas que eran jueces en el momento en que fueron nombrados para el Tribunal Constitucional.
- (6) El Presidente debe nombrar a los jueces de todos los demás tribunales con la asesoría de la Comisión de la Función Judicial.
- (7) Los demás funcionarios judiciales deben ser nombrados en virtud de una ley del Parlamento que debe garantizar que el nombramiento, la promoción, el traslado o la destitución de estos funcionarios judiciales, o las medidas disciplinarias contra ellos, se realicen sin favoritismos ni prejuicios.
- (8) Antes de comenzar a desempeñar sus funciones, los funcionarios judiciales deberán prestar juramento o prometer, de conformidad con el anexo 2, que defenderán y protegerán la Constitución.

Artículo 81 de la Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía (1995)

Artículo 81. Nombramiento de los jueces

- (1) El Presidente y el Vicepresidente del Tribunal Supremo Federal serán nombrados, a propuesta del Primer Ministro, por la Cámara de Representantes del Pueblo.
- (2) En cuanto a los demás jueces federales, el Primer Ministro someterá a la Cámara de los Representantes del Pueblo, para su nombramiento, a los candidatos seleccionados por el Consejo Federal de la Administración Judicial.
- (3) El Consejo de Estado, por recomendación del Jefe del Ejecutivo del Estado, nombrará al Presidente y al Vicepresidente del Tribunal Supremo del Estado.
- (4) Los jueces del Tribunal Supremo del Estado y del Tribunal Superior, previa recomendación del Consejo de Administración Judicial del Estado, serán nombrados por el Consejo del Estado. El Consejo Estatal de la Administración Judicial, antes de presentar las nominaciones al Consejo Estatal, tiene la responsabilidad de solicitar y obtener la opinión del Consejo Federal de la Administración Judicial sobre los nominados y de remitir dicha opinión junto con sus recomendaciones. Si el Consejo Federal de la Administración Judicial no presenta sus opiniones en el plazo de tres meses, el Consejo Estatal puede conceder los nombramientos.
- (5) Los jueces de los Tribunales Estatales de Primera Instancia, previa recomendación del Consejo Estatal de Administración Judicial, serán nombrados por el Consejo Estatal.
- (6) Los asuntos del código de conducta y disciplina profesional, así como el traslado de los jueces de cualquier tribunal, serán determinados por el Consejo de Administración Judicial correspondiente.

Artículo 101 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988)

Los Magistrados del Supremo Tribunal Federal serán nombrados por el Presidente de la República, después de que la elección sea aprobada por la mayoría absoluta del Senado Federal.

Artículo 135 de la Constitución de la República Italiana (1948, modificada en 2003)

- (1) El Tribunal Constitucional se compone de quince jueces; un tercio es designado por el Presidente, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta y un tercio por los tribunales supremos ordinarios y administrativos.
- (2) Los jueces son elegidos por los magistrados, incluidos los jubilados, por los tribunales supremos ordinarios y administrativos, por los profesores universitarios de derecho y por los abogados con al menos veinte años de ejercicio.
- (3) Los jueces son nombrados por nueve años, su mandato comienza el día de su juramento y no pueden ser reelegidos.
- (4) Al final de este mandato, los jueces deben dejar su cargo y no pueden seguir ejerciendo sus funciones.
- (5) El tribunal elige de entre sus miembros y según las normas establecidas por la ley a su presidente, que permanecerá en el cargo durante tres años y podrá ser reelegido, pero sin exceder el mandato ordinario de los jueces.
- (6) El cargo de juez es incompatible con la pertenencia al Parlamento o a un consejo regional, con el ejercicio de la profesión de abogado o con cualquier otro cargo y función definidos por la ley.
- (7) Cuando se reúna para decidir sobre un caso de impugnación contra el Presidente, el tribunal estará compuesto por dieciséis miembros adicionales, que se sorteará de una lista de ciudadanos elegidos por el Parlamento cada nueve años, entre los que reúnan los requisitos para ser elegidos en el Senado, con los mismos procedimientos que para el nombramiento de los magistrados ordinarios.

Artículo 118 de la Constitución de la República Islámica de Afganistán (2004)

Los miembros del Tribunal Supremo deberán reunir las siguientes condiciones:

- La edad del Presidente del Tribunal Supremo y de sus miembros no deberá ser inferior a cuarenta años en el momento de su nombramiento.
- Deberá ser ciudadano de Afganistán.
- Deberá tener una educación superior en derecho o en jurisprudencia islámica, y deberá tener suficientes conocimientos y experiencia en el sistema judicial de Afganistán.
- Deberá tener un alto nivel ético y una reputación de buenas acciones.
- No deberá haber sido condenado por crímenes de lesa humanidad, delitos ni sentencias de privación de sus derechos civiles por un tribunal.

- No deberá ser miembro de ningún partido político durante el ejercicio de sus funciones.

Artículo 182 (VI) de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)*

Para optar a la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia será necesario cumplir con los requisitos generales establecidos para los servidores públicos: haber cumplido treinta años de edad, poseer título de abogado, haber desempeñado, con honestidad y ética, funciones judiciales, profesión de abogado o cátedra universitaria durante ocho años y no contar con sanción de destitución del Consejo de la Magistratura. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

* De la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

Artículo 106 de la Constitución de la República Italiana (1948, modificada en 2003)

- (1) El nombramiento en la judicatura se basa en concursos.
- (2) La ley sobre la organización de la magistratura puede prever magistrados honorarios, eventualmente por elección, para desempeñar las funciones de los jueces únicos.
- (3) A propuesta del Consejo Superior de la Magistratura, los catedráticos de Derecho, así como los abogados con al menos quince años de ejercicio profesional e inscritos para el ejercicio de la profesión en los tribunales superiores, podrán ser nombrados miembros del tribunal de casación por méritos excepcionales.

Artículo 135 de la Constitución de la República Italiana (1948, modificada en 2003)

- (1) El Tribunal Constitucional se compone de quince jueces; un tercio es designado por el Presidente, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta y un tercio por los tribunales superiores ordinarios y administrativos.
- (2) Los jueces son elegidos entre los magistrados, incluidos los jubilados, entre los tribunales supremos ordinarios y administrativos, entre los catedráticos de derecho y entre los abogados con al menos veinte años de ejercicio.
- (3) Los jueces son nombrados por nueve años, su mandato comienza el día de su juramento y no pueden ser reelegidos.
- (4) Al final de este mandato, los jueces deben dejar su cargo y no pueden seguir ejerciendo sus funciones.
- (5) El tribunal elige, de entre sus miembros y según las normas establecidas por la ley, a su presidente, que permanecerá en el cargo durante tres años y podrá ser reelegido, sin exceder el mandato ordinario de los jueces.
- (6) El cargo de juez es incompatible con la pertenencia al Parlamento o a un consejo regional, con el ejercicio de la profesión de abogado o con cualquier otro cargo y función definidos por la ley.

- (7) Cuando se trate de un juicio político contra el Presidente, el Tribunal estará compuesto por dieciséis miembros adicionales, que se elegirán por sorteo de una lista de ciudadanos elegidos por el Parlamento cada nueve años, entre los que reúnan los requisitos para ser elegidos en el Senado, por los mismos procedimientos que para el nombramiento de los jueces ordinarios.

Artículo VI (1) (a) de la Constitución de Bosnia y Herzegovina (1995)

- (1) El Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina estará compuesto por nueve miembros.
- (a) Cuatro miembros serán seleccionados por la Cámara de Representantes de la Federación, y dos miembros por la Asamblea de la República Serbia. Los tres miembros restantes serán seleccionados por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, previa consulta con la Presidencia.

Artículo 142 de la Constitución de la República de Uganda (1995)*

142. Nombramiento de los funcionarios judiciales

- (1) El Presidente del Tribunal Supremo, el Vicepresidente del Tribunal Supremo, el Juez Principal, un juez del Tribunal Supremo, un juez de Apelación y un juez del Tribunal Superior serán nombrados por el Presidente en funciones
- (2) Cuando
- (a) el cargo de un juez del Tribunal Supremo o de un juez de apelación o de un juez del Tribunal Superior esté vacante;
- (b) un juez del Tribunal Supremo o un juez de Apelación o un juez del Tribunal Superior esté incapacitado por cualquier razón para desempeñar las funciones de su cargo; o
- (c) el Presidente de la Corte Suprema informa a la Comisión de Servicios Judiciales que el estado de los asuntos en la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones o la Corte Superior así lo requiere, el Presidente puede, actuando sobre el consejo de la Comisión de Servicios Judiciales, nombrar a una persona calificada como juez de la Corte Suprema o de la Corte de Apelaciones o un juez de la Corte Superior para actuar como tal juez o magistrado aunque esa persona haya alcanzado la edad prescrita para la jubilación con respecto a ese cargo.
- (3) Una persona nombrada bajo la cláusula (2) de este artículo para actuar como un juez del Tribunal Supremo, un juez de Apelación o un juez del Tribunal Superior continuará actuando durante el período del nombramiento o, si no se especifica ningún período, hasta que el nombramiento sea revocado por el Presidente actuando sobre el consejo de la Comisión de Servicio Judicial, lo que ocurra antes.

* Disponible en <<https://www.constitutionnet.org>>.

Artículo 148 de la Constitución de la República de Uganda (1995)*

148. Nombramiento de otros funcionarios judiciales

Con sujeción a las disposiciones de esta Constitución, la Comisión de Servicios Judiciales podrá nombrar a personas para que ocupen o actúen en cualquier cargo judicial distinto de los cargos especificados en el artículo 147 (3) de esta Constitución y confirmar los nombramientos y ejercer el control disciplinario de las personas que ocupen o actúen en dichos cargos y destituir a dichas personas.

* Reproducido de <<https://www.constitutionnet.org>>.

Artículo 222 de la Constitución de la República Portuguesa (1976, modificada en 2005)*

Artículo 222 (Composición y estatuto de los jueces)

- (1) El Tribunal Constitucional estará compuesto por trece jueces, diez de los cuales serán designados por la Asamblea de la República y tres cooptados por esos diez.
- (2) Seis de los magistrados designados por la Asamblea de la República o cooptados serán elegidos obligatoriamente entre los magistrados de los restantes tribunales, y los demás entre juristas.
- (3) El mandato de juez del Tribunal Constitucional será de nueve años y no será renovable.
- (4) Los jueces del Tribunal Constitucional elegirán a su Presidente.
- (5) Los jueces del Tribunal Constitucional gozarán de las mismas garantías de independencia, seguridad en el cargo, imparcialidad y ausencia de responsabilidad personal, y estarán sujetos a las mismas incompatibilidades que los jueces de los demás tribunales.
- (6) La ley establecerá las inmunidades y demás normas relativas al estatuto de los jueces del Tribunal Constitucional.

* Reproducido de <<http://www.en.parlamento.pt/>>.

Artículo 147 de la Constitución de la República de Bulgaria (1991)

- (1) El Tribunal Constitucional estará compuesto por 12 jueces, de los cuales un tercio será elegido por la Asamblea Nacional, un tercio será nombrado por el Presidente y un tercio será elegido por una reunión conjunta de los jueces del Tribunal Supremo de Casación y del Tribunal Supremo Administrativo.
- (2) Los magistrados del Tribunal Constitucional serán elegidos o designados por un período de nueve años y no podrán ser reelegidos ni nombrados de nuevo. La composición del Tribunal Constitucional se renovará cada tres años a partir de cada cuota, según el orden de rotación establecido por la ley.
- (3) Los jueces del Tribunal Constitucional deberán ser abogados de alta integridad profesional y moral y con al menos quince años de experiencia profesional.

- (4) Los jueces del Tribunal Constitucional elegirán por votación secreta un Presidente del Tribunal por un período de tres años.
- (5) La condición de magistrado del Tribunal Constitucional será incompatible con el ejercicio de un mandato representativo, o de cualquier cargo estatal o público, o con la pertenencia a un partido político o sindicato, o con el ejercicio de una profesión libre, comercial o cualquier otra remunerada.
- (6) Los magistrados del Tribunal Constitucional gozarán de la misma inmunidad que los diputados de la Asamblea Nacional.

Artículo 135 de la Constitución de la República Italiana (1948, modificada en 2003)

El Tribunal Constitucional se compone de quince jueces; un tercio es designado por el Presidente, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta, y un tercio por los tribunales superiores ordinarios y administrativos.

- (1) Los jueces son elegidos entre los magistrados, incluidos los jubilados, entre los tribunales supremos ordinarios y administrativos, entre los profesores universitarios de Derecho y entre los abogados con al menos veinte años de ejercicio.
- (2) Los jueces son nombrados por nueve años, su mandato comienza el día de su juramento y no pueden ser reelegidos.
- (3) Al final de este mandato, los jueces deben dejar su cargo y no pueden seguir ejerciendo sus funciones.
- (4) El tribunal elige de entre sus miembros y según las normas establecidas por la ley a su presidente, que permanecerá en el cargo durante tres años y podrá ser reelegido, pero sin exceder el mandato ordinario de los jueces.
- (5) El cargo de juez es incompatible con la pertenencia al Parlamento o a un consejo regional, con el ejercicio de la profesión de abogado o con cualquier otro cargo y función definidos por la ley.
- (6) Cuando se reúna para decidir sobre un caso de impugnación contra el Presidente, el tribunal estará compuesto por dieciséis miembros adicionales, que se sortearán de una lista de ciudadanos elegidos por el Parlamento cada nueve años, de entre los que reúnan los requisitos para ser elegidos en el Senado, por los mismos procedimientos que para el nombramiento de los jueces ordinarios.

Artículo 132 de la Constitución de la República Islámica de Afganistán (2004)

- (1) Los jueces son nombrados con la recomendación del Tribunal Supremo y la aprobación del Presidente.
- (2) El nombramiento, el traslado, la promoción, la sanción y las propuestas de jubilación de los jueces son competencia del Tribunal Supremo de acuerdo con la ley.
- (3) La Corte Suprema creará la Dirección General de Administración del Poder Judicial a los efectos de ordenar mejor la administración y los asuntos judiciales y asegurar las mejoras requeridas.

Artículo 110 de la Constitución de la Nación Argentina (1994)*

Los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permaneciesen en sus funciones.

* Disponible en <<https://bcn.gob.ar/uploads/constitucionnacional1994.pdf>>.

Artículo 147 de la Constitución de la República de Estonia (1992)

- (1) Los jueces serán nombrados de por vida. Las bases y procedimientos para la revocación de los jueces se determinarán por ley.
- (2) Los jueces solo podrán ser revocados por decisión del Tribunal.
- (3) Los jueces no podrán desempeñar ningún otro cargo de elección o designación, salvo en los casos previstos por la ley.
- (4) La ley determinará las garantías de la independencia y el estatuto jurídico de los jueces.

Artículo 77 de la Constitución Política de la República de Chile (1980)*

Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes.

No obstante lo anterior, los jueces cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad; o por renuncia o incapacidad legal sobreviniente o en caso de ser depuestos de sus destinos, por causa legalmente sentenciada. La norma relativa a la edad no regirá respecto al Presidente de la Corte Suprema, quien continuará en su cargo hasta el término de su período.

En todo caso, la Corte Suprema por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordar la remoción por la mayoría del total de sus componentes. Estos acuerdos se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento.

El Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas u ordenar el traslado de los jueces o demás funcionarios y empleados del Poder Judicial a otro cargo de igual categoría.

*Reproducido de <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/60446/3/132632.pdf>>.

Artículo 291 del Decreto de la Constitución de la República Federal de Nigeria (Promulgación) (1999)*

- (1) Un funcionario judicial nombrado para el Tribunal Supremo o el Tribunal de Apelación podrá jubilarse cuando cumpla la edad de sesenta y cinco años, y cesará en su cargo cuando cumpla la edad de setenta años.

- (2) Un funcionario judicial designado para cualquier otro tribunal, distinto de los especificados en la subsección (1) de esta sección, podrá jubilarse cuando alcance la edad de sesenta años y cesará en su cargo cuando alcance la edad de sesenta y cinco años.
- (3) Toda persona que haya ocupado el cargo de funcionario judicial
 - (a) durante un período no inferior a quince años tendrá derecho, si se jubila a la edad de sesenta y cinco años o después, en el caso del Presidente del Tribunal Supremo, de un Juez del Tribunal de Apelación o del Presidente del Tribunal de Apelación, o a la edad de sesenta años o después, en cualquier otro caso, a una pensión vitalicia equivalente a su último salario anual y a todas sus prestaciones, además de cualquier otra prestación de jubilación a la que pueda tener derecho;
 - (b) durante un período inferior a quince años, si se jubila a la edad de sesenta y cinco o sesenta años, según sea el caso, tendrá derecho a una pensión vitalicia a la tasa indicada en el párrafo (a) de esta subsección, a prorrata del número de años que haya servido como funcionario judicial en relación con el período de quince años, y a todas sus prestaciones, además de otros beneficios de jubilación a los que pueda tener derecho según sus términos y condiciones de servicio; y
 - (c) en cualquier caso, tendrá derecho a la pensión y otras prestaciones de jubilación que puedan ser reguladas por una Ley de la Asamblea Nacional o por una Ley de una Cámara de la Asamblea de un Estado.
- (4) Nada de lo dispuesto en esta sección o en cualquier otra parte de esta Constitución impedirá la aplicación de las disposiciones de cualquier otra ley que prevea pensiones, gratificaciones y otras prestaciones de jubilación para las personas en la administración pública de la Federación o de un Estado.

* Reimpreso y disponible en <<http://www.nigeria-law.org/>>.

Artículo 105 de la Constitución de la República de Corea (1948, modificada en 1987)

- (1) El mandato del Presidente del Tribunal Supremo es de seis años y no puede ser reelegido.
- (2) El mandato de los jueces del Tribunal Supremo es de seis años y pueden ser nombrados de nuevo según la ley.
- (3) El mandato de los jueces que no sean el Presidente del Tribunal Supremo y los jueces del Tribunal Supremo es de diez años, y pueden ser nombrados de nuevo en las condiciones prescritas por la ley.
- (4) La edad de jubilación de los jueces se determina por ley.

Artículo 207 de la Constitución de la República de Guatemala (1985 reformada en 1993)

Artículo 207. Requisitos para ser magistrado o juez

Los magistrados y jueces deberán ser guatemaltecos de origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser abogados colegiados, salvo las excepciones que la ley establece con respecto a este último requisito en relación a determinados jueces de jurisdicción privativa y jueces menores.

La ley fijará el número de magistrados, así como la organización y funcionamiento de los tribunales y los procedimientos que deban observarse, según la materia de que se trate.

La función de magistrado o juez es incompatible con cualquier otro empleo, con cargos directivos en sindicatos y partidos políticos, y con la calidad de ministro de cualquier religión.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia prestarán ante el Congreso de la República, la protesta de administrar pronta y cumplida justicia. Los demás magistrados y jueces, la prestarán ante la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 215 de la Constitución de la República de Guatemala (1985, reformada en 1993)

Artículo 215. Elección de la Corte Suprema de Justicia

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia serán electos por el Congreso de la República para un período de cinco años, de una nómina de veintiséis candidatos propuestos por una comisión de postulación integrada por un representante de los rectores de las universidades del país, que la presidirá, los decanos de las facultades de Derecho y de Ciencias Jurídicas y Sociales de cada universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados de la Corte de Apelaciones y demás tribunales a que se refiere el artículo 217 de esta Constitución.

La elección de los candidatos requiere del voto de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de la comisión.

En las votaciones tanto para integrar la Comisión de Postulación para la integración de la nómina de candidatos, no se aceptará ninguna representación.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia elegirán, entre sus miembros, con el voto favorable de las dos terceras partes, al presidente de la misma, el que durará en sus funciones un año y no podrá ser reelecto durante ese período de la Corte.

Artículo 79 de la Constitución de Japón (1946)

- (1) El Tribunal Supremo se compone de un Juez Principal y del número de jueces que se determine por ley; todos estos jueces, excepto el Presidente, serán nombrados por el Gabinete.
- (2) El nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo será revisado por el pueblo en la primera elección general de los miembros de la Cámara de Representantes después de su nombramiento, y será revisado de nuevo en la primera elección general de los miembros de la Cámara de Representantes después de un lapso de diez años, y de la misma manera a partir de entonces.

- (3) En los casos mencionados en el párrafo anterior, cuando la mayoría de los votantes esté a favor de la destitución de un juez, este será destituido.
- (4) Los asuntos relativos a la revisión serán prescritos por la ley.
- (5) Los jueces del Tribunal Supremo se jubilarán al cumplir la edad fijada por la ley.
- (6) Todos los jueces recibirán, a intervalos regulares establecidos, una indemnización adecuada que no podrá ser disminuida durante su mandato.

Artículo 4 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

- (1) La duración del mandato de los jueces será de doce años y no se extenderá más allá de la edad de jubilación.
- (2) No se permitirá la reelección inmediata o posterior de los jueces.
- (3) La edad de jubilación será el final del mes en que el juez cumpla 68 años.
- (4) Al expirar su mandato, el juez continuará desempeñando sus funciones hasta que se nombre a su sucesor.

Artículo 128 de la Constitución de Albania (1998)

El juez del Tribunal Constitucional puede ser destituido de su cargo por dos tercios de los miembros de la Asamblea debido a violaciones de la Constitución, comisión de un delito, incapacidad mental o física, actos y comportamientos que desacrediten gravemente la posición y la reputación de un juez. La decisión de la Asamblea es revisada por el Tribunal Constitucional, que, al comprobar la existencia de una de estas causas, declara el cese del miembro del Tribunal Constitucional.

Artículo 141 de la Constitución de Gambia (1997)*

141. Duración del cargo de los jueces

- (1) No se suprimirá ningún cargo de juez mientras haya un titular sustantivo del mismo.
- (2) Sujeto a las disposiciones de esta sección, un juez de un Tribunal Superior
 - (a) podrá jubilarse en cualquier momento después de cumplir la edad de sesenta y cinco años;
 - (b) dejará el cargo de juez al cumplir la edad de setenta años; o
 - (c) podrá hacer cesar su nombramiento por el Presidente, en consulta con la Comisión de Servicios Judiciales.
- (3) A pesar de que haya alcanzado la edad en la que debe dejar su cargo según lo dispuesto en esta sección, una persona que ocupe el cargo de juez podrá continuar en el mismo durante un período de seis meses después de haber alcanzado dicha edad para poder dictar sentencia o hacer cualquier otra cosa en relación con los procedimientos que se hayan iniciado ante él con anterioridad.

- (4) El Presidente del Tribunal Supremo, un juez del Tribunal de Apelación y del Tribunal Superior y los miembros del Tribunal Penal Especial solo podrán ser destituidos por incapacidad para desempeñar las funciones de su cargo judicial, ya sea por enfermedad física o mental, o por mala conducta.
- (5) Un juez puede ser destituido de su cargo si se notifica por escrito al Presidente, con la firma de al menos la mitad de todos los miembros con derecho a voto de la Asamblea Nacional, con la moción de que el juez es incapaz de ejercer las funciones de su cargo por cualquiera de los motivos indicados en el apartado (4) y la propuesta de que el asunto sea investigado en virtud de esta sección.
- (6) Cuando el Presidente reciba la notificación de una moción en virtud del apartado (5), hará que se vote inmediatamente la moción sin debate.
- (7) Si dicha moción es aprobada por los votos de no menos de dos tercios de todos los miembros de la Asamblea Nacional
 - (a) La Asamblea Nacional nombrará, mediante resolución, un tribunal compuesto por tres personas, de las cuales al menos una deberá ocupar o haber ocupado un alto cargo judicial, que será el Presidente del tribunal;
 - (b) El tribunal investigará el asunto e informará a la Asamblea Nacional, a través del Presidente, si considera que las alegaciones especificadas en la moción están o no justificadas.
 - (c) Si el tribunal informa a la Asamblea Nacional que considera que los detalles de cualquiera de las alegaciones no han sido corroborados, no se emprenderá ningún otro procedimiento en virtud de esta sección con respecto a dicha alegación;
 - (d) Si el tribunal informa a la Asamblea Nacional que encuentra que los detalles de cualquier alegación han sido corroborados, la Asamblea Nacional considerará el informe en la primera sesión conveniente y si, en una moción apoyada por los votos de no menos de dos tercios de todos los miembros, la Asamblea Nacional resuelve que el juez sea destituido, el juez cesará inmediatamente en su cargo.
- (8) Cuando se establezca un tribunal en virtud de esta sección con respecto a cualquier juez, este quedará suspendido de su cargo. La suspensión dejará de tener efecto si el tribunal informa que ninguna de las acusaciones contra el juez ha sido corroborada o si no se apoya una moción para su destitución, como se establece en el párrafo (d) de la subsección (7).
- (9) Todos los procedimientos en un tribunal bajo esta sección se llevarán a cabo a puertas cerradas y el juez en cuestión tendrá derecho a comparecer y ser representado legalmente ante el tribunal.

* Disponible en <<http://www.ncce.gm/files/constitution.pdf>>.

Artículo 124 de la Constitución de la República de India (1950, modificada en 1995)

Artículo 124. Establecimiento y constitución del Tribunal Supremo

- (1) Habrá un Tribunal Supremo de la India compuesto por un Presidente y, hasta que el Parlamento prescriba por ley un número mayor, por no más de otros siete jueces.
- (2) Todo juez del Tribunal Supremo será nombrado por el Presidente mediante una orden bajo su mano y sello, tras consultar a los jueces del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de los estados que el Presidente considere necesarios para ello, y ocupará su cargo hasta que cumpla la edad de sesenta y cinco años:
Siempre que a un juez no lo haya nombrado el Presidente del Tribunal Supremo, se consultará siempre al Presidente del Tribunal Supremo de la India:
Siempre y cuando
 - (a) un juez, mediante un escrito bajo su mano dirigido al Presidente, puede renunciar a su cargo;
 - (b) un juez puede ser destituido de su cargo en la forma prevista en la cláusula (4).
- (2A) La edad de un juez del Tribunal Supremo será determinada por la autoridad y en la forma que el Parlamento disponga por ley.
- (3) Una persona no podrá ser nombrada juez del Tribunal Supremo a menos que sea ciudadano de India y
 - (a) haya sido durante al menos cinco años juez de un Tribunal Superior o de dos o más de estos Tribunales sucesivamente; o
 - (b) haya sido durante al menos diez años abogado de un Tribunal Superior o de dos o más de estos Tribunales sucesivamente; o
 - (c) sea, a juicio del Presidente, un jurista distinguido.

Explicación I: En esta cláusula “Alto Tribunal” significa un Alto Tribunal que ejerce o que en cualquier momento antes de la entrada en vigor de esta Constitución ejercía jurisdicción en cualquier parte del territorio de la India.

Explicación II: En el cómputo, a efectos de esta cláusula, al período durante el cual una persona ha sido abogado se incluirá cualquier período durante el cual haya desempeñado un cargo judicial no inferior al de juez de distrito después de haberse convertido en abogado.

- (4) Un juez del Tribunal Supremo no podrá ser destituido de su cargo sino por una orden del Presidente dictada después de que se le haya presentado, en el mismo período de sesiones, una petición de cada Cámara del Parlamento apoyada por la mayoría del total de sus miembros y por una mayoría no inferior a dos tercios de los miembros de esa Cámara presentes y votantes, para que se proceda a dicha destitución por causa de mala conducta o incapacidad demostradas.
- (5) El Parlamento podrá regular por ley el procedimiento para la presentación de un recurso y para la investigación y prueba de la mala conducta o incapacidad de un juez en virtud del apartado (4).

- (6) Toda persona designada para ser juez del Tribunal Supremo deberá, antes de entrar en funciones, prestar y suscribir ante el Presidente, o ante alguna persona designada por él a tal efecto, un juramento o una declaración conforme al formulario establecido a tal efecto en el Tercer Anexo.
- (7) Ninguna persona que haya ejercido el cargo de juez del Tribunal Supremo podrá alegar o actuar en ningún tribunal o ante ninguna autoridad dentro del territorio de India.

Artículo 123 de la Constitución de la República de Croacia (1990, según enmienda de 2001)

- (1) Los jueces, de acuerdo con la Constitución y la ley, serán nombrados y relevados por el Consejo Judicial Nacional, que también decidirá sobre todas las cuestiones relativas a sus responsabilidades disciplinarias.
- (2) En el proceso de nombramiento y relevo de los jueces, el Consejo Nacional de la Magistratura obtendrá la opinión de la comisión autorizada del Parlamento croata.
- (3) El Consejo Judicial Nacional estará compuesto por once miembros elegidos por el Parlamento Croata de conformidad con la ley, entre jueces notables, abogados y profesores universitarios de Derecho. La mayoría de los miembros del Consejo Judicial Nacional pertenecerá a las filas de los jueces.
- (4) Los presidentes de los tribunales no pueden ser elegidos como miembros del Consejo Judicial Nacional.
- (5) Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura serán elegidos por un período de cuatro años y nadie podrá ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura por más de dos períodos sucesivos.
- (6) El Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura será elegido por voto secreto por la mayoría de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura para un mandato de dos años.
- (7) La competencia y los procedimientos del Consejo Nacional de la Magistratura serán regulados por la ley.

Artículo 105 de la Constitución de la República Italiana (1948, modificada en 2003)

El Consejo Superior de la Magistratura, definido por la ley de organización, tiene la competencia exclusiva de nombrar, asignar, trasladar, promover y disciplinar a los miembros de la Magistratura.

Capítulo 12, artículo 8 del Instrumento de Gobierno de Suecia (1975, enmendado en 2002)

- (1) El procedimiento penal por un acto delictivo cometido por un miembro del Tribunal Supremo o del Tribunal Supremo Administrativo en el ejercicio de sus funciones oficiales será presentado ante el Tribunal Supremo por un Defensor del Pueblo Parlamentario o por el Canciller de Justicia.

- (2) El Tribunal Supremo examinará igualmente y determinará si, de acuerdo con las disposiciones establecidas al respecto, un miembro del Tribunal Supremo o del Tribunal Supremo Administrativo debe ser destituido o suspendido de sus funciones, o debe ser obligado a someterse a un examen médico. Los procedimientos a este efecto serán iniciados por un Defensor del Pueblo parlamentario o por el Canciller de Justicia.

Artículo 97 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949, modificada en 2009)

Independencia de los jueces

- (1) Los jueces son independientes y están sometidos únicamente a la ley.
- (2) Los jueces nombrados de forma permanente y a tiempo completo en puestos establecidos no pueden, contra su voluntad, ser destituidos o suspendidos de forma permanente o temporal de su cargo, ni se les puede asignar un destino diferente, ni tampoco pueden ser jubilados antes de la expiración de su mandato, salvo en virtud de una decisión judicial y solo por los motivos y en la forma previstos por la ley. La legislación puede establecer límites de edad para la jubilación de los jueces nombrados con carácter vitalicio. En caso de modificación de la estructura de los tribunales o de sus circunscripciones, los jueces podrán ser trasladados a otro tribunal o cesados en sus funciones, siempre que conserven su salario íntegro.

Artículo 98 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949, modificada en 2009)

- (1) El estatuto jurídico de los jueces federales está regulado por un estatuto federal especial.
- (2) Cuando un juez federal, en su condición oficial o extraoficial, infrinja los principios de esta Constitución o el orden constitucional de un estado [*Land*], el Tribunal Constitucional Federal podrá decidir por mayoría de dos tercios, a petición de la Cámara de Representantes [*Bundestag*], que el juez sea destinado a otro cargo o retirado. En caso de infracción intencionada, podrá ordenarse su destitución.
- (3) El estatuto jurídico de los jueces de los Estados [*Länder*] está regulado por estatutos especiales de los estados [*Land*], en la medida en que el artículo 74 I núm. 27 no disponga otra cosa.
- (4) Los estados [*Länder*] pueden disponer que el ministro de Justicia del estado [*Land*], junto con un comité de selección de jueces, decida el nombramiento de los jueces en los estados [*Länder*].
- (5) Los estados [*Länder*] pueden promulgar, con respecto a los jueces del estado [*Land*], disposiciones correspondientes a las del apartado II. El derecho constitucional de los estados [*Länder*] no se verá afectado. La decisión en caso de impugnación de un juez corresponde al Tribunal Constitucional Federal.

Artículo 122 de la Constitución de la República de Croacia (1990, según enmienda de 2001)

- (1) La función judicial será permanente.
- (2) Excepcionalmente a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, al asumir las funciones judiciales por primera vez, los jueces serán nombrados por un período de cinco años. Después de la renovación del nombramiento, el juez asume su función como permanente.

El juez será relevado de sus funciones judiciales

- a petición propia,
 - si se encuentra en situación de incapacidad permanente para el ejercicio de su cargo,
 - si ha sido condenado por una infracción penal que lo haga indigno de ejercer la función judicial,
 - si, de conformidad con la ley, así lo decide el Consejo Nacional de la Magistratura debido a la comisión de un acto de infracción grave de la disciplina,
 - al cumplir los setenta años de edad.
- (3) Contra la decisión de ser relevado de su cargo, el juez tendrá derecho a apelar ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de 15 días a partir del día en que la decisión haya sido notificada, sobre la cual el Tribunal Constitucional decidirá en el procedimiento y la composición determinados por la Ley Constitucional sobre el Tribunal Constitucional de la República de Croacia.
 - (4) Contra la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura sobre la responsabilidad disciplinaria, el juez tendrá derecho a apelar ante el Tribunal Constitucional de la República de Croacia dentro del plazo de 15 días a partir del día de la notificación de la decisión. El Tribunal Constitucional decidirá sobre el recurso en la forma y el procedimiento determinados por la Ley Constitucional sobre el Tribunal Constitucional de la República de Croacia.
 - (5) En los casos de los apartados 4 y 5 de este artículo, el Tribunal Constitucional decidirá en un plazo no superior a 30 días desde la presentación del recurso. La decisión del Tribunal Constitucional excluye el derecho al recurso de inconstitucionalidad.
 - (6) Un juez no podrá ser trasladado contra su voluntad, excepto en el caso de que el Tribunal sea abolido o reorganizado de conformidad con la ley.
 - (7) Un juez no podrá desempeñar un cargo o trabajo definido por la ley como incompatible con su función judicial.

Artículo 134 de la Constitución de la República de Eslovenia (1991, según enmienda de 2003)

- (1) Nadie que participe en la toma de decisiones judiciales podrá ser responsabilizado por una opinión expresada durante la toma de decisiones en el tribunal.
- (2) Si un juez es sospechoso de haber cometido un delito en el ejercicio de sus funciones judiciales, no podrá ser detenido ni se podrá iniciar un proceso penal contra él sin el consentimiento de la Asamblea Nacional.

Artículo 121 de la Constitución de Malasia (1957, según enmienda de 1994)*

- (1) Sujeto a la cláusula (2) el poder judicial de la Federación será conferido a los Tribunales Superiores de jurisdicción y estatus coordinados, a saber:
 - (a) uno en los Estados de Malaya, que será conocido como el Tribunal Superior de Malasia y tendrá su registro principal en Kuala Lumpur; y
 - (b) uno en los estados de Sabah y Sarawak, que será conocido como el Tribunal Superior de Borneo y tendrá su registro principal en el lugar de los estados de Sabah y Sarawak que el *Yang di Pertaun Agong* pueda determinar;
 - (c) (Derogado);
 y en los tribunales inferiores que pueda establecer la ley federal.
- (2) La siguiente jurisdicción recaerá en un tribunal que será conocido como el Mahkamah Agung (Tribunal Supremo) y tendrá su registro principal en Kuala Lumpur, es decir,
 - (a) la jurisdicción exclusiva para resolver los recursos de las decisiones de un Tribunal Superior o de un juez del mismo (excepto la decisión de un Tribunal Superior dictada por un secretario u otro funcionario del tribunal y que pueda ser apelada en virtud de la ley federal a un juez del Tribunal);
 - (b) la jurisdicción original o consultiva especificada en los artículos 128 y 130; y
 - (c) cualquier otra jurisdicción que pueda ser conferida por o bajo la ley federal.
- (3) Sujeto a cualquier limitación impuesta por o bajo la ley federal, cualquier orden, decreto, sentencia o proceso de los tribunales a los que se refiere la cláusula (1) o de cualquier juez de los mismos tendrá (en la medida en que su naturaleza lo permita) plena fuerza y efecto de acuerdo con su tenor en toda la Federación, y podrá ser ejecutado o hecho valer en cualquier parte de la Federación; y la ley federal podrá disponer que los tribunales de una parte de la Federación o sus funcionarios actúen en ayuda de los tribunales de otra parte.
- (4) Para determinar dónde debe estar la secretaría principal del Tribunal Superior en Borneo, el *Yang di-Pertuan Agong* actuará con el asesoramiento del Primer Ministro, quien consultará a los Ministros Jefes de los estados de Sabah y Sarawak y al Presidente del Tribunal Superior.

* Disponible en <<http://confinder.richmond.edu/admin/docs/malaysia.pdf>>.

Artículo 4 de la Constitución de la República de Mozambique (16 de noviembre de 2004)*

El Estado reconoce los diferentes sistemas normativos y de resolución de conflictos que coexisten en la sociedad mozambiqueña, en la medida en que no sean contrarios a los principios y valores fundamentales de la Constitución.

* Disponible en <[http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_\(in_force_21_01_05\)\(English\)-Mozlegal.pdf](http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_(in_force_21_01_05)(English)-Mozlegal.pdf)>.

Apartado 3 del artículo 212 de la Constitución de la República de Mozambique (16 de noviembre de 2004)*

La ley podrá establecer mecanismos institucionales y procesales de vinculación entre los tribunales y otros foros que tengan por objeto la solución de intereses y la resolución de conflictos.

* Reimpreso y disponible en <[http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_\(in_force_21_01_05\)\(English\)-Mozlegal.pdf](http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_(in_force_21_01_05)(English)-Mozlegal.pdf)>.

Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia (1991, modificada en 2005)

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Artículo 15 (4) (c) de la Constitución de Botswana (1966)*

15. Protección contra la discriminación por motivos de raza, etc.

- (1) Sujeto a las disposiciones de las subsecciones (4), (5) y (7) de esta sección, ninguna ley hará efectiva ninguna disposición que sea discriminatoria en sí misma o en su efecto.
- (2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados (6), (7) y (8) de este artículo, ninguna persona podrá ser tratada de forma discriminatoria por nadie que actúe en virtud de una ley escrita o que desempeñe las funciones de cualquier cargo público o autoridad pública.
- (3) En esta sección, la expresión “discriminatoria” significa la concesión de un trato diferente a diferentes personas, atribuible total o principalmente a sus respectivas descripciones por raza, tribu, lugar de origen, opiniones políticas, color o credo, por lo que las personas que coinciden con una de estas categorizaciones están sujetas a inhabilidades o restricciones a las que las personas de otra categorización no están sujetas, o se les conceden privilegios o ventajas que no se conceden a las personas de otra categorización.
- (4) El inciso (1) de esta sección no se aplicará a ninguna ley en la medida en que dicha ley disponga respecto de:
 - (a) la asignación de ingresos públicos u otros fondos públicos;

- (b) personas que no son ciudadanos de Botswana;
- (c) la adopción, matrimonio, divorcio, entierro, devolución de la propiedad en la muerte u otros asuntos de la ley personal.

* Disponible en <http://www.chr.up.ac.za/undp/domestic/docs/c_Botswana.pdf>.

Artículo 7 (f) de la Constitución de Gambia (1997)*

7. Las leyes de Gambia

Además de esta Constitución, las leyes de Gambia consisten en

- (a) Las leyes de la Asamblea Nacional dictadas en virtud de esta Constitución y la legislación subsidiaria dictada en virtud de dichas leyes;
- (b) Cualquier orden, norma, reglamento u otra legislación subsidiaria dictada por una persona o autoridad en virtud de un poder conferido por esta Constitución o cualquier otra ley;
- (c) Las leyes vigentes, incluidos todos los decretos aprobados por el Consejo de Gobierno Provisional de las Fuerzas Armadas;
- (d) El derecho común y los principios de equidad;
- (e) El derecho consuetudinario en lo que respecta a los miembros de las comunidades a las que se aplica;
- (f) La *sharia* en lo que respecta a las cuestiones de matrimonio, divorcio y herencia entre los miembros de las comunidades a las que se aplica.

* Reimpreso y disponible en <<https://www.ncce.gm/files/constitution.pdf>>.

CAPÍTULO 7

CAPÍTULO 7

Formas descentralizadas de gobierno

Markus Böckenförde

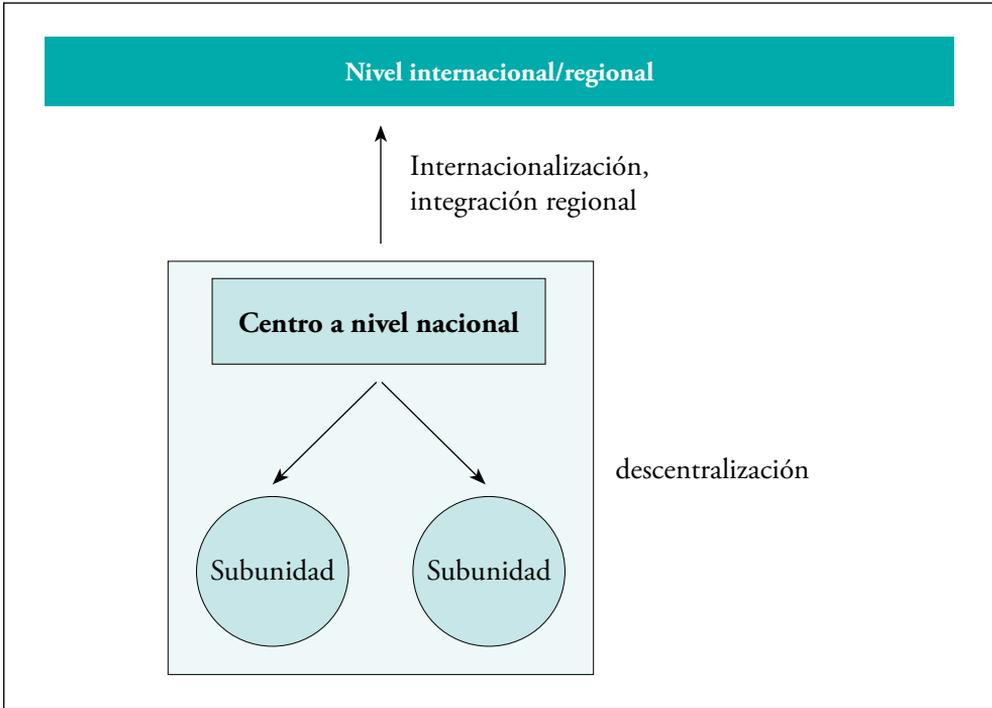
1. Objetivo del capítulo y descripción general

1.1. ¿Qué es la descentralización?

El término “descentralización” engloba una variada gama de fenómenos. Ciertos actores políticos, partes interesadas e instituciones multilaterales consideran que la descentralización es una solución a los problemas de muchos países, particularmente aquellos en situaciones posconflicto. En consecuencia, se han asociado varios conceptos al término “descentralización” y algunos expertos incluso lo han combinado con otros significados. Esta confusión complica la tarea de analizar y aplicar la noción de descentralización al contexto de la elaboración constitucional.

Este capítulo y la Guía de IDEA Internacional, *Guía práctica para la elaboración constitucional*, entiende la “descentralización” como un término genérico para referirse a la dispersión de la autoridad y las facultades gubernamentales desde el nivel nacional hacia otras instituciones ubicadas en otros niveles del gobierno¹ o administración². Así, la descentralización se entiende como un concepto territorial. Las autoridades y facultades se asignan a niveles regionales, provinciales o locales (véase la figura 7.1).

Figura 7.1. Transferencia vertical de facultades hacia una institución internacional o regional



Fuente: M. Böckenförde, *Decentralization from a Legal Perspective: Options and Challenges* [Descentralización desde una perspectiva legal: opciones y desafíos] (Gießen, Alemania: TransMIT, 2010).

La descentralización funciona en dos sentidos. El término es utilizado principalmente para describir la transferencia de poder y autoridad desde el nivel nacional a niveles de gobierno *provinciales* o *locales* dentro de un país. Sin embargo, la descentralización puede ocurrir también mediante la transferencia de facultades hacia arriba, es decir, desde el nivel nacional hacia una institución *internacional* o *regional*³. Esta última forma de descentralización “hacia arriba” suele denominarse “integración regional” o “internacionalización” de ciertas facultades. Aunque la transferencia de autoridad a los órganos internacionales implica un desplazamiento de los poderes centrales, este capítulo se enfoca en los aspectos de descentralización que ocurren *dentro* de un país y solo se refiere de manera breve a los efectos de la “descentralización hacia arriba” y su relevancia para los expertos constitucionales (véase el recuadro 7.1).

“Descentralización” es un término genérico para hacer referencia a la dispersión de la autoridad y las facultades gubernamentales desde el centro en el nivel nacional hacia otras instituciones en otros niveles de gobierno o de la administración.

Recuadro 7.1. Integración regional e internacionalización

La descentralización no solo otorga una oportunidad para dispersar el poder dentro de un país, sino que además permite transferir poder y autoridad al nivel internacional o regional. En la mayoría de los tratados internacionales o regionales, una vez que son ratificados, los países se comprometen a implementar una serie de requisitos internacionales y regionales mediante mecanismos e instituciones adoptados en el nivel nacional. Sin embargo, otros tratados internacionales también establecen instituciones internacionales o regionales autónomas que ejercen ciertas funciones que les son transferidas por los países miembros, como la Unión Africana (UA), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Comunidad de África Oriental, la Liga de los Estados Árabes, etc. Algunas instituciones internacionales o regionales pueden incluso llegar a convertirse en organismos cuasigubernamentales con el tiempo. Durante las últimas décadas, la Unión Europea ha ido adquiriendo de manera paulatina más poder y autoridad de sus Estados miembros, y esta transferencia de facultades ha dado lugar a un gobierno supranacional con autoridad ejecutiva, legislativa y judicial. Históricamente, los procesos continuados de descentralización “hacia arriba” han derivado en la creación de países como Suiza, los Emiratos Árabes Unidos y EE. UU.

La “internacionalización” y la “integración regional” probablemente solo ejercen una influencia indirecta y remota cuando se negocia y redacta una nueva constitución. En general, los gobiernos y parlamentos subsiguientes, en vez de la asamblea constitucional, son los que considerarán suscribir y ratificar los acuerdos internacionales que transfieren poder a órganos supranacionales. Sin embargo, como muestra el caso de España, es posible que estos dos temas tengan que abordarse al mismo tiempo. Después de la muerte del general Francisco Franco, los responsables de la elaboración constitucional en los años 1975-1978 tuvieron que tener en cuenta los potenciales requisitos constitucionales para unirse a la Comunidad Económica Europea (CEE) después de presentar una solicitud de adhesión en 1976.

Más allá de la integración regional, el tema es relevante para los responsables de la elaboración constitucional también a nivel mundial. Los criterios para acceder a la Organización Mundial del Comercio (OMC) o al Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, por ejemplo, exigen que los miembros adopten una estructura constitucional específica. Para ajustarse a algunos requisitos del Estatuto de Roma, como también a la integración a la UE, Alemania tuvo que cambiar algunas disposiciones de su Constitución respecto de la extradición de los ciudadanos alemanes. El Artículo 16 (2)* de la Ley Fundamental ahora dispone: “Ningún alemán podrá ser extraditado a un país extranjero. Cualquier regulación distinta que trate sobre la extradición a un Estado miembro de la Unión Europea o a una corte internacional podrá aprobarse siempre y cuando los principios fundamentales de un Estado de derecho sean observados”. De manera más general, varias constituciones ahora incluyen disposiciones que autorizan

explícitamente la transferencia de soberanía a instituciones internacionales (por ejemplo: los artículos 23 y 24 de la Constitución de Alemania**, el artículo 7 de la Constitución de Singapur***, el artículo 70 de la Constitución de la República Centroafricana (de 2004) y el artículo 2 (A) de la Constitución de Hungría****).

Además de tener en cuenta las oportunidades futuras de “internacionalización” e “integración regional” durante el proceso de redacción constitucional, quienes elaboran las constituciones deben reconocer los poderes ya transferidos a los órganos internacionales y regionales. En situaciones posconflicto (después del final de una guerra civil) o en otros contextos de cambio decisivo (por ejemplo, la transición a la democracia), de acuerdo con el derecho internacional, los responsables de la elaboración constitucional y los nuevos gobiernos deben acatar las obligaciones contraídas con anterioridad. Los redactores de la constitución deben, por lo tanto, entender las obligaciones internacionales particulares que seguirán vinculando al nuevo gobierno.

* Grundgesetz [Ley Fundamental] de la República Federal de Alemania (1949) desde 2010.

** *Ibidem.*

*** Constitución de la República de Singapur (1965) desde 2008.

**** Constitución de la República de Hungría (1949) desde 2007.

La descentralización puede incluir dos facetas: primero, asignar a los niveles subnacionales de gobierno elementos de “autogobierno” mediante los cuales adquieran la autoridad para regular o gestionar ciertas funciones o servicios por sí mismos (por ejemplo: servicios de salud, educación primaria, etc.). Segundo, establecer un sistema de “gobierno compartido” que permita que las entidades subnacionales participen en la elaboración de leyes a nivel nacional, frecuentemente en la cámara alta del poder legislativo nacional o mediante una lista de “poderes compartidos” que permitan que varios niveles de gobierno regulen áreas específicas de manera conjunta. En general ambas facetas forman parte de los planes de descentralización.

1.2. Objetivos de la descentralización

Si bien los motivos tras la descentralización suelen variar de un Estado a otro, los siguientes dos tipos de objetivos son los más comunes:

- diseñar una prestación de servicios eficiente basada en el principio de subsidiariedad: los servicios que pueden proporcionar de forma eficaz los niveles inferiores de gobierno deberían ser responsabilidad de estos últimos; distribuir de manera amplia el poder público, de modo de que el gobierno sea más efectivo y más sensible a las preferencias de la ciudadanía; ampliar el acceso a los servicios de gobierno y a los recursos económicos, e incentivar una mayor participación pública en el gobierno; y
- construir una estructura de gobierno en que diversos grupos puedan vivir juntos de manera pacífica, y permitir a quienes representan a una minoría o grupo

marginado identificar su espacio en el sistema, y de esa manera sustentar la estabilidad del Estado al persuadirlos a mantener su lealtad.

Los objetivos que se aplican en un contexto particular frecuentemente influyen en el diseño de los proyectos de descentralización. Los manuales sugieren que la transferencia de responsabilidades del nivel nacional al nivel *local* de gobierno puede mejorar la prestación de servicios y la rendición de cuentas, mientras que la transferencia de autoridad al nivel *regional, provincial o estatal* puede ser mejor para dar espacio a la diversidad étnica. Sin embargo, el diseño de la forma más adecuada de descentralización debe ser cauteloso y prudente, especialmente en sociedades posconflicto, para evitar los efectos inversos: una estructura local débil y la falta de recursos humanos capacitados pueden llevar a la creación de un gobierno local corrupto e incompetente, mientras que una descentralización étnica mal formulada puede fomentar aún más los movimientos separatistas.

Un objetivo de la descentralización puede ser crear una estructura de gobierno en que diversos grupos puedan vivir juntos de manera pacífica y permitir a quienes representan a una minoría o grupo marginado identificar su espacio en el sistema.

Este capítulo ofrece un menú de opciones para el adecuado diseño y negociación de la descentralización, que no es una prioridad para todos los actores políticos. Algunas partes interesadas en el proceso de elaboración constitucional, por el contrario, pueden aspirar a concentrar el poder en el centro. Controlar el Estado suele dar acceso al poder económico dado que el Estado, especialmente en los países en vías de desarrollo y los países en transición, representa la principal concentración de capital. Así, los agentes del poder compiten fuertemente por controlar el aparato estatal en perjuicio de la prestación eficiente de servicios a nivel local o regional. En efecto, la marginación constante de la periferia es causa de conflictos internos.

Un segundo grupo de desafíos surge de los intentos de adoptar símbolos de Estado radicados en la religión, identidad o tradiciones de una comunidad o grupo étnico específico. Estos gestos de provocación fortalecen la base de poder de los gobernantes, pero al mismo tiempo enajenan a otras comunidades. Los símbolos neutros o un sólido compromiso con las leyes antidiscriminación tendrán el efecto opuesto, pero pueden no inspirar la lealtad deseada entre seguidores o ciudadanos en general⁴.

1.3. Componentes y aspectos de la descentralización

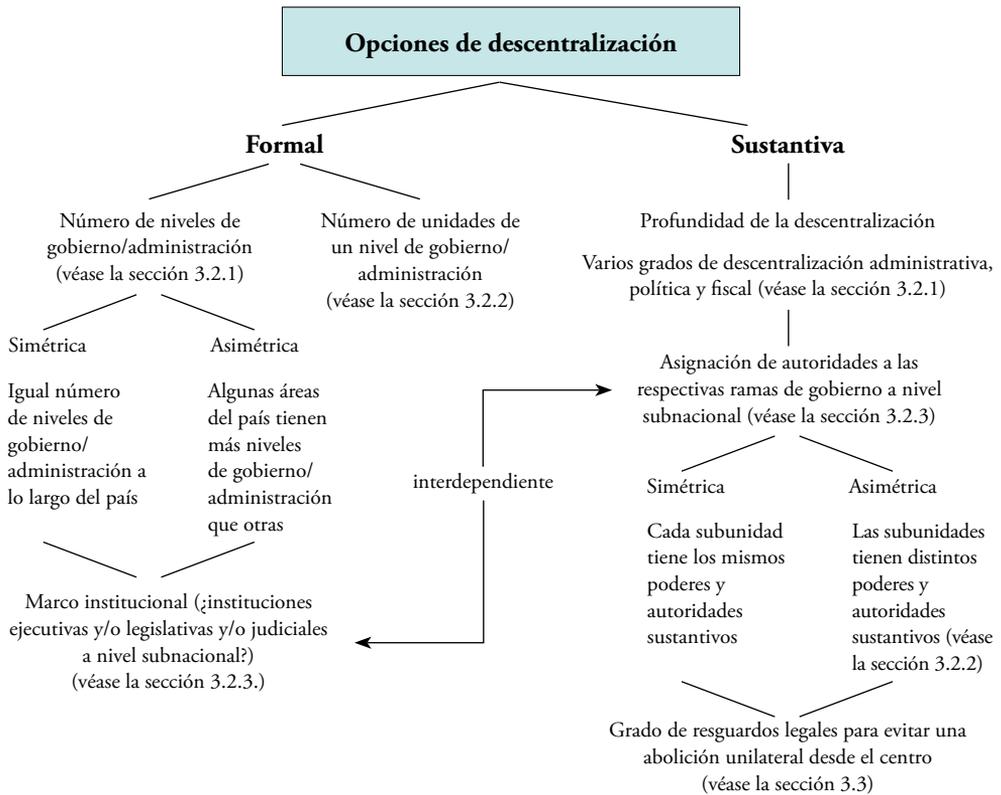
Una forma de gobierno centralizado en su estado más puro concentra los poderes y recursos tanto desde una perspectiva territorial como funcional. Prácticamente no existen gobiernos completamente centralizados, con la posible excepción del Estado Vaticano y otros micro-Estados. Una vez que el gobierno central crea subestructuras o les transfiere poderes o recursos, ocurre una forma de descentralización, que puede darse de varias maneras y ofrecer numerosas opciones para enfrentar los desafíos que

La descentralización puede darse de varias maneras. Existe una amplia variedad de modelos, cada uno con un componente formal y uno sustantivo.

surjan. Existe una amplia variedad de modelos para alcanzar los dos grupos de objetivos mencionados anteriormente, cada uno de los cuales contiene un componente formal y uno sustantivo. En este capítulo se discuten los temas planteados en la figura 7.2.

El componente formal de la descentralización (a veces denominado “descentralización geográfica”) aborda la estructura de gobierno determinando tanto los niveles de gobierno, de local a nacional, como el número de subunidades dentro de cada nivel de gobierno (véase la primera columna de la figura 7.2). En otras palabras, responde al siguiente grupo de preguntas. ¿Cuántos niveles de gobierno o de administración debe tener el país? (véase la sección 3.1.1), ¿cuántas unidades debe comprender cada nivel de gobierno o administración?, por ejemplo, ¿cuántas regiones deben establecerse en el nivel regional? (véase la sección 3.1.2.). Cualquiera de estas preguntas puede responderse con estructuras asimétricas, lo que quiere decir que ciertos niveles de gobierno existen solamente en algunas partes del país, pero no en todas. La siguiente tarea, que es más específica, se refiere al marco institucional de las unidades: ¿debe existir solamente una rama ejecutiva/administrativa que implemente las políticas nacionales? ¿O debe existir también una asamblea legislativa que apruebe políticas regionales, o incluso un poder judicial que se pronuncie sobre la ley regional? (véase la sección 3.2.3.).

Figura 7.2. Opciones de descentralización



Los acuerdos previos y los eventos históricos pueden determinar la estructura territorial y de gobierno que se aplicará. Sin embargo, especialmente después de conflictos violentos o crisis internas, los responsables de la elaboración constitucional pueden reconfigurar esa estructura para reflejar nuevos acuerdos o reformas sustantivas. Algunos ejemplos incluyen a Alemania después de la Segunda Guerra Mundial y Sudáfrica después del *apartheid*. El componente sustantivo (a veces denominado “descentralización funcional”) de la descentralización (véase la última columna de la figura 7.2) mide cómo la estructura formal recibe su contenido sustantivo mediante atribuciones específicas.

El componente formal de la descentralización aborda la estructura de gobierno al determinar tanto los niveles de gobierno —de local a nacional— como el número de subunidades dentro de cada nivel de gobierno y el orden institucional de las unidades. Estos aspectos son interdependientes.

¿Cuáles son los poderes asignados a los niveles inferiores del gobierno? Algunos países pueden tener una estructura formal parecida, pero difieren considerablemente en cuanto a los poderes y competencias asignados a los distintos niveles de gobierno (lo cual suele denominarse “profundidad de la descentralización”). La profundidad de la descentralización varía de un sistema a otro formando un continuo, desde aquellos que se caracterizan por ser centralizados a los altamente descentralizados. Distinguir entre los siguientes tres aspectos de la descentralización permite medir el nivel de la descentralización total: descentralización administrativa, descentralización política y descentralización fiscal (véase la sección 3.2.1). ¿Qué profundidad de descentralización se pretende para un país?

El componente sustantivo de la descentralización mide cómo la estructura formal en realidad tiene mucha autoridad sustantiva, es decir, la profundidad de la descentralización. Puede medirse considerando tres aspectos: descentralización administrativa, política y fiscal.

Aunque la *estructura* formal de la descentralización no determina su profundidad, sí limita sus opciones sustantivas. Como se indicó con la flecha de la figura 7.2, la estructura formal y el poder sustantivo son interdependientes: la asignación de amplios poderes a los niveles inferiores de gobierno requiere la previa existencia de una configuración institucional adecuada. Si, por ejemplo, la estructura formal no provee una asamblea legislativa elegida mediante una votación a nivel subnacional, no podrán asignarse poderes legislativos sustantivos a ese nivel. Así, la creación de ramas de gobierno separadas (ejecutiva, legislativa o judicial) a nivel subnacional influirá en la profundidad de la descentralización, se mida como se mida (véase la sección 3.2).

La viabilidad general de la descentralización depende no solo de la estructura y profundidad de la dispersión, sino también de las garantías jurídicas frente a su revocación unilateral por parte del centro nacional.

La viabilidad general de la descentralización depende no solo de la estructura y profundidad de la dispersión, sino también de si los responsables de la elaboración constitucional

introducen garantías jurídicas contra su revocación unilateral por parte del centro nacional (véase la sección 3.3). En esta etapa, el término “federalismo” se introduce como una forma específica de descentralización. Probablemente, la característica más específica de la estructura federal es la protección legal que otorga a las subunidades, constituyendo un marco jurídico que el centro nacional no puede reformar fácilmente en perjuicio de las subunidades y designando un órgano de control, que generalmente es el poder judicial, para asegurar el cumplimiento del acuerdo constitucional relativo a la descentralización. De esta manera, una estructura constitucional que delinea una relación jurídica federal entre los distintos niveles de gobierno puede contribuir a blindar cualquier acuerdo constitucional frente a cambios unilaterales impulsados por el centro.

2. Importancia del contexto

Se conocen varios medios para diseñar la descentralización de manera que contribuya a resolver dificultades en países susceptibles al conflicto. Sin embargo, los contextos nacionales y regionales específicos pueden tener un impacto adverso y neutralizar los efectos positivos de la descentralización en los conflictos (véase la tabla 7.1). Los estudios empíricos destacan que, si bien algunos países han resuelto conflictos exitosamente mediante la descentralización, otros han fracasado, lo que ocasionalmente ha resultado en conflictos aún más graves. Identificar la forma y el diseño de descentralización adecuados es una de las tareas más desafiantes para los responsables de la elaboración constitucional.

El éxito depende no solo de las características individuales de un país o conflicto, sino también de los agentes del poder involucrados y de su compromiso con la construcción de una nación. Los temas contenciosos pueden variar según el nivel de descentralización. Si bien el traspaso de autoridad al nivel *regional, estatal o provincial* típicamente involucra una lucha por el control y el equilibrio del poder, la autoridad que se descentraliza a los gobiernos *locales* suele versar sobre la prestación de servicios.

La cultura política puede impedir la descentralización, particularmente cuando valora la idea de una autoridad definitiva, ya sea para ciertas instituciones de gobierno o para la “nación” como tal. La percepción de que toda la ley debe aplicarse de manera uniforme a todos, independientemente de la materia, puede complicar el proceso de descentralización aún más, como también el suponer que la ciudadanía le debe lealtad solo al Estado central. El interés propio de los líderes políticos puede exacerbar esos problemas. Para lograr una descentralización efectiva, los líderes de cada nivel de gobierno deben comprometerse con este concepto, particularmente los líderes nacionales, quienes deben ceder poder y autoridad. Los líderes políticos de las minorías o grupos regionales pueden intercambiar la lucha contra el Estado, incluyendo la voluntad de secesión, por la oportunidad de participar

Se puede diseñar la descentralización para resolver desafíos en países susceptibles al conflicto. Sin embargo, los contextos nacionales y regionales específicos pueden tener un impacto adverso. Algunos países han resuelto conflictos exitosamente mediante la descentralización, mientras que otros han fracasado.

de forma pacífica y constructiva en el gobierno del Estado, aunque sea en el nivel subnacional. Tal como se ilustra en la tabla 7.1, los efectos positivos de la descentralización pueden tornarse negativos si los responsables de la elaboración constitucional ignoran el contexto o no se comprometen con la descentralización.

Tabla 7.1. Efectos positivos y negativos de la descentralización

Positivo: la descentralización del poder puede ayudar a:	Negativo: la descentralización del poder puede causar:
<p>... <i>limitar el autoritarismo en el nivel nacional.</i> Algunas formas de descentralización requieren la distribución del poder, de modo que este se disipa verticalmente.</p>	<p>... <i>el fortalecimiento de las élites locales, quienes podrían hacer mal uso del poder.</i> Se puede hacer mal uso del gobierno comunitario o local por atender intereses privados. Es difícil erradicar la corrupción en gobiernos pequeños y potencialmente ineficientes.</p>
<p>... <i>aumentar la capacidad de reaccionar ante las necesidades y preferencias de la población.</i> Es más probable que las comunidades locales respondan a las necesidades locales.</p>	<p>... <i>ineficiencias por carencia de recursos humanos y económicos.</i> Las comunidades pueden ser demasiado pequeñas y verse demasiado abrumadas para cumplir sus funciones de manera adecuada porque no tienen suficientes recursos humanos o económicos.</p>
<p>... <i>manejar tensiones y posibles conflictos en países con una población diversa.</i> La descentralización puede permitir que los grupos minoritarios gocen de algún grado de autogobierno y que adquieran estatus de mayoría en su región. Los líderes políticos de grupos minoritarios pueden ejercer un cargo de liderazgo formalmente reconocido en el nivel local.</p>	<p>... <i>que las élites locales y los políticos exijan mayor autonomía.</i></p> <p>... <i>el establecimiento de nuevas mayorías regionales.</i> Asignarle estatus mayoritario a una minoría nacional en una región específica puede crear nuevas minorías, lo cual tan solo desplaza el problema en vez de resolverlo.</p>
<p>... <i>fomentar enfoques positivos y activos respecto al gobierno y el desarrollo de políticas públicas.</i> Al crear fuentes alternativas de autoridad de gobierno, la descentralización fomenta la competencia, la experimentación y la innovación en las políticas públicas.</p>	<p>... <i>competencia dañina entre distintas regiones.</i> La descentralización puede aumentar la desigualdad y rivalidad entre las regiones, dado que los recursos naturales, industrias y oportunidades de empleo varían por región. Además, una “carrera hacia abajo” puede ocurrir en la medida en que las regiones progresivamente debiliten la regulación para atraer más negocios y capital.</p>

Positivo: la descentralización del poder puede ayudar a:	Negativo: la descentralización del poder puede causar:
<p><i>... estructurar la complejidad del gobierno.</i> Al distribuir poderes entre los gobiernos regionales o locales, la descentralización reparte la carga del gobierno y permite que el centro nacional se enfoque en los desafíos y prioridades principales.</p>	<p><i>... duplicación del trabajo y costos operacionales más altos.</i> La descentralización puede duplicar las funciones de gobierno y dar lugar a políticas públicas ineficientes, superpuestas o contradictorias en distintas partes del país. Los sistemas descentralizados también tienen un costo más alto, puesto que hay más cargos elegidos o remunerados en los distintos niveles de gobierno.</p>

Identificar la forma y el diseño de descentralización que sean adecuados puede ser una de las tareas más desafiantes para los responsables de la elaboración constitucional. El éxito puede depender también de los agentes del poder involucrados y de las dinámicas del sistema de partidos políticos en un país. Los intereses poderosos pueden hacer mal uso del gobierno comunitario o local por atender a intereses privados.

Otra variable importante relacionada con el contexto que influye en la efectividad de la descentralización es la dinámica del sistema de partidos políticos de un país, particularmente cuando los partidos están regionalizados. Por ejemplo, la medida en que partidos nacionales regionalizados o partidos regionales independientes dominen el panorama político regional podría determinar qué tanto se traduce la descentralización en cuanto diseño constitucional en descentralización del poder político⁵.

3. Opciones de diseño

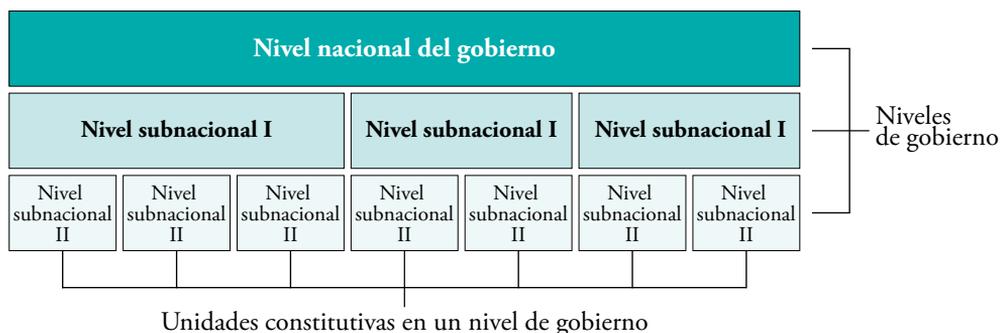
3.1. Configuración de la descentralización: determinación de la estructura formal

La forma en que se configura la descentralización le da la estructura territorial a un país. Se pueden considerar varias preguntas a este respecto:

- ¿Cuántos niveles de gobierno deben operar en un país? ¿Hay razones para agregar o eliminar niveles de gobierno cuando se compara con la estructura de gobierno anterior? ¿Qué consecuencias tendrán tales cambios?
- ¿Deben todos los territorios del país implementar un nivel uniforme de gobierno?
- ¿Cuántas unidades son viables para cada nivel específico? Por ejemplo, en el nivel local, ¿cuántas maximizarían la provisión de servicios de gobierno al costo más bajo?
- ¿Deben (o pueden) los responsables de la elaboración constitucional posponer ciertos aspectos de la descentralización para una etapa posterior?

- En una etapa posterior, ¿qué opciones existen de ajustar la estructura interna descentralizada?

Figura 7.3. Niveles de gobierno



3.1.1. Número de niveles de gobierno

Tres niveles de gobierno/administración suelen dominar la discusión: nacional, regional/provincial/estatal y local. Sin embargo, la realidad no es tan ordenada, dado que el “nivel local”, por ejemplo, puede comprender varios subniveles de gobierno/administración.

Acuerdos previos o eventos históricos pueden haber determinado el número de niveles de gobierno, que suelen ser simétricos a lo largo del país. Sin embargo, ocasionalmente los países han optado por una estructura formal asimétrica, creando más niveles de gobierno en algunas partes del país que en otras (véase la figura 7.4).

El traspaso de autoridad al nivel regional, estatal o provincial típicamente involucra una lucha por el control y equilibrio del poder. Descentralizar la autoridad hacia los gobiernos locales suele relacionarse con la prestación de los servicios.

Figura 7.4. Configuración de los niveles de gobierno en Sudán



En algunos países, el nivel de gobierno inmediatamente debajo del nivel nacional solamente cubre partes del territorio (como en Sudán entre 2005 y 2011⁶, y en Tanzania⁷). En Sudán, por ejemplo, la Constitución Interina creó un nivel de gobierno adicional y único con jurisdicción solo sobre el sur de Sudán (véase la figura 7.4). En

las negociaciones de paz que llevaron a una nueva Constitución Interina de Sudán, los rebeldes del sur exigieron este nivel adicional de gobierno para asegurar, después de décadas de guerra, una región común para las personas del sur de Sudán.

En otros países, el nivel metropolitano de gobierno está directamente bajo el nivel nacional, sin subunidades gubernamentales en medio. En Alemania, por razones históricas, tres ciudades constituyen tanto municipalidades como estados, lo que elimina el tercer nivel de gobierno que existe en otras partes de Alemania (el Primer Ministro o Gobernador de la ciudad-estado de Hamburgo es también el alcalde de Hamburgo) (véase la figura 7.5).

Figura 7.5. Configuración de los niveles de gobierno/administración en Alemania



En otros países, los responsables de la elaboración constitucional insertaron un nivel de administración adicional en las subunidades con territorios más grandes. Esas unidades administrativas apoyan al gobierno en la implementación de sus políticas. En Suiza, los cantones (equivalentes a estados o provincias) tienen distritos como unidades administrativas para implementar las políticas del cantón. Sin embargo, los cantones más pequeños no necesitan que estas unidades administren sus asuntos y, por lo tanto, no tienen distritos administrativos⁸.

Figura 7.6. Configuración de los niveles de gobierno/administración en Suiza



Es importante tener en cuenta que el simple hecho de que exista una estructura asimétrica con varios niveles de gobierno o administración no es en sí mismo un indicador de descentralización. Aunque el nivel adicional de gobierno en Sudán del Sur tiene una

influencia importante en el equilibrio político, dado que tiene poderes sustanciales y fue un prerrequisito para el acuerdo de paz, los niveles administrativos asimétricos de Suiza no tienen ningún impacto real.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden crear subunidades sobre la base de su viabilidad económica y administrativa, de la eficiencia de cada unidad o de su identidad. Un tratado de paz puede exigir que las subunidades de gobierno se basen en la identidad.

3.1.2. Diseño de unidades territoriales dentro de un nivel de gobierno

Además del número de niveles de gobierno/administración, los responsables de la elaboración constitucional deben determinar la cantidad de unidades gubernamentales/administrativas de cada uno de esos niveles. Los criterios que usan los responsables de la elaboración constitucional para construir las subunidades revisten una gran importancia. Aunque estos criterios suelen estar predeterminados por el carácter del conflicto previo, quienes crean las constituciones pueden formar subunidades sobre la base de la viabilidad económica y administrativa, de la eficacia de cada unidad o de la identidad. Puede darse el caso de que no sea posible decidir entre estas opciones según su mérito, porque la ratificación de la constitución podría estar sujeta al éxito de un tratado de paz que de por sí exija que las subunidades de gobierno se determinen sobre la base de la identidad (Bosnia y Herzegovina, Sudán, etc.). La determinación de las subunidades a partir del criterio de identidad podría generar un ciclo de dispersión del poder central, ya que tal subunidad podría exigir mayores y continuas concesiones que fortalezcan su propia identidad (como Cataluña, en España). Las subunidades creadas a partir de la identidad podrían dar lugar a nuevas minorías, dado que las subunidades territoriales rara vez contienen una sola identidad. Si no se consideran los intereses de esta nueva minoría, ello podría dar lugar a un nuevo conflicto. Por un lado, optar por el “tamaño óptimo” desde un punto de vista económico, exclusivamente sobre la base de criterios como la infraestructura, la geografía, los recursos y las capacidades, no garantiza un gobierno efectivo y eficiente. Si los conflictos y la marginación etnopolíticos se replican en la subunidad según su demarcación, no se resolverán los conflictos, sino que meramente se traspasarán a un nivel inferior. Así, es necesario considerar una variedad de enfoques para crear unidades económicamente viables que sean aceptadas por las poblaciones relevantes⁹. El constante debate en Nepal sobre los criterios para la delimitación de sus líneas de demarcación internas ilustra los desafíos asociados con la resolución de estos temas (véase el recuadro 7.2).

Recuadro 7.2. Debate sobre la configuración de un sistema de gobierno descentralizado en Nepal*

En Nepal, el Comité sobre la Reestructuración Estatal y Distribución del Poder del Estado ha debatido el número, los nombres y los límites de los estados de la futura estructura descentralizada/federal. Este debate ha incluido la delineación

de subunidades a partir de la identidad, la viabilidad económica y administrativa, la distribución de recursos y otros factores. Dados estos parámetros, se crearon dos mapas alternativos, uno con 14 provincias y otro con 6 provincias.

* Véase Centro de Diálogo Constitucional de Nepal (CCD), *Informe sobre el proceso constitucional y el CCD*, 18 de enero de 2010.

Otro tema importante es si la constitución debería incluir una opción para alterar las líneas de demarcación internas después de su ratificación y, de ser así, quién podría participar en tal proceso. Esta pregunta se vuelve más delicada en la medida en que tales líneas de demarcación crean entidades de autogobierno en vez de distritos administrativos. Este proceso incluye dos aspectos: el derecho a iniciar el proceso y el derecho a decidir. En sistemas fuertemente centralizados, ambos aspectos pertenecen exclusivamente a una institución nacional, como por ejemplo la asamblea legislativa, mediante la propuesta y aprobación de una ley ordinaria (Benin¹⁰). Otra constitución puede establecer que una ley que altere las líneas de demarcación internas no solo requiera una mayoría en la asamblea legislativa nacional, sino, además, una mayoría de dos tercios de aquellos representantes que pertenezcan a los grupos afectados (Bélgica¹¹). Otros países requieren que las asambleas legislativas de las regiones afectadas den su consentimiento al nuevo trazado (Malasia¹²). Además de un voto legislativo nacional y subnacional, una constitución puede requerir el apoyo ciudadano por medio de un referéndum en las subunidades (Suiza¹³).

3.2. Profundidad de la descentralización

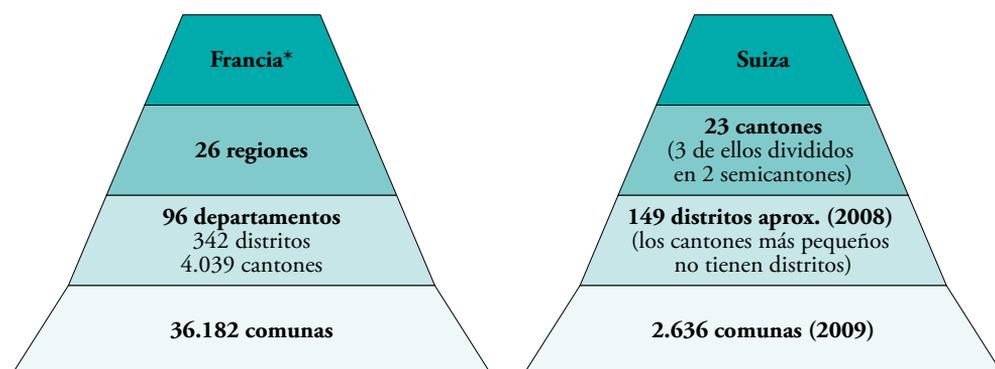
Más allá de la estructura formal de la descentralización, los responsables de la elaboración constitucional deben considerar también la profundidad de la descentralización (también denominada descentralización sustantiva en este capítulo), que está determinada por los poderes reales que se transfieren desde el centro hacia los niveles inferiores de gobierno. Los siguientes temas deben revisarse con detenimiento antes de determinar la profundidad de la descentralización.

- ¿Cuáles funciones administrativas, políticas y económicas deben descentralizar los responsables de la elaboración constitucional, y en qué nivel de gobierno?
- ¿Deben delegar poderes de manera igualitaria a lo largo del país o de manera asimétrica según el contexto específico (densidad de población, minorías, etc.)?
- ¿Es necesario que algunos niveles actúen como meros agentes administrativos de un nivel superior? ¿Los otros niveles de gobierno deben tener autoridad para autogobernarse?
- ¿Cuáles de las tres ramas de gobierno deben quedar establecidas en los niveles inferiores?

En la figura 7.7 se ilustra la estructura formal de la descentralización en Francia y Suiza. Aunque parecen similares, Francia —incluso después de las reformas de descentralización de 1982— tiene un gobierno mucho más centralizado que Suiza, que se considera uno de los países más descentralizados del mundo. Las pirámides destacan que la estructura

formal de un gobierno no determina el nivel sustantivo de descentralización, sino que la profundidad de la descentralización más bien depende de los poderes y recursos asignados a los distintos niveles de gobierno. Por ejemplo, los cantones en Suiza tienen autoridad y poderes autónomos considerablemente más amplios que las regiones en Francia, como se refleja, por ejemplo, en la autoridad significativa de los cantones para recaudar impuestos. Aunque los distritos de Suiza son unidades puramente administrativas que apoyan la implementación de las políticas de los cantones, sus líderes son elegidos, mientras que en Francia la presidencia nombra a los “prefectos” franceses que funcionan como agentes en los *départements* e implementan las políticas públicas del gobierno central.

Figura 7.7. Estructuras de descentralización en Francia y Suiza



* No se consideran las comunas de Francia de ultramar.

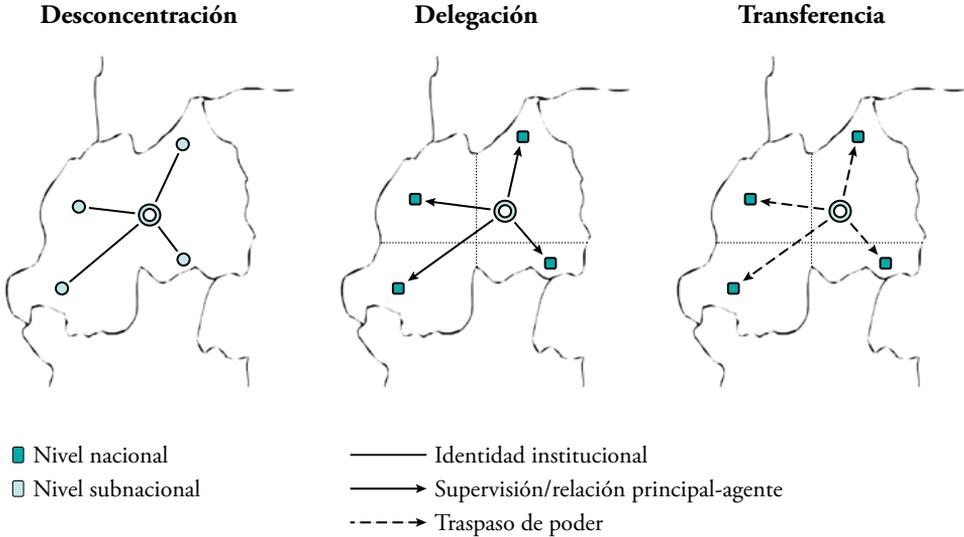
3.2.1. Dimensiones administrativas, políticas y fiscales de la descentralización

La descentralización sustantiva se refiere a la asignación de autoridad y poder a los distintos niveles de gobierno. El grado de descentralización varía a lo largo de un continuo entre los distintos sistemas, desde los que se caracterizan por tener un sistema altamente centralizado hasta los que están profundamente descentralizados. Para medir el nivel de descentralización de forma precisa se deben considerar tres elementos centrales: descentralización administrativa, política y fiscal. La descentralización administrativa guarda relación con el nivel de autonomía de las entidades gubernamentales no centrales con respecto al gobierno central. La descentralización política mide el grado en el que los gobiernos centrales permiten que las subunidades gubernamentales asuman las funciones políticas de gobierno, como la representación. Por último, la descentralización fiscal se refiere al grado en que el gobierno central cede su responsabilidad fiscal a las unidades subnacionales. Si bien la distinción de estos tres elementos facilita la observación, una descentralización efectiva requiere que las tres funcionen de manera coordinada. La descentralización de la autoridad será superficial si, por ejemplo, la descentralización administrativa y fiscal no apoya y sigue a la descentralización política. Estas tres dimensiones se discuten en detalle a continuación.

Descentralización administrativa

La descentralización administrativa puede darse de tres formas: “desconcentración”, “delegación” y “transferencia”. Cada uno de estos términos incluye un grado adicional de autonomía administrativa (véase la figura 7.8).

Figura 7.8. Desconcentración, delegación y transferencia



Fuente: M. Böckenförde, *Decentralization from a Legal Perspective: Options and Challenges* [Descentralización desde una perspectiva legal: opciones y desafíos] (Gießen, Alemania: TransMIT, 2010).

La desconcentración ocurre cuando el gobierno central desplaza la responsabilidad de implementar una política pública a sus funcionarios sobre el terreno. Esta transferencia altera la distribución geográfica de la autoridad, pero las responsabilidades y el poder se mantienen en el centro. La desconcentración no desplaza autoridad real a los niveles inferiores de gobierno, por lo cual no crea niveles adicionales de gobierno. Por ejemplo, las escuelas secundarias son un tema nacional, gobernado por la ley nacional e implementadas por agencias nacionales: la construcción de colegios, su administración, la elaboración del currículo, la contratación y la remuneración de profesores se hacen a nivel nacional. Sin embargo, dado que los colegios no están solamente en la capital, sino repartidos a lo largo del país, los funcionarios públicos nacionales y los profesores son enviados a todos esos lugares para administrar y manejar estos aspectos sin cambiar por ello su naturaleza como institución nacional.

Existe la descentralización administrativa, política y fiscal. Una descentralización efectiva requiere que las tres funcionen de manera coordinada.

La delegación requiere que el gobierno central remita la toma de decisiones y las responsabilidades administrativas de varias funciones públicas a otro nivel de gobierno. La delegación implica una relación entre principal-agente, con el gobierno central como el “principal” (o representado) y la institución local como agente (o representante).

El grado de supervisión varía y puede incluir un control central considerable, dando poca discrecionalidad a los niveles inferiores. Por otro lado, el gobierno podría asignar la totalidad de la administración e implementación de las políticas públicas a las subunidades, siempre que cumplan con las directrices formales establecidas para ello. Por ejemplo, las escuelas secundarias siguen siendo instituciones nacionales gobernadas por la legislación nacional, pero su implementación recae en las subunidades, bajo la supervisión general del Ministerio de Educación nacional.

La transferencia representa la forma más potente de descentralización e involucra el traspaso o desplazamiento de una cartera de competencias a los gobiernos regionales o locales. Nuevamente, existen varios modelos. La cartera puede incluir poderes limitados para implementar un grupo de leyes nacionales sobre un área específica, con un nivel de discrecionalidad importante. Otra opción es que se parezca más a un autogobierno, en el sentido de que la subunidad en cuestión ejerce poderes legislativos, adoptando reglas y normas, y formulando políticas y estrategias. Según el grado de transferencia, es posible que el gobierno central pueda interferir solo de manera limitada. La transferencia debe ir acompañada de un grado de descentralización política, dado que el gobierno central ya no tiene autoridad sobre las subunidades y es el electorado quien debe asumir esa responsabilidad votando en las elecciones populares. Por ejemplo, las escuelas nacionales son un tema subnacional, gobernado por leyes subnacionales e implementado por agencias subnacionales: la construcción de colegios, su administración, la elaboración del currículo, la contratación y la remuneración de profesores, todo está a cargo del nivel subnacional. Estas unidades coordinan entre sí una política de educación coherente para el país.

Descentralización política

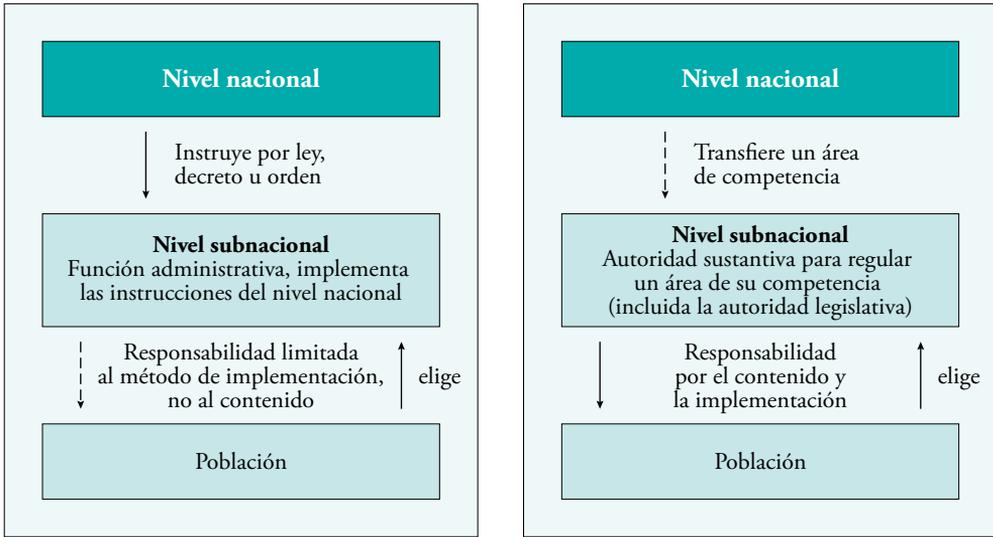
La descentralización política engloba dos elementos: (a) el traspaso del poder para elegir y nombrar a los funcionarios locales desde el gobierno central hacia los gobiernos locales y (b) el traspaso de autoridad para estructurar el gobierno en el nivel regional o local. El primer elemento, que puede denominarse descentralización electoral, permite a la ciudadanía elegir a los representantes que cumplirán sus funciones en subunidades regionales o locales. Sin embargo, incluso con el poder para elegir a los funcionarios locales, los ciudadanos solamente podrán influir en las políticas públicas de manera limitada si estas se siguen decidiendo en un nivel más alto. Por ejemplo, aunque los ciudadanos eligen al Jefe de Distrito suizo, su mandato se extiende solamente a la implementación de directrices administrativas de los cantones. La ciudadanía puede responsabilizar así al representante solamente por la implementación, pero no por las políticas sustantivas que se desarrollan en los cantones.

La descentralización administrativa puede implicar desconcentración, delegación o transferencia.

La promoción del segundo elemento de la descentralización política requiere, además de permitir a los votantes elegir a sus líderes locales, un arreglo estructural y una práctica que empodera al nivel local para formular, monitorear y evaluar la tarea trasladada del centro nacional. Esto puede hacerse incluso mediante órganos legislativos o cuasilegislativos

cuya competencia se extiende al diseño y la elaboración de temas de políticas públicas trasladadas desde el gobierno nacional.

Figura 7.9. Ejemplos de descentralización política



Fuente: M. Böckenförde, *Decentralization from a Legal Perspective: Options and Challenges* [Descentralización desde una perspectiva legal: opciones y desafíos] (Gießen, Alemania: TransMIT, 2010).

Descentralización fiscal

La descentralización fiscal determina el grado de autonomía económica. Sin recursos económicos suficientes, las autoridades regionales o locales no podrán llevar a cabo sus tareas de manera adecuada, lo que debilita la rendición de cuentas y la legitimidad. Además, la omisión o postergación de la descentralización fiscal suele convertir en ineficientes los otros aspectos de la descentralización.

Tres elementos principales destacan en el diseño fiscal en los Estados descentralizados: (a) la asignación de responsabilidad para los gastos (qué nivel desembolsa el dinero),

(b) la asignación de responsabilidad por la recaudación de ingresos (qué nivel recauda los impuestos) y (c) transferencias intergubernamentales (de qué modo los distintos niveles de gobierno comparten los ingresos y compensan los desequilibrios). Para garantizar una administración efectiva, la habilidad de asignar tareas y competencias debe acompañar a la asignación de

La omisión o postergación de la descentralización fiscal suele hacer ineficientes otros aspectos de la descentralización. La asignación de responsabilidad por el gasto debe acompañar a la asignación de tareas y competencias.

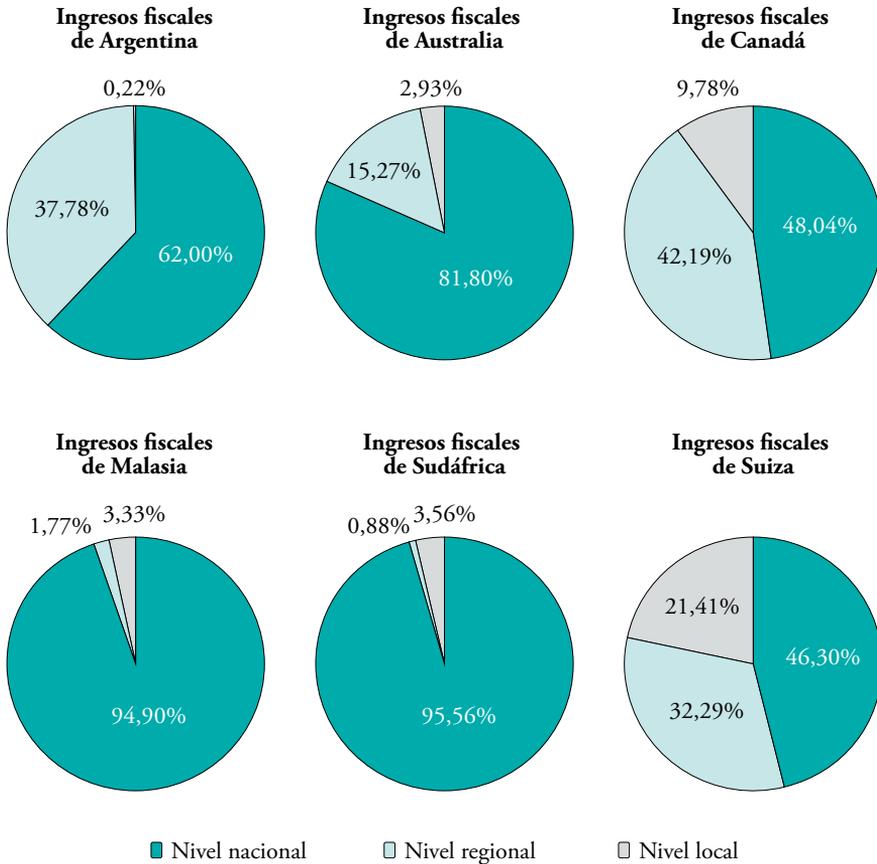
responsabilidad por el gasto; en otras palabras, el nivel de gobierno que realiza una tarea debe ser responsable de pagarla. Podría pensarse que la responsabilidad del gasto suele correlacionarse con la responsabilidad de obtener los ingresos, o con el poder de recaudar impuestos, pero eso no ocurre en ninguna parte. Hay buenas razones para encontrar el equilibrio correcto a este respecto. Si la constitución asigna la mayor parte de la autoridad fiscal a los gobiernos locales o regionales, el gobierno nacional carecerá de los elementos necesarios para la gestión macroeconómica. De igual manera, asignar toda la autoridad fiscal al gobierno nacional también puede tener consecuencias indeseables. Al separar la autoridad del gasto de la responsabilidad de obtener los ingresos se oscurece el vínculo entre los beneficios del gasto público y su coste, es decir, los impuestos recaudados para financiarlos, de manera que la separación no fomenta la responsabilidad fiscal entre políticos regionales y locales y su electorado.

Los responsables de la elaboración constitucional deben por tanto considerar los siguientes dos principios al determinar la asignación de la autoridad para gastar y recaudar impuestos a los gobiernos regionales o locales: (a) los ingresos que se asignen al nivel regional o local deben ser suficientes, *al menos* para los gobiernos regionales o locales adinerados, para financiar los servicios que se vayan a prestar a nivel local principalmente en beneficio de los residentes locales, y (b) el gobierno local debe poder recaudar ingresos a nivel subnacional de entre los residentes locales por los beneficios recibidos de los servicios locales. Garantizar la vinculación entre los impuestos pagados y los beneficios recibidos fortalece la responsabilidad de los funcionarios locales y por tanto también la prestación de los servicios de gobierno.

Como se destacó anteriormente, suele existir un desequilibrio entre el gravamen y el gasto, ya que el nivel nacional recauda la mayoría de los impuestos, pero asigna importantes responsabilidades de gasto al nivel regional o local, cuyos gobiernos deben gastar más de lo que recaudan a título de ingresos. Surgen así los llamados desequilibrios verticales, o déficits fiscales previos a las transferencias. Los desequilibrios horizontales, aquellos que ocurren entre niveles subnacionales, también existen. Suele ocurrir que los gobiernos de los niveles subnacionales no tienen la misma capacidad para adquirir ingresos, pues es imposible que las personas adineradas vivan en cada región. Además, las distintas regiones incurren en gastos distintos: algunas proveen servicios adicionales o simplemente tienen más población. Debido a estos desequilibrios es necesario transferir fondos a nivel intergubernamental, de manera vertical si los pagos van desde el centro nacional hacia los niveles subnacionales, u horizontal si es entre dos unidades subnacionales. El término “subvención” hace referencia a las transferencias intergubernamentales de fondos desde niveles superiores hacia niveles inferiores de gobierno. Según el tipo de subvención (subvención de propósito general, subvención específica, subvención de asistencia o subvención suplementaria) y las condiciones ligadas a la misma, dichas transferencias pueden incrementar la autonomía de los subniveles.

Suele ocurrir que los gobiernos de los niveles subnacionales no tienen la misma capacidad para adquirir ingresos, y puede que sea necesario que se realicen transferencias de dinero intergubernamentales desde el gobierno nacional hacia los gobiernos del nivel subnacional.

Figura 7.10. Competencias de recaudación de ingresos: ejemplos de seis países



Fuente: Fondo Monetario Internacional, *Government Finance Statistics Yearbook 2008* [Anuario de Estadísticas Financieras de Gobierno, 2008], XXXII (Washington, D. C.: FMI, 2008).

3.2.2. Descentralización simétrica y asimétrica

La profundidad de la descentralización administrativa, política y fiscal no tiene por qué ser simétrica a lo largo del país. La descentralización asimétrica puede ser una herramienta política eficiente. Si los responsables de la elaboración constitucional están de acuerdo con la descentralización como mecanismo para mitigar conflictos internos entre regiones específicas, entonces tiene sentido asignar autoridad autónoma solamente a esas regiones específicas. Hay algunos ejemplos en Finlandia (Åland), Indonesia (Aceh), Italia (Tirol del Sur), Malasia (Borneo), Filipinas (Mindanao), Sudán (Sudán del Sur) y Tanzania (Zanzíbar). Algunos de estos esquemas combinan diferencias en cuanto a la profundidad *sustantiva* de la descentralización con una estructura asimétrica *formal* ya existente en el país, como en Sudán y Tanzania. Sin embargo, a menudo la constitución otorga a ciertas regiones una autoridad mayor en materia de idioma o cultura, por ejemplo, a la vez que mantiene una estructura formal simétrica. Algunos ejemplos de esto son Indonesia¹⁴

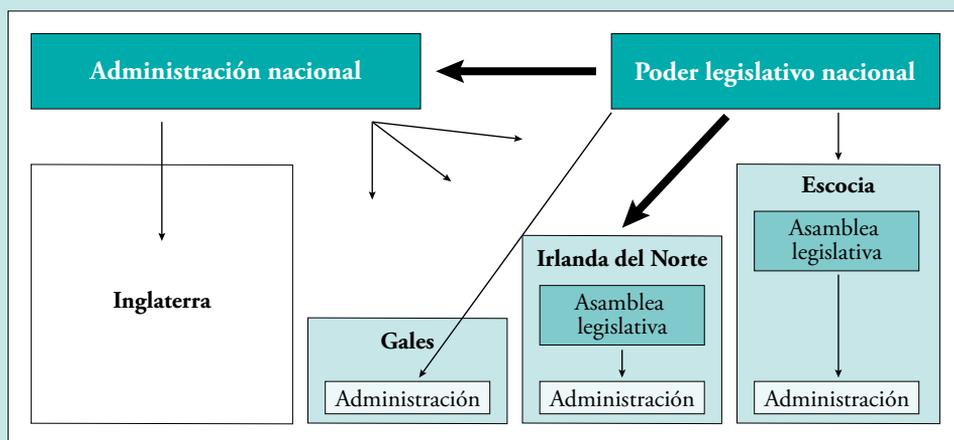
o Filipinas¹⁵. Los nacionalistas a favor de un Estado centralizado suelen oponerse a acuerdos asimétricos que discriminan entre regiones sobre la base de la identidad étnica o la religión, argumentando que tales acuerdos aumentan el riesgo de fragmentación y promueven el irredentismo. Pero las regiones minoritarias que históricamente han sido marginadas y discriminadas suelen exigir un estatus autónomo como condición para apoyar la constitución. Según el poder político relativo de los actores involucrados, los esquemas asimétricos varían considerablemente. Algunos países han presentado distintos diseños de descentralización para distintas regiones. El Reino Unido y España son buenos ejemplos de la variedad de opciones de diseños de descentralización (véanse los recuadros 7.3 y 7.4).

Recuadro 7.3. Caso de estudio: Descentralización asimétrica en el Reino Unido



El Reino Unido ha aplicado varios diseños de descentralización a Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Mientras en Inglaterra el parlamento británico aprueba las leyes que la administración nacional implementa, las otras tres regiones gozan de varios niveles de delegación.

Escocia tiene un parlamento y un poder ejecutivo basado en el modelo Westminster. Según la Ley de Escocia de 1998, el parlamento escocés puede aprobar leyes* y el ejecutivo puede emitir decretos administrativos (que suelen denominarse legislación secundaria) en todas las áreas que no están reservadas al parlamento británico. Si bien la ley permite que el parlamento británico legisle de manera concurrente en las áreas delegadas, lo hará solamente previa solicitud al parlamento escocés (Convención de Sewel).



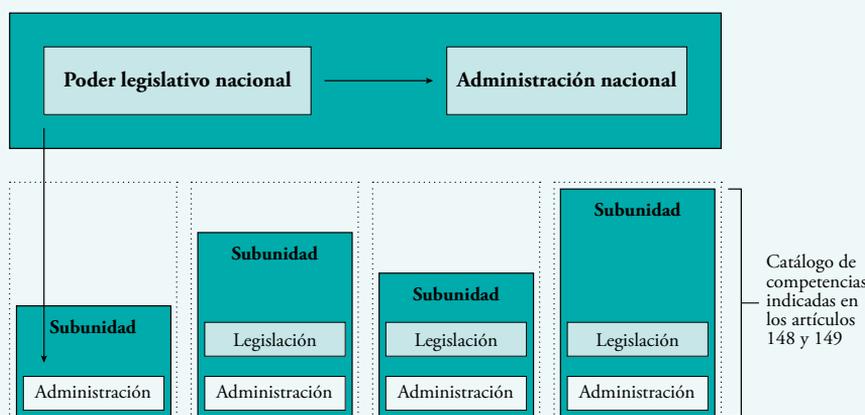
La Ley del Gobierno de Gales de 1998 delega poderes en ciertas áreas a la Asamblea Nacional de Gales, poderes que ejercían anteriormente ministros británicos. Pero el parlamento británico aún aprueba la legislación primaria para Gales, incluso en las áreas delegadas, lo que limita el rol de la Asamblea a la aprobación de órdenes y regulaciones administrativas.

La delegación en Irlanda del Norte ha estado inextricablemente ligada al proceso de paz. Los problemas surgidos ahí han motivado al parlamento británico a suspender cuatro veces la Asamblea y el Ejecutivo de Irlanda del Norte, de las cuales la más reciente fue en octubre de 2002. Cuando está en sesión, la Asamblea de Irlanda del Norte puede ejecutar legislación primaria y delegada en las áreas de política transferidas desde el parlamento británico, que aún legisla sobre áreas “exceptuadas” y “reservadas”. A menos que el parlamento británico enmiende la Ley de Irlanda del Norte de 1998, seguirá gobernando en áreas “exceptuadas”. En contraste, el parlamento británico puede transferir temas “reservados” mediante orden en una fecha posterior si hay consentimiento transcomunitario. Esta triple división de responsabilidades es exclusiva y única para la delegación de Irlanda del Norte.

* Además, el parlamento escocés tiene el poder de alterar la tasa estándar del impuesto a la renta hasta un 3 por ciento en relación con el nivel del Reino Unido (aunque hasta el momento no ha usado este poder). Véase M. Böckenförde, J. Schmidt y V. Wiesner, *Max Planck Manual on Different Forms of Decentralization* [Manual Max Planck sobre las distintas formas de descentralización] 3.^a edición (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009), pág. 46.

La Constitución de España ofrece otro enfoque que suele denominarse “descentralización a la carta”. Después de 40 años de centralización totalitaria bajo la dictadura del General Franco, quienes redactaron la constitución crearon un mecanismo único para acomodar la diversidad del país a la Constitución de 1978. Lo novedoso de esta constitución es que dispuso de un sistema constitucional en que las distintas provincias/municipalidades podían obtener un alto nivel de autonomía a ritmos distintos, dependiendo en parte de su propia iniciativa. Territorialmente, España está organizada “en municipios, en provincias y en las Comunidades autónomas que se constituyan” (artículo 137). El acceso a la autonomía es un derecho voluntario de los municipios y provincias, y la constitución especifica cómo se puede ejercer este derecho y cómo lograr el estatus de Comunidad Autónoma. El artículo 148 lista los poderes de las Comunidades Autónomas. Además, conforme al artículo 150, el gobierno nacional puede transferir poderes incluidos en su propia lista (en el artículo 149) a las Comunidades Autónomas¹⁶.

Recuadro 7.4. Caso de estudio: Descentralización a la carta en España



3.2.3. ¿Qué tipos de poderes asignar a qué nivel de gobierno?

Los responsables de la elaboración constitucional determinarán la profundidad de la descentralización y su estructura institucional canalizando las facultades de los tres poderes del Estado en el nivel regional o local. El primer paso, como se mencionó anteriormente, es decidir cuál rama de gobierno se debe establecer en los distintos niveles de gobierno o administración (véase la tabla 7.2). Solo pueden transferirse poderes sustantivos a un nivel inferior de gobierno si el diseño institucional provee a esos niveles de una asamblea legislativa o poder judicial.

Tabla 7.2. ¿Qué tipos de poderes a qué nivel de gobierno?

	Ejecutivo	Legislativo	Judicial
Nivel nacional	✓	✓	✓
2º nivel (por ejemplo, subunidades, regiones, etc.)	¿?	¿?	¿?
3º nivel (por ejemplo, nivel local)	¿?	¿?	¿?

Como se ilustró con el Reino Unido, el segundo nivel de gobierno puede tener solamente un ejecutivo, como en Gales, o una rama de gobierno ejecutiva y legislativa, como en Escocia. Otros países, como India y EE. UU., han establecido ramas judiciales autónomas en los niveles subnacionales, las cuales son responsables de pronunciarse sobre temas y disputas que conciernen a las leyes subnacionales.

El segundo paso es identificar en la constitución las tareas y facultades que ejercerán un poder ejecutivo, una asamblea legislativa o un poder judicial autónomos.

Los responsables de la elaboración constitucional deben determinar cuáles de los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo o judicial) se establecerán en los distintos niveles de gobierno. La adecuada distribución de las responsabilidades dependerá de la tarea en cuestión.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden estimar necesario diseñar autoridades ejecutivas, legislativas y judiciales para los distintos niveles de gobierno. La adecuada distribución de las responsabilidades dependerá de la tarea en cuestión, y de si esta es más parecida a redactar una ley (función legislativa), implementar o ejecutar la ley (función ejecutiva), o interpretar y aplicar la ley (función judicial).

Descentralización de las facultades legislativas

Para descentralizar las funciones legislativas se requiere considerar cuáles niveles de gobierno deben redactar leyes sobre asuntos determinados (por ejemplo, servicios públicos) y si tal autoridad debe ser exclusiva o compartida entre los distintos niveles de gobierno.

Una constitución puede asignar autoridades legislativas de manera exclusiva al nivel nacional o al nivel subnacional. Tal asignación comprende dos desafíos. Particularmente después de un conflicto violento debido a la marginación de ciertas regiones, las facciones opuestas probablemente no estarán de acuerdo en asignarle poder de manera exclusiva a ningún nivel de gobierno. El segundo desafío es más práctico: hacer solamente uso de poderes exclusivos puede ignorar que, inevitablemente, suele haber alguna superposición de materias y jurisdicción en varias áreas de regulación. Muchas constituciones, en un intento por flexibilizarse, han optado por distribuir los poderes legislativos de manera concurrente entre los gobiernos nacionales y regionales.

¿Qué niveles de gobierno pueden crear leyes? ¿Esta autoridad está radicada exclusivamente en un nivel o la comparten varios niveles de gobierno? Particularmente después de un conflicto violento causado por la marginación de ciertas regiones, las facciones opuestas probablemente no estarán de acuerdo con asignarle poder de manera exclusiva a ningún nivel de gobierno.

Los poderes concurrentes pueden operar de maneras distintas. Dada la superposición vertical de poderes concurrentes en las asambleas legislativas nacionales y regionales, surgirá la pregunta de cuál normativa debe prevalecer. Generalmente, la constitución prioriza el poder legislativo nacional. Los críticos regionales pueden argumentar, con alguna razón, que las áreas de jurisdicción concurrente son simplemente áreas dominadas por la legislación nacional, la cual, a la larga, prevalece sobre la legislación regional. Pero la prioridad nacional puede

estar sujeta a ciertas condiciones. La Constitución de Alemania, por ejemplo, otorga supremacía solamente a la legislación nacional que es “necesaria” y “para el interés nacional”: Siempre y cuando el establecimiento de condiciones de vida equivalentes a lo largo del territorio federal o el mantenimiento de la unidad legal o económica haga que la regulación federal sea necesaria para el interés nacional¹⁷.

Otras constituciones sostienen posturas distintas. Canadá constituye una sola y notable excepción a la supremacía nacional: cuando la ley provincial y nacional entran en conflicto prevalecerá la ley provincial¹⁸, como ha ocurrido con las leyes sobre las pensiones de jubilación. Otro enfoque empodera al poder legislativo nacional para redactar un marco nacional, mientras que las asambleas legislativas regionales se encargan de completar los detalles según las circunstancias locales (lo que a veces se denomina legislación marco o poderes compartidos). Otras constituciones han adoptado una tercera modalidad para catalogar los poderes concurrentes, que consiste esencialmente en permitir que ambos niveles de gobierno rijan de manera simultánea. Las medidas constitucionales de resolución de disputas solo entrarán en juego, de acuerdo con su aplicación judicial en casos concretos (Sudán), si la legislación nacional y regional están en conflicto directo.

La Constitución de Sudáfrica provee un grupo de disposiciones diligentemente redactadas sobre cómo resolver posibles conflictos en las áreas funcionales donde hay poderes concurrentes (véase el recuadro 7.5).

Recuadro 7.5. Poderes concurrentes: el ejemplo sudafricano

Artículo 146 de la Constitución de Sudáfrica

Conflictos entre la legislación nacional y provincial

- (1) Esta sección es aplicable a los conflictos entre la legislación nacional y provincial que caen dentro de un área funcional enumerada en la Parte 4 [poderes concurrentes].
- (2) La legislación nacional que sea aplicable de manera uniforme a todo el país prevalece sobre la legislación provincial si se da cualquiera de las siguientes condiciones:
 - (a) La legislación nacional trata un tema que no puede ser regulado de manera efectiva por la legislación aprobada por las provincias a título individual.
 - (b) La legislación nacional trata una materia que, para ser tratada de manera efectiva, requiere uniformidad a lo largo de la nación, y la legislación nacional proporciona dicha uniformidad al establecer:
 - (i) normas y estándares
 - (ii) marcos regulatorios
 - (iii) políticas nacionales.
 - (c) La legislación nacional es necesaria para:
 - (i) Mantener la seguridad nacional;
 - (ii) Mantener la unidad económica;
 - (iii) Promover el mercado común respecto de la movilidad de bienes, servicios, capital y trabajo;
 - (iv) Promover actividades económicas a través de los límites provinciales;
 - (v) Promover la igualdad de oportunidades o el acceso igualitario a los servicios de gobierno; o
 - (vi) Proteger el medioambiente.

- (3) La legislación nacional prevalece sobre la legislación provincial si la legislación nacional está orientada a prevenir actos poco razonables por parte de una provincia que:
 - (a) Son perjudiciales a los intereses económicos, de salud o seguridad de otra provincia o del país en su conjunto; o
 - (b) Impiden la implementación de la política nacional económica.
- (4) Cuando hay una disputa sobre si la legislación nacional es necesaria para alguno de los propósitos establecidos en la sección (2) (c) y la disputa es llevada ante un tribunal para que la resuelva, el tribunal debe considerar debidamente la aprobación o rechazo de la legislación por parte del Consejo Nacional de Provincias.
- (5) La legislación provincial prevalece sobre la legislación nacional si las secciones (2) o (3) no son aplicables.
- (6) Una ley creada en términos de una ley del parlamento o ley provincial puede prevalecer solamente si ha sido aprobada por el Consejo Nacional de Provincias.
- (7) Si el Consejo Nacional de Provincias no toma una decisión dentro de los 30 días siguientes a la primera sesión celebrada desde que le fue remitida una ley, dicha ley debe considerarse aprobada por el Consejo.
- (8) Si el Consejo Nacional de Provincias no aprueba una ley a la que se hace referencia en la sección (6), debe comunicar a la autoridad que le remitió dicha ley, dentro de los 30 días siguientes a su decisión, las razones por las que la ley no fue aprobada.

Fuente: Constitución de Sudáfrica (1996) desde 2007, <<https://www.constitutionnet.org>>.

Una opción es empoderar al poder legislativo nacional para que redacte un marco normativo nacional, dejando que las asambleas legislativas regionales completen los detalles según las circunstancias locales.

Para evitar una situación en que ninguno de los niveles de gobierno tiene el poder para asumir una tarea específica, uno de los niveles normalmente es declarado titular de un poder general o residual. En algunos países el nivel nacional está investido del poder residual (Canadá, India), mientras que en otros se encuentra en las subunidades (Alemania y EE. UU.).

Existen distintos métodos para distribuir los poderes en la constitución. Algunos países aplican un sistema de poderes enumerados, es decir, la constitución enumera los poderes nacionales. Como las subunidades tienen el poder residual, no es necesario enumerar sus poderes de modo específico. Un sistema más común es el de catálogos de poderes: la constitución registra los poderes del nivel nacional y del nivel de subunidad, una lista de poderes concurrentes y compartidos, y puede proponer una lista para los niveles inferiores de gobierno.

El grado de asignación sustantiva de poderes a las subunidades legislativas depende de la diversidad de cada país. Muchos criterios (geográficos, históricos, religiosos,

económicos y demográficos) han influido a las personas a cargo de las negociaciones constitucionales de manera significativa, determinando el grado de la descentralización de los poderes legislativos. Si bien varios temas de legislación (relaciones internacionales, defensa nacional, divisas y ciudadanía) están típicamente reservados al nivel nacional, la dispersión de muchas áreas políticas depende de las circunstancias relevantes y del equilibrio de los intereses en juego. En Brasil, India y Sudáfrica la constitución también distribuye poderes específicos hacia un tercer nivel de gobierno local.

Descentralización de las funciones ejecutivas

Antes de descentralizar las funciones ejecutivas, los responsables de la elaboración constitucional deben considerar si el ejecutivo regional o local puede ejecutar e implementar: (a) solamente la ley nacional, dada la ausencia de una asamblea legislativa para el nivel regional o local; (b) solamente la ley regional o local redactada por la asamblea regional o local, dado que solo la administración nacional implementa la ley nacional, o (c) porciones sustanciales de la ley nacional además de la ley regional o local —por ejemplo, si el nivel regional o local ejecuta la normativa nacional de manera más efectiva (lo cual frecuentemente se denomina “descentralización cooperativa” o “federalismo cooperativo”)—. Los expertos generalmente concuerdan en que, con el fin de asegurar que la prestación de servicios públicos sea efectiva y económica, los responsables de la elaboración constitucional deben asignar la autoridad para prestar esos servicios al nivel de gobierno que represente de manera más cercana a los beneficiarios de esos servicios, para que sea más responsable ante ellos (esto suele denominarse principio de subsidiariedad)¹⁹. Este arreglo fomenta la transparencia y la rendición de cuentas porque la ciudadanía puede identificar fácilmente quién está gastando su dinero y cómo lo está haciendo (este razonamiento no siempre conduce a la conclusión de que los subniveles deben proporcionar servicios particulares: determinar el tamaño más eficiente de un programa puede revelar el nivel de gobierno que debe proporcionar el servicio. Por ejemplo, algunos programas, como el del pronóstico del tiempo, pueden funcionar de manera eficiente solamente si se prestan al país completo).

Los expertos generalmente concuerdan en que, con el fin de que la prestación de servicios públicos sea más efectiva y económica, los responsables de la elaboración constitucional deben asignar la autoridad para prestar esos servicios al nivel de gobierno que represente de manera más cercana a los beneficiarios de esos servicios, para que sea más responsable ante ellos.

Las preferencias regionales también determinan cuál nivel de gobierno debe entregar servicios públicos particulares. Por ejemplo, muchas regiones pueden favorecer un currículo de educación primaria que incluya la enseñanza de idiomas y culturas locales, que un nivel de gobierno subnacional podrá llevar a cabo de manera más eficiente. Por otro lado, los responsables de la elaboración constitucional pueden concordar en que el nivel de gobierno nacional puede ser más eficaz en la prestación de servicios como las pensiones de jubilación y las prestaciones por desempleo, a los cuales toda la ciudadanía, por razones de equidad, debe tener igual acceso, independientemente de dónde viva.

Quienes elaboran las constituciones pueden concordar en que el nivel de gobierno nacional puede ser más eficaz para brindar servicios como pensiones de jubilación y beneficios por desempleo, a los cuales toda la ciudadanía, por razones de equidad, debe tener igual acceso independientemente de dónde vivan, o para manejar el gasto que afecta la demanda agregada o que fluctúa con el ciclo económico.

Junto con ello, para evitar la inestabilidad económica o desequilibrios presupuestarios, el gobierno nacional puede retener ciertas responsabilidades de gastos que afectan la demanda agregada o que fluctúan con el ciclo económico, como las prestaciones por desempleo. La demanda pública de estándares mínimos que cubran ciertos servicios públicos en todo el país, como la sanidad y la educación, puede necesitar una regulación nacional que establezca directrices para los gobiernos regionales que implementarán los programas.

Dos modelos de distribución de competencias judiciales en un sistema descentralizado²⁰

De manera similar, la posible descentralización del poder judicial requiere que los responsables de la elaboración constitucional aborden la cuestión de si los que deben interpretar y aplicar leyes regionales o locales son los tribunales nacionales ubicados a lo largo del país o los tribunales regionales establecidos por los gobiernos regionales.

Si el poder judicial va a estar descentralizado, una opción es que los niveles nacional y estatal tengan su propio sistema judicial. Los tribunales estatales en general solo aplican las leyes de sus respectivos estados, mientras que la legislación nacional es competencia de los tribunales nacionales. Los tribunales nacionales locales que aplican la legislación nacional están dispersos por todo el país.

En un sistema descentralizado suele haber varios niveles de legislación: la legislación nacional, promulgada por el poder legislativo nacional, y la legislación de las subunidades, redactada por las entidades respectivas del nivel regional o incluso del nivel local. Así, una pregunta esencial es cómo resolver tipos de legislación distintos; es decir, ¿qué clase de sistema judicial garantiza la efectividad y la transparencia a

la hora de decidir sobre los distintos tipos de legislación? Existen dos modelos en los Estados fuertemente descentralizados: el modelo separado/dual y el modelo integrado. Ambos describen opciones para compartir las competencias judiciales en un sistema fuertemente descentralizado.

Modelo separado/dual*

Según el modelo separado/dual, que se aplica por ejemplo en EE. UU., tanto el nivel nacional como el estatal tienen sus propios sistemas judiciales de tres niveles (juzgados locales, tribunales de apelaciones y Corte Suprema) (véase la figura 7.11). Los tribunales estatales, en general, solo aplican las leyes de sus respectivos estados, mientras que la ley nacional es competencia de los tribunales nacionales. En consecuencia, los tribunales

nacionales locales que aplican la legislación nacional están dispersos por todo el país. El modelo separado también afecta el financiamiento y la administración de los tribunales. Si bien los tribunales nacionales son financiados y administrados por el nivel nacional, los tribunales estatales son financiados por sus respectivos estados.

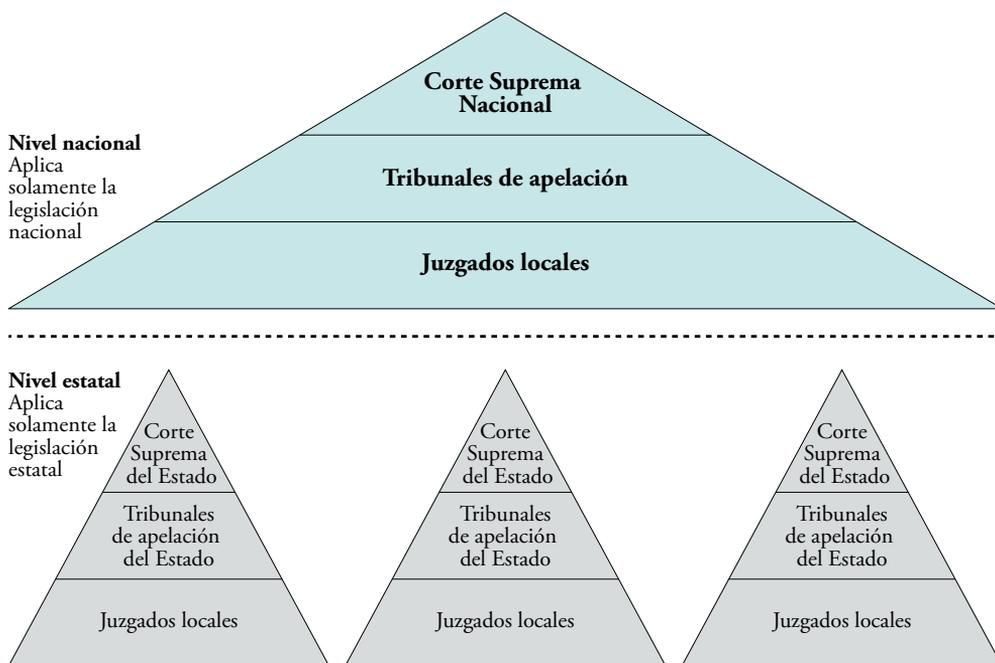


Figura 7.11. Modelo separado en un sistema descentralizado: aplicación en EE. UU.

Adaptado de K. Diehl et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: estructuras y principios de una constitución], 2.ª edición (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009). Véase también M. Böckenförde et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Options for the Structure of the Judiciary* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: opciones para una estructura del poder judicial] (no publicado, 2009).

Modelo integrado*

En un modelo integrado (como su nombre indica), los tribunales nacionales y estatales están integrados en un mismo sistema. Si bien el tribunal superior es de carácter nacional, los tribunales inferiores forman parte del sistema judicial de los respectivos estados donde están situados. Los tribunales tienen el poder y la capacidad para conocer casos tanto de derecho estatal como de derecho nacional. Los jueces están autorizados y calificados para juzgar sobre la base de dos sistemas de legislación: la legislación nacional y la legislación del estado respectivo. En los países donde se usa el modelo integrado,

* Adaptado de K. Diehl et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: estructuras y principios de una constitución], 2.ª edición (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009).

el tribunal superior del país a nivel nacional solamente tiene jurisdicción sobre casos relativos a la legislación nacional, mientras que el tribunal superior en un estado es el tribunal de última instancia para la legislación estatal (como en Alemania y Sudán). En otros sistemas, ambos tipos de casos, tanto aquellos que involucran el derecho estatal como el derecho nacional, pueden ser apelados ante la Corte Suprema (como en India).

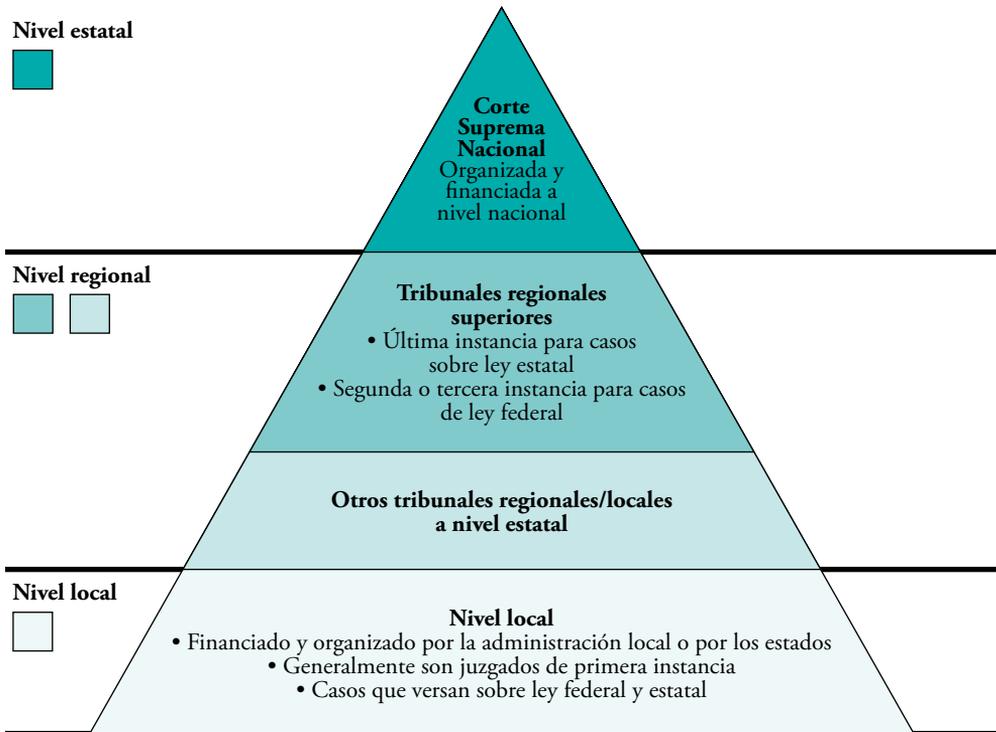


Figura 7.12. Modelo integrado

Adaptado de K. Diehl et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: estructuras y principios de una constitución], 2.^a edición (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009). Véase también M. Böckenförde et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Options for the Structure of the Judiciary* [Manuales Max Planck sobre la elaboración constitucional: opciones para una estructura del poder judicial] (no publicado, 2009).

Ventajas de cada modelo

Cada sistema tiene ventajas en relación con el otro. En un sistema judicial integrado generalmente surgen menos conflictos en cuanto a la jurisdicción o las respectivas competencias de los distintos tribunales. Es más económico, dado que hay menos tribunales y jueces. Con el modelo integrado, las leyes se aplican de manera más uniforme, otorgando así un mayor grado de predictibilidad a las decisiones judiciales. En contraste, el modelo separado garantiza más independencia y variedad. Las distintas

entidades (estados, tribus o regiones) tienen más discrecionalidad para desarrollar su propia jurisprudencia. Esto es aún más importante en países donde se aplican distintos sistemas jurídicos (*common law* o derecho de tradición civil, como en Canadá y Reino Unido). Así, un país puede tener distintas leyes y estándares dentro de sus estados, todo al mismo tiempo. El modelo separado también crea espacio para que exista competencia entre los ordenamientos jurídicos de los distintos estados.

En un modelo judicial integrado, los tribunales nacionales y estatales funcionan como parte de un mismo sistema. El tribunal superior es de carácter nacional y los tribunales inferiores forman parte del sistema judicial de los respectivos estados donde están situados. Los tribunales tienen el poder y la capacidad para conocer los casos de derecho estatal y de derecho nacional. Los jueces están autorizados y calificados para juzgar sobre la base de dos sistemas de legislación: la legislación nacional y la legislación estatal.

3.3. Garantías legales para los esquemas de descentralización: un aspecto clave de los sistemas federales

3.3.1. Introducción

Los responsables de la elaboración constitucional pueden evaluar el grado de descentralización examinando el poder y la autoridad sustantivos distribuidos a los niveles inferiores de gobierno. También pueden hacerlo desde una perspectiva complementaria: evaluando la relación jurídica entre los distintos niveles de gobierno, incluyendo el compromiso legal con la descentralización. Las preguntas relevantes son las siguientes. ¿Son las autoridades nacionales quienes determinan exclusivamente si se puede delegar, transferir o retirar la autonomía regional o local? ¿Puede una asamblea legislativa nacional restringir o incluso abolir unilateralmente la autonomía regional o local a voluntad (aunque pueda ser difícil políticamente)? ¿O protege la constitución ciertos elementos de la descentralización, requiriendo, por ejemplo, una enmienda constitucional para revocar poderes regionales? ¿Se articula explícitamente en la constitución un marco jurídico para la descentralización que pueda servir de guía para las instituciones de gobierno que intentan descentralizarse? En resumen, ¿las instituciones políticas, ya sea en el nivel nacional o regional, o las instituciones legales guiadas por un marco jurídico explícito, controlan la descentralización?

La relación jurídica entre los diferentes niveles de gobierno es una perspectiva importante. ¿Son las autoridades nacionales quienes exclusivamente determinan si se puede delegar, transferir o retirar autonomía regional o local? ¿Puede una asamblea legislativa nacional restringir o incluso abolir unilateralmente la autonomía regional o local? ¿O protege la constitución ciertos elementos de la descentralización?

No es sorprendente que distintas constituciones hayan abordado la descentralización de maneras distintas. Algunas no mencionan todos los niveles aplicables de gobierno y dan poca orientación sobre cómo deben funcionar²¹. Estas constituciones, por defecto, permiten que el poder legislativo nacional cree la estructura, ya sea jurídica o política, para la descentralización.

Otras constituciones enumeran expresamente los niveles de gobierno y diseñan parámetros de descentralización y directrices a seguir por parte del poder legislativo nacional²². Igualmente, otras constituciones han elaborado estructuras de descentralización entre el centro nacional y las subunidades de gobierno que están inmediatamente por debajo, sin prohibir ni promover la descentralización adicional. Dado este arreglo, el poder legislativo nacional probablemente determinará cualquier expansión adicional de la descentralización.

Muchas constituciones definen las subunidades de gobierno como agentes del gobierno nacional formadas solo para propósitos administrativos²³. Al otro lado del espectro, la constitución puede forjar una asociación entre el gobierno nacional y las subunidades con el propósito de compartir las tareas y desafíos de la gobernanza. Los responsables

Los responsables de la elaboración constitucional pueden formar una asociación entre el gobierno nacional y las subunidades asegurando que las disposiciones sobre la descentralización puedan enmendarse solamente con el consentimiento de las subunidades de gobierno.

de la elaboración constitucional pueden afianzar dicha asociación asegurando que las enmiendas a las disposiciones sobre la descentralización puedan llevarse a cabo solamente con el consentimiento de las subunidades de gobierno, ya sea a través de una segunda cámara en el poder legislativo nacional, donde se encuentren representadas las subunidades, o a través de las asambleas legislativas en cada subunidad.

3.3.2. Estructura federal vs. unitaria y descentralizada vs. centralizada: diferencias legales

Dos conceptos distintos pueden complicar las discusiones sobre la dispersión vertical del poder de gobierno. Al diseñar una estructura de gobierno con varios niveles, los responsables de la elaboración constitucional deben determinar no solo si deben centralizar o descentralizar la autoridad de gobierno, sino también si deben construir un gobierno unitario o federal. Los profesionales suelen usar estos dos conceptos de manera intercambiable, de modo que el término *federalismo* describe una forma fuerte de descentralización, y *unitario* representa una forma de poder agregado en el centro nacional. Sin embargo, si bien el federalismo requiere inherentemente cierto grado de descentralización y por ende es una forma de descentralización, tiene un significado particular. Comprender la diferencia ayuda a precisar el debate y las posturas de quienes negocian en el proceso de elaboración constitucional.

Los responsables de la elaboración constitucional pueden medir la profundidad de la descentralización observando la *distribución actual* del poder administrativo, político y fiscal del centro entre varios subniveles de gobierno. En contraste, los términos *unitario*

y *federal* capturan la *relación* jurídica entre varios niveles de gobierno. Cinco elementos caracterizan a un estado federal, inspirados predominantemente en países federales como Suiza y EE. UU., donde entidades soberanas previamente independientes, pero con cierta conexión entre sí, establecieron un nuevo Estado (“federalismo de reunión”)²⁴:

- Al menos dos niveles de gobierno ejercen soberanía sobre el mismo territorio y población.
- Tanto el gobierno central en el nivel nacional como el gobierno regional en el nivel de subunidad poseen una gama de poderes mutuamente exclusivos (autogobierno), lo que puede incluir un cierto grado de autonomía legislativa y ejecutiva, o independencia fiscal²⁵.
- Un documento jurídico dispone que ninguno de los niveles puede alterar las responsabilidades y la autoridad de cada nivel de gobierno de manera unilateral.
- Las instituciones nacionales a cargo de la toma de decisiones incluyen representantes de las subunidades, quienes pueden ocupar una segunda cámara en el ente legislativo nacional (gobierno compartido).
- La constitución dispone de mecanismos de arbitraje, ya sea una corte constitucional o un mecanismo de referéndum, para resolver las disputas entre el centro federal y las subunidades.

De estos cinco elementos se desprende un prerrequisito para formar un Estado federal: un nivel de gobierno no puede revocar unilateralmente la distribución de poderes existente, lo que incluye las competencias exclusivas del nivel subnacional. Por el contrario, cualquier alteración de la autoridad entre niveles de gobierno requiere el consentimiento de todos los niveles afectados. Este tipo de pacto o asociación, *foedus* en latín, era el epónimo para el término *federalismo*. En la mayoría de los países federales, los representantes de las subunidades en la segunda cámara de la asamblea legislativa nacional cumplen con este criterio participando en el proceso de reforma constitucional.

Recuadro 7.6. Federalismo personal

En los últimos años, el término federalismo personal ha ganado protagonismo. Dado que el federalismo es una forma específica de descentralización, y la descentralización ha sido definida en este trabajo como un concepto territorial (véase la sección 1.1.), este término puede causar confusión. La idea tras el federalismo personal es el reconocimiento de una comunidad definida por características culturales, religiosas o lingüísticas, más que por el territorio, y la constitución de esa comunidad sobre la base de la identificación u elección personal de un individuo, más que según su ubicación territorial. Así, ciertos derechos y poderes no se asignan a un territorio específico, sino más bien a un grupo de personas (comunidades) que suelen no estar concentradas territorialmente sino dispersas a lo largo del país.

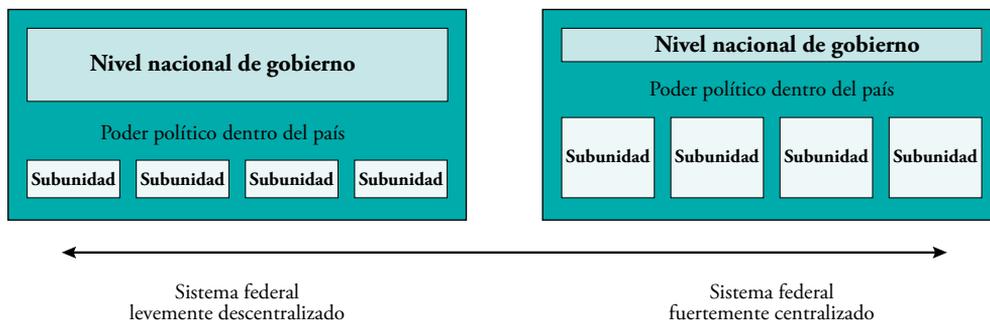
Esas comunidades pueden incluso tener sus propias instituciones para regular algunos de sus asuntos, predominantemente en áreas de su identificación (cultura, educación, lenguaje y/o religión). Por ejemplo, en el Imperio Otomano algunos asuntos se dejaron a las comunidades religiosas (milletts). En India, Israel y el Líbano los aspectos relacionados con el matrimonio siguen siendo determinados por las distintas comunidades religiosas. Fiji reconoce el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia administración. Bélgica usa un enfoque mixto y está dividida en regiones y comunidades”. Los elementos del federalismo personal pueden adaptarse a grupos etnoculturales, pero ello también implica algunos desafíos prácticos: puede ser difícil alcanzar el nivel de organización necesario, proveer servicios de manera eficiente a un grupo disperso, etc. Determinados aspectos de la idea del federalismo personal se reflejan en algunas opciones de diseño para la representación de minorías en los capítulos de esta Guía sobre la rama ejecutiva y legislativa (a saber, el capítulo 4 sobre el diseño del poder ejecutivo y el capítulo 5 sobre el diseño del poder ejecutivo, respectivamente).

* U. Thalmann y C. Widrig, “Contemporary Diversity versus Swiss Federalism” [Diversidad contemporánea versus federalismo suizo], *Nuevas Tendencias en el Federalismo*, Documento de Trabajo no. 2 (Fribourg: Instituto de Federalismo, 2004), <http://www.federalism.ch/files/documents/New_trends_in_federalism_WP2.pdf>.

** G. Baechler, “Territorial vs Ethnic and Personal Federalism: Issues & Practices” [Federalismo territorial vs. étnico y personal: temas y prácticas] (Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, 2008), <http://www.swiss-cooperation.admin.ch/nepal/en/Home/Document_Archive>.

De lo anterior se desprenden dos puntos importantes. Primero, dado que el federalismo se refiere a una relación intergubernamental legalmente definida, requiere que solo una relación de este tipo, entre posiblemente muchos niveles de gobierno, cumpla con el prerrequisito indicado sobre los derechos de revocación. Por ejemplo, todas las naciones federales del mundo han establecido la necesaria relación entre el nivel nacional y regional, provincial o estatal. Sin embargo, ninguna ha establecido tal relación entre el nivel nacional o regional y el nivel local de gobierno. Incluso en Sudáfrica, donde los gobiernos locales juegan un papel importante en la constitución, una enmienda constitucional que no requiere aporte de los gobiernos locales puede revocar toda la autoridad local. Usar el término *federalismo de tres niveles*, como suele hacerse, puede ser engañoso. Segundo, el hecho de que exista una relación federal entre los niveles de gobierno no dice nada sobre la verdadera profundidad de la descentralización, es decir, sobre la cantidad de poder asignado constitucionalmente a las subunidades.

Figura 7.13. Descentralización en los sistemas federales



Así, términos como países federales centralizados o países unitarios descentralizados no son contradictorios, sino que indican la verdadera profundidad de la descentralización o la naturaleza de las garantías legales que protegen las relaciones intergubernamentales dentro de un país. Por ejemplo, el poder y la autoridad que el parlamento británico ha asignado a Escocia pueden ser más extensos que los asignados a las subunidades dentro de un sistema federal. Pero el Reino Unido no es un sistema federal, dado que el Parlamento británico, que no tiene una segunda cámara donde ejerzan los representantes escoceses, puede revocar unilateralmente todos los poderes asignados a la asamblea legislativa o al ejecutivo escocés. En Tanzania no existe un gobierno federal porque el centro nacional puede anular todos los poderes asignados a todas las regiones, con la excepción de la isla de Zanzíbar. Así, no existen dos niveles de gobierno que operen a lo largo del país.

La correcta distinción entre federal y unitario, por un lado, y entre centralización y descentralización, por otro, puede evitar confusiones que complican la ya difícil tarea de elegir la mejor estructura de gobierno. Un compromiso temprano con una estructura federal en una agenda transicional (como ocurrió en Nepal y Somalia, por ejemplo) puede privar a quienes redactan la constitución de opciones de descentralización asimétrica que podrían reflejar de mejor manera el contexto y los desafíos de un país en particular.

Recuadro 7.7. El contenido importa: la búsqueda sudanesa por la mejor opción de descentralización

No hemos usado ninguna palabra formal en todo el ACP [Acuerdo Comprensivo de Paz] para describir el tipo de gobierno que hemos negociado y acordado. Quizás fuimos guiados por la tradición africana de no nombrar a un bebé antes de que nazca. [...] En el proceso de paz de la AID [Autoridad Intergubernamental sobre el Desarrollo], el MLPS [Movimiento de Liberación del Pueblo de Sudán] y el GDS [Gobierno de Sudán] se sentaron a [...] negociar y resolver el grave problema de la guerra y la paz, en vez de discutir si deberían tener una federación, una confederación o un verdadero federalismo. Ahora que el bebé ha nacido, los investigadores pueden darle el nombre que crean que mejor describe los arreglos acordados por los sudaneses en el Acuerdo Comprensivo de Paz en Sudán.

John Garang, ex-Presidente de Sudán del Sur y Primer Vicepresidente de Sudán, discurso del Presidente del MLPS en ocasión de la Tercera Conferencia sobre Federalismo, Bruselas, Bélgica, *Sudán Vision* (12 de marzo de 2005), <<http://www.sudanvisiondaily.com/modules.php?name=News&file=article&sid=5800>>, fecha de consulta: 22 de mayo de 2010.

4. Conclusiones

La descentralización generalmente ocurre por dos razones: (a) para que la prestación de servicios tenga lugar más cerca de la población por razones de eficacia y responsabilidad, y (b) para promover la armonía entre los diversos grupos dentro de un país, y permitir cierto grado de autogobierno. Especialmente en las sociedades fragmentadas por un conflicto violento la descentralización puede apoyar la coexistencia pacífica entre grupos, culturas y religiones distintas.

La descentralización incluye un elemento formal y uno sustantivo. Mientras que el elemento formal aborda la configuración estructural del gobierno, el sustantivo se enfoca en la profundidad de la descentralización. Quizás la mejor manera de medir esta última sea en términos de la descentralización administrativa, política y fiscal. El concepto binario de gobierno “federal” o “unitario” no indica la fuerza de la descentralización en un país; por el contrario, describe la relación jurídica entre los distintos niveles de gobierno. Los sistemas federales frecuentemente requieren de garantías legales para implementar y proteger el autogobierno y el gobierno compartido.

Tabla 7.3. Temas destacados en este capítulo*

Temas	Preguntas
<p>1. Niveles de gobierno</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuántos niveles de gobierno van a existir y por qué? ¿Solo el nivel nacional y regional o habrá niveles adicionales de gobierno (por ejemplo, gobierno local)? • ¿Cuántos niveles de administración van a existir para facilitar la implementación de las políticas de gobierno? • ¿Se introducirá cada nivel de gobierno de manera simétrica a lo largo del país o de manera asimétrica únicamente en algunas áreas? • Si existen más de dos niveles de gobierno (nivel nacional y regional), ¿estarán todos los niveles de gobierno establecidos y regulados directamente en la constitución? • ¿O tendrá el nivel regional poder para decidir si existen niveles adicionales de gobierno o administración inferiores, definir sus límites, y transferir competencias y/o recursos? • ¿O existirá una forma intermedia, alguna regla organizacional básica (obligatoria u opcional) en la constitución, además de ciertas flexibilidades para las regiones?

Temas	Preguntas
<p>2. Delimitación de barreras regionales</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué critérios se usarán (étnicos, lingüísticos, religiosos, geográficos, históricos, económicos, unidades administrativas preexistentes, posibles conflictos, otros, combinaciones de estos)? • ¿Habrá requisitos mínimos (número mínimo de regiones, de población o de recursos)? • ¿Estarán las líneas de demarcación regionales definidas en la constitución o incluirá esta solo criterios para su definición? • ¿Tendrá la población de las futuras provincias derecho a voto en el proceso de delimitación? ¿Tendrán las minorías dentro de esas futuras regiones derecho a voto en el proceso de delimitación? • ¿Existirán plazos en la constitución (disposiciones transitorias) para decidir el establecimiento de las provincias? • ¿Incluirá la constitución un procedimiento para cambiar las líneas de demarcación regionales, para establecer nuevas regiones o para fusionar regiones? • En caso afirmativo ¿quién y cómo puede iniciar un cambio en las líneas de demarcación? • ¿Quién tiene derecho a voz en el proceso? ¿El nivel nacional, las regiones involucradas, las minorías dentro de las regiones involucradas, o todos los anteriores? • ¿Habrá un criterio específico, por ejemplo, un número mínimo de población o la viabilidad económica, para limitar la alteración de las líneas de demarcación? • ¿Habrá requisitos de mayorías cualificadas, procesos de consulta, referéndums?

Temas	Preguntas
<p>3. Profundidad de la descentralización</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué grado de descentralización administrativa se concibe para las subunidades? • ¿Se delegarán materias a los niveles inferiores de la administración para facilitar la implementación de las políticas públicas? • ¿O tendrán las subunidades el poder para decidir cómo abordar esa materia? • ¿El grado de descentralización administrativa será simétrico a lo largo del país o asimétrico, considerando la existencia de minorías en ciertas áreas? • ¿Qué grado de descentralización política se concibe para las subunidades? • ¿Podrá la subunidad elegir a las personas responsables de la implementación de políticas nacionales? • ¿O elegirán las subunidades a una asamblea legislativa para promulgar las leyes relevantes respecto a la materia delegada (requiere transferencia de poderes políticos además de descentralización administrativa)? • ¿Qué grado de descentralización fiscal se concibe para las subunidades? • ¿Cuáles son los recursos mínimos necesarios para los respectivos niveles de gobierno para poder ejercer sus poderes? • ¿Qué fuentes de ingresos serán asignadas a los distintos niveles de gobierno? • ¿Las bases de ingreso serán compartidas o atribuidas a solo un nivel de manera exclusiva? • ¿Quién gravará la renta de las personas y empresas, las ventas, los servicios, las tierras, los vehículos y otros? • ¿Cómo se determinarán y quién determinará los valores para impuestos, aranceles y regalías? • ¿Existirá competencia fiscal entre las subunidades y distintas cargas financieras para los ciudadanos? • ¿Cómo se distribuirán los ingresos? ¿Quién estará a cargo de la distribución de los ingresos? ¿Habrá subvenciones condicionales y no condicionales? • ¿Se regularán en la constitución las reglas/cuotas de distribución? ¿Existen mecanismos de revisión regular para reajustar la asignación de ingresos? • ¿Cómo se abordarán las diferencias entre la capacidad financiera y entre los costos de prestación de servicios de las distintas provincias? ¿Habrá mecanismos para la equalización? ¿Cómo se realizará esta equalización? ¿A qué nivel? ¿Por quién? ¿Quién decide?

Temas	Preguntas
<p>4. Organización de la descentralización</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Si las subunidades tienen derecho a autoorganizarse ¿la constitución proveerá una organización interina hasta que las provincias puedan decidir su propia organización? • ¿O se definirá la organización interna de las subunidades en la constitución (y leyes nacionales)? • ¿O establecerá la constitución estándares y directrices para las subunidades respecto de cómo organizarse o proveerá diferentes formas de organización para que las subunidades puedan elegir? • ¿Qué tipos de poderes exclusivos tendrá el nivel nacional/nivel regional o incluso el nivel local? • ¿Qué tipos de poderes serán concurrentes? ¿Qué normativa prevalecerá en caso de que tanto el nivel nacional como el regional regulen un mismo tema? • ¿Habrá poderes compartidos? Por ejemplo, el nivel nacional define políticas o estándares mientras que el regional administra y aprueba reglamentos. • ¿Qué criterios se aplicarán para la distribución de poderes? ¿Quién decide? • ¿Qué poderes son de especial importancia para los niveles inferiores de gobierno (por ejemplo, para la protección de su identidad)? • ¿Tendrán todas las subunidades la misma cantidad de poderes o será posible la existencia de asimetrías? • ¿Quién tendrá el poder residual (el poder para decidir cuando la constitución guarda silencio), el centro o las provincias? • ¿Cómo se enumerarán los poderes en la constitución (por ejemplo, mediante catálogos)? • ¿Los poderes serán compartidos de manera tal que el poder legislativo nacional tenga el poder de redactar leyes, mientras que esté dentro de la competencia del ejecutivo de una subunidad la implementación de esa ley? • ¿Hasta qué punto tendrá el nivel nacional la posibilidad de delegar poderes en las subunidades? ¿Tendrá el nivel nacional la posibilidad de delegar poderes solo en algunas regiones específicas? ¿Hasta qué punto tendrán las subunidades la posibilidad de delegar poderes en el centro o en los niveles inferiores de gobierno? • ¿Existirá un poder judicial en el nivel de las subunidades? • De ser así ¿cómo se organizará? ¿Cuál será la relación entre el poder judicial regional y el poder judicial nacional (casi independientes o todos establecidos bajo la ley nacional, o tribunales inferiores establecidos por las provincias y tribunales superiores establecidos por el centro)?

Temas	Preguntas
5. Garantías legales para el “paquete de descentralización”	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Habrán un mecanismo establecido que requiera el consentimiento de una región si el “paquete de descentralización” es alterado? Si se transfieren poderes sustantivos al nivel local, ¿será también necesario su consentimiento para la alteración de esa transferencia?
6. Mecanismos de resolución de conflictos para el “paquete de descentralización”	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué mecanismos de resolución de conflictos se proveerán? • ¿Habrán tribunales especiales, tribunales ordinarios, jurisdicción directa de la Corte Suprema para disputas específicas?

* Esta es una plantilla ajustada y rediseñada de la “hoja de ruta hacia el federalismo”, en N. Töpferwien, *Input Papers on Federalism, Papers on Federalism prepared for the Nepali Swiss Forum on Federalism* [Documentos de aporte sobre federalismo, documentos sobre federalismo preparados para el Foro Suizo Nepalí sobre federalismo] (Agencia Suiza para el Desarrollo y Cooperación, 2007-2008), <http://www.swiss-cooperation.admin.ch/nepal/en/Home/.../resource_en_178456.pdf>, fecha de consulta: 28 de mayo de 2011.

Notas

- ¹ El término *nivel de gobierno* se refiere a los órdenes (nacional, regional y local, por ejemplo) en que se organiza la gobernación de un Estado.
- ² Un *nivel de administración* describe un entorno institucional que apoya administrativamente la implementación de políticas de gobierno en las regiones, en el nivel local, etc. Se diferencia del nivel de gobierno porque no crea políticas públicas, sino que se limita a implementarlas.
- ³ El término *regional* puede implicar (a) en un contexto internacional o regional, una región global (por ejemplo, Europa, África Oriental, etc.), o (b) en un contexto regional o local, la subunidad entre el nivel nacional y el local (sinónimo de provincia o estado).
- ⁴ Y. Ghai, “The Structure of the State: Federalism and Autonomy” [La estructura del Estado: federalismo y autonomía], en IDEA Internacional, *Democracy and Deep-Rooted Conflict: Options for Negotiators* [Democracia y conflictos profundamente arraigados: Opciones para la negociación] (Estocolmo: IDEA Internacional, 2003), págs. 155-168.
- ⁵ D. Brancati, “Decentralization: Fueling the Fire or Dampening the Flames of Ethnic Conflict and Secessionism?” [Descentralización: ¿agitando el fuego o apagando las llamas del conflicto étnico y la secesión?], *Organización Internacional*, 60 (2006), págs. 651-685.
- ⁶ Artículo 24 de la Constitución Nacional Interina de la República de Sudán (2005).
- ⁷ Artículo 2 de la Constitución de Tanzania (1977) desde 1995.

- ⁸ Dado que la constitución de cada cantón regula la estructura administrativa o gubernamental de su respectivo cantón, la Constitución de Suiza no menciona el establecimiento de niveles administrativos.
- ⁹ G. Baechler, “Territorial vs. Ethnic and Personal Federalism: Issues & Practices” [Federalismo territorial vs. étnico y personal: problemas y prácticas] (2008), <http://www.swiss-cooperation.admin.ch/nepal/en/Home/Document_Archive>.
- ¹⁰ Artículo 150 de la Constitución de la República Benin (1990).
- ¹¹ Artículo 4 de la Constitución del Reino de Bélgica (1994) desde 2008.
- ¹² Artículo 2 de la Constitución de Malasia (1957) desde 1994.
- ¹³ Artículo 53 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999) desde 2010.
- ¹⁴ Artículo 18 A/B de la Constitución de la República de Indonesia (1945) desde 2002.
- ¹⁵ Artículo X de la Constitución de la República de Filipinas (1986).
- ¹⁶ S. Harty, “Spain” [España], en A. L. Griffith (ed.), *Handbook of Federal Countries* [Manual de países federales] (Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2005).
- ¹⁷ Artículo 72 de la Constitución de Alemania (1949) desde 2010.
- ¹⁸ Artículo 94 A de la Constitución de Canadá (las Leyes de la Constitución, 1867 a 1982, consolidación actual) desde 2008.
- ¹⁹ Cf. T. Ter-Minassian, “Intergovernmental Fiscal Relations in a Macroeconomic Perspective: An Overview” [Relaciones fiscales intergubernamentales desde una perspectiva macroeconómica: una descripción general], en T. Ter-Minassian (ed.), *Fiscal Federalism in Theory and Practice* [Federalismo fiscal en la teoría y en la práctica], (Washington, D. C.: Fondo Monetario Internacional, 1997), pág. 4.
- ²⁰ M. Böckenförde et al., *Max Planck Manuals on Constitution Building: Options for the Structure of the Judiciary* [Manuales Max Planck para la elaboración constitucional: opciones para la estructura del poder judicial] (Heidelberg: Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional, 2009).
- ²¹ Como se señaló anteriormente, Francia tiene seis niveles de gobierno, cuatro de los cuales están enumerados en la Constitución. Además del nivel nacional, la Constitución solamente regula uno en detalle.
- ²² Junto con el nivel nacional, la Constitución de Perú enumera las regiones, los departamentos, las provincias y los distritos como niveles de descentralización, y dispone un capítulo completo para detallar las regulaciones. La Constitución de Grecia establece en los artículos 101 y 102 de la “Organización de la Administración” que existen al menos dos niveles de gobierno. Sudáfrica indica tres niveles de gobierno en la constitución (gobierno nacional, provincial y local), los que están regulados de manera extensa. El gobierno local mismo está subdividido constitucionalmente

en distintos tipos de municipalidades, lo que crea niveles adicionales de gobierno. Véase también la Constitución de Mongolia (2000), capítulo IV, artículos 57-63, Unidades Territoriales y Administrativas y sus Órganos de Gobierno.

- ²³ El artículo 3 de la Constitución de Liberia establece que Liberia es un Estado unitario soberano dividido en condados para fines administrativos.
- ²⁴ Véase el Programa de Desarrollo de Somalia de las Naciones Unidas, “Federalism and Decentralization: Options for Somalia” [Federalismo y descentralización: opciones para Somalia] (2008), pág. 10.
- ²⁵ A. Heywood, *Key Concepts in Politics* [Conceptos clave en política] (Nueva York: St. Martin’s Press, 2000), pág. 141.

Términos clave

Descentralización administrativa, desconcentración, delegación, transferencia, descentralización política, descentralización fiscal, descentralización asimétrica, nivel de gobierno, nivel de administración, competencias exclusivas, competencias concurrentes, sistema federal, sistema unitario, modelo integrado, modelo separado/modelo dual, federalismo personal, internacionalización/regionalización.

Recursos adicionales

- **Foro de Federaciones**
<<http://www.forumfed.org/en/index.php>>. El Foro de Federaciones, financiado por el gobierno canadiense, intenta construir gobiernos democráticos fomentando ideas federalistas. Con el fin de difundir el conocimiento entre los profesionales de todo el mundo, el sitio web proporciona recursos y capacitación en temas de federalismo y de gobierno.
- **Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales**
<<http://www.iacfs.org/index.php?page=1&lang=0>>. La Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales (IACFS), constituida por centros e institutos internacionales, realiza investigaciones independientes y produce publicaciones sobre temas relacionados con los sistemas federales. El sitio web de la IACFS tiene recursos que promueven el federalismo como una forma de gobierno para los profesionales, incluidas publicaciones, estudios de desarrollos recientes en el federalismo en todo el mundo y un proyecto de diálogo global que permite a los profesionales compartir sus experiencias.
- **Centro de Alternativas en Políticas Públicas**
<<http://www.cpalanka.org/>>. El Centro de Alternativas en Políticas Públicas es una organización de Sri Lanka cuyo objetivo es fortalecer las instituciones y desarrollar capacidades mediante la difusión y defensa de opciones de políticas, resolución de conflictos y democracia.

Se enfoca en las opciones de gobierno para diversos estados del sur de Asia y produce documentos relacionados con alternativas relativas a las políticas públicas.

- **Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación**

<http://www.deza.admin.ch/en/Home/Themes/Rule_of_Law_Democracy/Decentralization>.

La Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación (COSUDE) promueve la relación entre la sociedad civil y los gobiernos locales a través de la descentralización política, administrativa y fiscal para que el gobierno responda mejor a las necesidades de la población otorgando financiamiento, educación y apoyo institucional. El sitio web contiene enlaces relacionados con los procesos de descentralización y las actividades de la COSUDE para contribuir al desarrollo de la sociedad civil en el mundo.

- **Instituto de Federalismo**

<<http://www.federalism.ch/index.php?page=22&lang=0>>.

El Instituto de Federalismo es un centro de investigación y conocimiento académico que se centra en el federalismo y la diversidad cultural. Su sitio web ofrece un centro internacional de investigación y consultoría que se centra en la creación pacífica de sociedades multiculturales.

Bibliografía

Barnett, C. C., H. P. Minis y J. VanSandt, “Democratic Decentralization”

[Descentralización democrática] (Research Triangle Institute [RTI International], diciembre de 1997), <http://www.rti.org/pubs/Democr_Decen.PDF>, artículo que examina el vínculo entre la descentralización y el comportamiento democrático.

Horváth, T. M. (ed.), *Decentralization: Experiments and Reforms* [Descentralización: experimentos y reformas] (Budapest: Open Society Institute, Iniciativa de

Reforma de los Servicios Públicos y el Gobierno Local, 2000), <<http://lgi.osi.hu/publications/books/decentralization/EntireBook.pdf>>, examina diferentes esfuerzos de descentralización en Europa del Este.

Saunders, C., “Federalism, Decentralisation and Conflict Management in Multicultural Societies” [Federalismo, descentralización y gestión de conflictos en sociedades multiculturales] (Foro de Federaciones, s. d.), <<http://www.forumfed.org/libdocs/IntConfFed02/StG-Saunders.pdf>>, artículo que examina el desarrollo de gobiernos federales democráticos en sociedades multiétnicas y multiculturales.

Thalmann, U. y C. Widrig, “Contemporary Diversity versus Swiss Federalism”

[Diversidad contemporánea vs. federalismo suizo], *New Trends in Federalism Working Paper 2* (Friburgo: Instituto de Federalismo, 2004), <http://www.federalism.ch/files/documents/New_trends_in_federalism_WP2.pdf>.

Glosario

Agregación	Efecto de concentrar o centralizar el poder, generalmente creando jerarquías (capítulos 1 y 2).
Amnistía/indulto	Excusa de la conducta penal, de carácter tanto político como no político, cometida contra un gobierno, y eliminación de las sanciones asociadas (capítulos 4 y 5).
Asamblea constituyente	Órgano compuesto de representantes, en general elegidos, cuyo propósito es redactar o adoptar una constitución. Además, puede cumplir funciones legislativas secundarias por la razón práctica de evitar que existan dos asambleas concurrentes (véase también <i>Convención Constitucional</i>) (capítulo 1).
Autodeterminación	Habilidad formal de un grupo para gobernarse o reclamar el derecho de tomar sus propias decisiones sobre su bienestar colectivo y destino político independientemente (capítulo 3).
Autogobierno	Tiene lugar cuando los niveles de gobierno subnacionales adquieren autoridad para regular y/o implementar ciertas materias por su cuenta (capítulo 7).
Ciudadanía	Condición formal o legal de pertenencia al Estado que usualmente se otorga a aquellos cuyos padres son ciudadanos del mismo o a quienes la obtienen por medio de procedimientos formales (capítulo 3).
Comisión de mediación	Comisión conformada por un número igual de miembros de ambas cámaras del <i>poder legislativo</i> , que busca llegar a un compromiso mediante una propuesta o proyecto de ley que pueda ser adoptada por las dos cámaras (capítulo 5).
<i>Common law</i>	Sistema jurídico de tradición anglosajona que pone énfasis en la decisión de causas judiciales sobre la base de los precedentes jurídicos establecidos en causas anteriores (capítulo 6).
Comparecencia	Herramienta de supervisión legislativa que permite al <i>poder legislativo</i> formular preguntas al <i>poder ejecutivo</i> , quien tiene la obligación de responder (capítulo 5).
Conflicto de leyes	Situación en la que ciertos aspectos de los sistemas jurídicos de un mismo país son contradictorios (capítulo 6).

Constitución interina	Constitución que se considera vigente por un tiempo limitado y normalmente fijado de antemano. Se utiliza comúnmente para facilitar la elaboración de una constitución permanente (capítulo 1).
Constitución jurídica	Constitución que se destaca como ley suprema, y es vinculante para todas las demás leyes y autoridades. Impone obligaciones jurídicas y se hace efectiva a través del poder judicial (capítulo 1).
Constitución política	Constitución cuyo énfasis está en que es un acuerdo político cuya aplicación depende de la institución que ostente el mayor poder político, que generalmente es una <i>asamblea legislativa</i> o parlamento (capítulo 1).
Constituciones marco	Constituciones breves que pueden ser útiles para proteger firmemente ciertos derechos y principios básicos, al tiempo que permiten que muchos procesos y detalles se determinen posteriormente mediante procesos judiciales o políticos (capítulo 2).
Control de constitucionalidad (también conocido como revisión judicial)	Facultad de un tribunal para juzgar la constitucionalidad de un acto del poder <i>legislativo</i> o <i>ejecutivo</i> , e invalidar dicho acto si se determina que es contrario a las disposiciones o principios constitucionales (capítulo 6).
Controles y contrapesos	Sistema que permite a cada <i>poder del Estado</i> ejercer un control limitado sobre los otros poderes del Estado, con el fin de garantizar su comportamiento adecuado y legal, como también el equilibrio de poderes y dinámicas políticas (capítulos 1, 2, 4 y 5).
Convención Constitucional	Reunión formal de representantes o delegados convocada con el propósito de crear o enmendar una constitución y que, a diferencia de la asamblea constituyente, no es autogobernada o soberana o jurídicamente autónoma, sino que lleva a cabo su labor en función de un mandato o instrucción específico proveniente de otro órgano o grupo (capítulo 1).

Corte o Tribunal Constitucional	Corte o tribunal superior responsable de interpretar la constitución y de decidir si otras leyes del Estado acatan sus disposiciones o son inconstitucionales. Una Corte o Tribunal Constitucional suele ser un órgano especializado y no se ocupa de materias o casos no relacionados directamente con la constitución (capítulo 6).
Corte Suprema	En la mayoría de los casos, es la corte superior del sistema jurídico. Suele ser una corte de apelación con amplios poderes y extensa autoridad dentro de su jurisdicción (capítulo 6).
Costumbre internacional	Reglas internacionales sobre derechos humanos y leyes humanitarias que se consideran universalmente aceptadas y por ende legalmente vinculantes en toda circunstancia, por ejemplo, la prohibición de la esclavitud (capítulo 3).
Cultura de derechos humanos	Ambiente en el cual las personas comunes están habitualmente en posición de impugnar a los funcionarios públicos y en el cual las personas con autoridad respetan los derechos humanos en la práctica (capítulo 3).
Cuotas de candidatos	Mecanismo voluntario o exigido por ley que requiere que una cierta proporción de los candidatos y las candidatas que se presentan a una elección sea de un grupo específico de personas, como por ejemplo grupos étnicos, de género, religiosos o lingüísticos (capítulo 5).
Delegación	Mecanismo por el cual el gobierno central deja la toma de decisiones y la responsabilidad administrativa sobre varias funciones públicas en manos de otros niveles de gobierno, aunque manteniendo la facultad de revocar ese poder. El grado de supervisión varía y puede incluir un control central importante, o puede asignar la totalidad de la administración e implementación de las políticas a las subunidades (capítulo 7).
Democracia	Sistema de gobierno por y para el pueblo. Literalmente significa “gobierno del pueblo”. Como mínimo, una democracia requiere (a) sufragio universal de adultos; (b) elecciones periódicas, libres, competitivas y justas; (c) más de un partido político serio, y (d) fuentes diversas de información. Es un sistema o forma de gobierno en que los ciudadanos son capaces de exigir que los actores públicos rindan cuentas de sus acciones (capítulos 1, 2 y 3).

Democratización	Proceso de creación o mejora de una democracia, al que puede ayudar una constitución mediante el diseño de instituciones y procesos que arraigan el control popular, la igualdad política y los <i>derechos humanos</i> (capítulo 3).
Derecho consuetudinario	Sistemas jurídicos, generalmente no escritos, desarrollados a partir de las normas sociales, costumbres y prácticas de una comunidad particular (capítulo 6).
Derecho de tradición civil	Sistema jurídico que pone énfasis en la codificación de las leyes (capítulo 6).
Derechos ciudadanos	Derechos que tiene un individuo por pertenecer a un Estado (capítulo 3).
Derechos civiles	Derechos relacionados con la participación en una sociedad civil abierta. Algunos ejemplos incluyen la libertad frente a la discriminación, el igual trato ante la ley, el derecho a la libertad de la persona y a la integridad personal, el derecho a la privacidad, el derecho a la propiedad, el derecho a un juicio justo y a la administración de justicia, la prohibición de la servidumbre y del trabajo forzoso, la prohibición de tortura, la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso en todas las situaciones en que se puedan ver afectados los derechos de una persona (capítulo 3).
Derechos de las minorías	Derechos individuales de los integrantes de minorías raciales, étnicas, de clase, religiosas, lingüísticas y sexuales; o los derechos colectivos asignados a los grupos minoritarios (capítulo 3).
Derechos de las mujeres	Derechos relacionados con las mujeres, tales como la igualdad en la vida política y pública, igualdad en el empleo, igualdad ante la ley, e igualdad en las relaciones matrimoniales y de familia (capítulo 3).
Derechos de solidaridad	Derechos pensados para ser reclamados y gozados de manera colectiva o sobre la base de la pertenencia a la sociedad, dentro de comunidades, grupos y asociaciones (capítulo 3).

Derechos económicos, sociales y culturales	Derechos económicos, sociales y culturales, tales como los provistos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y otros instrumentos internacionales sobre <i>derechos humanos</i> . Estos derechos se consideran relacionados con el bienestar económico y social y el goce de la cultura (capítulo 3).
Derechos humanos	Derechos que las personas tienen y de los que gozan debido a su humanidad o dignidad humana y libertad individual (capítulos 1, 2 y 3).
Derechos negativos	Protegen contra la actividad y las decisiones inapropiadas por parte de los funcionarios del Estado (capítulo 3).
Derechos políticos	Derechos relacionados con la participación política, como el derecho a voto, a postularse a elecciones y a ser elegido, a formar y unirse a asociaciones políticas, a la libertad de expresión e información, y a garantías institucionales relativas a los medios de comunicación libres e independientes (capítulo 3).
Derechos positivos	Derechos que requieren que los funcionarios del Estado actúen en apoyo del cumplimiento de libertades garantizadas por la ley o por la constitución (capítulo 3).
Desagregación	Efecto de dispersar el poder, normalmente entre varios poderes, actores o niveles de gobierno (capítulos 1 y 2).
Descentralización	Dispersión de la autoridad y el poder gubernamental desde el centro nacional hacia otras instituciones ubicadas en otros niveles de gobierno o de administración, por ejemplo hacia los niveles regionales, provinciales o locales. Por ello, la descentralización se entiende como un concepto territorial. Los tres elementos centrales de la descentralización son la <i>descentralización administrativa</i> , la <i>descentralización política</i> y la <i>descentralización fiscal</i> (capítulos 4, 5 y 7).
Descentralización asimétrica	Arreglo que distribuye el poder de manera desigual o diferente en los distintos gobiernos regionales (capítulos 2 y 7).
Descentralización fiscal	Grado en que las subunidades de gobierno son capaces de asumir responsabilidades fiscales, como la recaudación de ingresos y el gasto público (capítulo 7).

Descentralización política	Grado en que las subunidades gubernamentales son capaces de asumir las funciones políticas de gobierno, tales como la representación (capítulo 7).
Descentralización sustantiva	Asignación de autoridad y poder a varios niveles de gobierno. El componente sustantivo de la <i>descentralización</i> (a veces denominada descentralización funcional) se refiere a la medida en que la estructura formal se corresponde con competencias sustantivas (capítulo 7).
Desconcentración	Ocurre cuando el gobierno central dispersa su responsabilidad en la ejecución de una política pública entre sus delegaciones regionales, sin que ello implique la transferencia de autoridad (capítulos 4 y 7).
Discriminación positiva	Tomar de manera deliberada medidas de <i>acción afirmativa</i> para dar ventaja a un grupo específico, aun si al hacerlo otros quedan en desventaja. Suele justificarse por la necesidad de remover o contrarrestar desigualdades ilegítimas (capítulo 3).
Diseño gradual	Enfoque para diseñar cambios constitucionales a través de una serie de procedimientos que pueden extenderse en el tiempo para lidiar con un solo tema a la vez, y que generalmente involucra reformas graduales o reiterativas (capítulo 1).
Disolución	Cese formal de la <i>asamblea legislativa</i> . La disolución puede darse de tres formas (además de la autodisolución), cuyos límites dependen de su fuente. Puede ser un aspecto obligatorio de un proceso específico, iniciada por otra institución o introducida por otros actores (capítulos 4 y 5).
Dispersión del poder	Efecto de asignar o distribuir poder o autoridad a distintas y múltiples instituciones, agencias o niveles territoriales establecidos en la constitución, cada uno con algún grado de autonomía respecto del otro, con el fin de fomentar varios contrapesos de poder y evitar así su concentración (capítulo 1).
Disposiciones fundacionales	Disposiciones o secciones de una constitución que expresan los valores fundacionales del Estado (capítulo 2).
Diversidad	Existencia de distintos grupos políticos, económicos, sociales, culturales y demográficos dentro de una sociedad (capítulo 1).

División de poderes	Distribución de la autoridad estatal entre los distintos poderes y actores de manera que ningún poder del Estado puede ejercer las facultades asignadas específicamente a otro (capítulos 1, 2, 4 y 6).
División horizontal de la autoridad	Medida que explora opciones para desconcentrar el poder, ya sea dentro de uno de los poderes del Estado (por ejemplo, mediante una <i>presidencia colegiada</i> en el poder ejecutivo o una segunda cámara en el <i>poder legislativo</i>), o entre los poderes del Estado a nivel nacional (capítulo 4).
División vertical de la autoridad	Medida que explora opciones para asignar el poder a varios niveles de gobierno por medio de distintas formas de <i>descentralización</i> (capítulo 4).
Dualismo	Visión del derecho internacional según la cual los sistemas legales nacionales e internacionales existen por separado (capítulo 2).
Ejecutivo dual	Sistema en que hay tanto un Presidente como un Primer Ministro (capítulo 4).
Elaboración constitucional	Proceso que incluye la negociación, consulta, redacción o estructuración, implementación y enmienda de constituciones (capítulos 1, 2 y 3).
Enfoque basado en derechos	Enfoque relativo a la <i>elaboración constitucional</i> que considera que el Estado es el protector de los derechos y del bienestar de los ciudadanos, y prioriza dar cumplimiento a estos derechos en el diseño del gobierno y de la constitución (capítulo 1).
Enfoque de estructura básica	Modalidad de <i>elaboración constitucional</i> que destaca las funciones clave del gobierno y prioriza el establecimiento de instituciones que ejercerán la autoridad gubernamental (capítulo 1).
Enjuiciamiento político (<i>impeachment</i>)	Proceso mediante el que se presentan cargos en contra de una alta autoridad constitucional, cargo público o juez, el cual autorizaría su remoción (capítulo 4).
Esaños reservados	Esaños de una <i>asamblea legislativa</i> destinados en exclusividad a grupos minoritarios específicos y/o mujeres. Los representantes que ocupan estos esaños reservados suelen ser elegidos de la misma manera que los demás representantes, pero en algunos casos solamente son elegidos por integrantes de esa minoría particular indicada en la ley electoral/constitución (capítulos 2 y 5).

Estado de derecho	Doctrina que sostiene que ningún individuo o gobierno se encuentra por encima de la ley, y que todos, independientemente de su estatus social, son iguales ante la ley. Condición según la cual todo miembro del Estado, incluido su gobernante, acepta la autoridad de la ley (capítulos 1 y 2).
Estado de emergencia	Periodo en que se otorgan poderes extraordinarios, normalmente al <i>poder ejecutivo</i> , de manera que sea posible lidiar con circunstancias especiales que se consideran una emergencia (capítulos 4 y 5).
Federalismo personal	Sistema según el cual ciertos derechos y poderes se no se asignan territorialmente, sino a un grupo de personas (comunidades) que no están concentradas de forma territorial, sino dispersas a lo largo del país (capítulo 7).
Garantías legales	Normas jurídicas cuyo objetivo es prevenir que los poderes del Estado usen indebidamente sus facultades. Muchas veces toman la forma de <i>controles y contrapesos</i> ejercidos por un poder del Estado sobre otro (capítulo 6).
Gobierno compartido	En este tipo de gobierno las entidades subnacionales están involucradas en la elaboración de leyes (capítulo 7).
Gobierno de unidad nacional	Coalición de gobierno formada por varios partidos para mantener la estabilidad nacional, generalmente en situaciones de transición democrática o de emergencia (capítulo 1).
Gran diseño	Enfoque para la <i>elaboración constitucional</i> que implica diseñar una constitución de la forma más completa posible en un solo procedimiento de gran calado, en vez de realizar múltiples reformas separadas a través del tiempo (capítulo 1).
Independencia judicial	Libertad frente a la influencia de los otros actores o <i>poderes del Estado</i> ; la independencia judicial se considera fundamental para el funcionamiento del <i>poder judicial</i> y de una sociedad democrática (capítulo 6).
Integración regional	Transferencia de poderes hacia arriba desde el nivel nacional a una institución regional; por ejemplo, a la Unión Europea o a la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEEAO) (capítulo 7).

Intereses institucionales	Intereses de sectores específicos del gobierno que estos buscan fomentar durante el proceso de elaboración constitucional. A menudo se manifiestan en un órgano de gobierno o en otro actor que intenta maximizar o proteger su propio poder (capítulo 1).
Internacionalización	Transferencia de poderes hacia arriba desde el nivel nacional hacia una institución internacional, como por ejemplo las Naciones Unidas o la Corte Penal Internacional (capítulo 7).
Interpretación jurídica	Acto o proceso de determinar el sentido apropiado de un documento escrito, como una constitución, ley, contrato, escritura o testamento (capítulo 6).
Investigación	Herramienta de supervisión legislativa que permite al <i>poder legislativo</i> realizar una investigación sistemática o formal sobre las actividades del <i>poder ejecutivo</i> . Esta facultad suele ejercerla un comité o comisión especial (capítulo 5).
Justicia transicional	Recursos o medidas legales (y de otro tipo) para reparar perjuicios y agravios, tales como las violaciones de <i>derechos humanos</i> o actos de corrupción, cometidos en el pasado. Suelen usarse solamente durante períodos de cambio político importante (capítulo 1).
Legislar por decreto	Facultad del <i>poder ejecutivo</i> de crear leyes, manifestada ya sea como poderes delegados por parte de la <i>asamblea legislativa</i> o como poderes establecidos de forma original en la constitución. En el primer caso, el propio poder legislativo controla la delegación de autoridad, y puede revocarla en cualquier momento (capítulo 4).
Legitimidad jurídica	Atributo o cualidad de un gobierno o autoridad de ser aceptado como legítimo, principalmente por estar en conformidad con la ley o el proceso legal (capítulo 1).
Legitimidad moral	Atributo o cualidad del gobierno o autoridad de ser aceptado como legítimo principalmente porque goza de una lealtad moral, religiosa o consuetudinaria por parte de la población (capítulo 1).
Legitimidad política	Atributo o cualidad del gobierno o autoridad de ser aceptado como legítimo, principalmente porque tiene el apoyo de la mayoría (capítulo 1).

Mecanismos de ejecución	Leyes o arreglos que otorgan a ciertos cargos públicos la autoridad para implementar las disposiciones constitucionales (capítulo 2).
Modelo integrado	Modelo en que los tribunales nacionales y los de menor jerarquía están integrados en un mismo sistema. Los tribunales tienen el poder y la capacidad de conocer causas a nivel nacional y subnacional. Los jueces están autorizados y calificados para juzgar dos tipos de ley: la ley nacional y la ley subnacional respectiva (capítulo 7).
Modelo separado/dual	Tanto el nivel nacional como el subnacional tienen su propio sistema judicial (generalmente de tres niveles: juzgados locales, tribunales de apelación y la <i>Corte Suprema</i>). Los tribunales inferiores solamente aplican la ley de sus respectivos estados, mientras que la ley nacional la aplican los tribunales nacionales (capítulo 6).
Monismo	Visión del derecho internacional según la cual el derecho nacional y el internacional están unidos en un mismo sistema (capítulo 2).
Nombramiento judicial	Mecanismo por el cual se eligen los integrantes del <i>poder judicial</i> . Comúnmente se materializa en una propuesta de candidatos que elabora el <i>poder ejecutivo</i> y entrega al legislativo, el cual tiene la facultad de confirmar o vetar a los candidatos (capítulo 6).
Nombramientos externos	Facultad del <i>poder ejecutivo</i> para nombrar miembros de la asamblea legislativa, lo que disminuye la autonomía institucional y la independencia de esta última (capítulo 6).
Obligación de conducta	Obligación del Estado de tomar medidas y proveer los medios para facilitar el cumplimiento de los derechos económicos y sociales (capítulo 3).
Obligación de resultado	Obligación del Estado de asegurar que las medidas adoptadas satisfagan los derechos económicos y sociales, es decir, que tengan los resultados deseados (capítulo 3).
<i>Ombudsman</i> o Defensor del Pueblo	Oficial encargado de recibir quejas por parte de la ciudadanía y que tiene el poder de investigar dichas quejas, en general en relación con el comportamiento de funcionarios (capítulo 3).

Opiniones consultivas	Opinión no vinculante emitida por una <i>corte constitucional</i> , para asesorar al <i>poder legislativo</i> sobre la constitucionalidad de una propuesta de ley (capítulo 6).
Partes con derecho a veto	Actores e instituciones políticas, como la segunda cámara legislativa o presidentes, que tienen capacidad de veto, por ejemplo, de la acción legislativa (capítulos 4 y 5).
Participación popular	Implicación de las personas en el proceso de elaboración constitucional mediante mecanismos como reuniones de consulta, audiencias públicas y referéndums (capítulo 1).
Pluralismo jurídico	Existencia de múltiples sistemas jurídicos en una constitución. Suelen tomar la forma de una multiplicidad de sistemas independientes de tribunales regionales o especializados (capítulo 6).
Poder ejecutivo	Uno de los <i>tres poderes del Estado</i> . Su tarea principal es implementar las leyes (capítulo 4).
Poder judicial	Poder del Estado facultado para interpretar la ley, juzgar disputas legales y, en general, administrar justicia (capítulo 6).
Poder legislativo	Uno de los <i>tres poderes del Estado</i> . Sus tareas más importantes son crear y modificar leyes, y aprobar el presupuesto nacional (capítulo 5).
Poder legislativo bicameral	<i>Asamblea legislativa</i> compuesta de dos cámaras (capítulo 5).
Poder legislativo unicameral	<i>Asamblea legislativa</i> compuesta de una sola cámara (capítulo 5).
Poderes concurrentes	Poderes compartidos por los gobiernos nacional y subnacionales en una constitución. Si las leyes de un área de concurrencia entran en conflicto, la ley nacional suele ser la que prevalece (capítulo 7).
Poderes del Estado	Distintas secciones de autoridad y poder que existen dentro del diseño institucional de un Estado. Tradicionalmente, los Estados modernos cuentan con tres poderes distintos con facultades diferentes (ejecutivo, legislativo y judicial) (capítulos 1, 2, 4, 5 y 6).

Poderes enumerados	Poderes explícitamente establecidos en la constitución. Las subunidades de gobierno tienen el poder residual, de modo que no es necesario hacer una lista que especifique los poderes de las subunidades (capítulo 7).
Preámbulo	Sección introductoria de una constitución donde se describen su propósito e intenciones (capítulo 2).
Presidencia colegiada	Sistema en que participa más de una persona en la gestión de los asuntos presidenciales. Esta modalidad suele adoptarse para dar cabida a distintos grupos (capítulo 4).
Principios derivados	Véase <i>Principios implícitos</i> .
Principios implícitos (derivados)	Principios no establecidos de manera explícita en el texto de la constitución y que derivan de una percepción del “verdadero sentido” o espíritu del texto (capítulo 2).
Principios rectores	Directrices que establecen los objetivos fundamentales del Estado y esbozan los medios por los cuales el gobierno puede lograrlos (capítulo 2).
Proceso de reforma constitucional	Medio por el cual se altera una constitución, ya sea en forma de una modificación, una eliminación o una adición (capítulo 6).
Profundidad de la descentralización	Grado de exhaustividad de los poderes que se transfieren desde el centro hacia los niveles inferiores de gobierno (capítulo 7).
Promulgación	Procedimiento legal, generalmente una declaración formal, para dar efectividad o hacer entrar en vigor una nueva constitución o ley (capítulo 1).
Referéndum	Proceso por el cual las personas votan a favor o en contra de una propuesta para introducir un cambio en la constitución o en otra ley. El resultado de un plebiscito puede ser vinculante o no vinculante. Se conoce también como plebiscito (capítulo 1).
Representación proporcional	Sistema para elegir a los miembros del <i>poder legislativo</i> por el cual el número de asientos asignados a un partido concreto se determina en virtud del porcentaje de voto popular obtenido por ese partido (capítulo 5).

Responsabilidad judicial (rendición de cuentas)	Principio que garantiza que las actuaciones del poder judicial se ajusten al <i>Estado de derecho</i> . Este principio lo ejecutan otros poderes del Estado por medio de supervisión, controles y contrapesos (capítulo 6).
Revocación	Competencia del electorado para revocar el mandato de sus representantes en el <i>poder legislativo</i> o en el <i>ejecutivo</i> antes del final del mismo. Según el modo de participación de los ciudadanos, se distingue entre <i>revocación completa o mixta</i> (capítulos 4 y 5).
Revocación mixta	En la revocación mixta, la ciudadanía está involucrada solamente en uno de los pasos del proceso de revocación del mandato, ya sea dándole inicio o decidiéndolo en un referéndum (capítulo 4).
Revocación total	En las constituciones que disponen la revocación total, tanto la iniciativa para la revocación del mandato como la decisión final descansan de forma exclusiva en la ciudadanía (capítulo 1).
Sistema electoral	Parte de la legislación y la normativa electoral que determina cómo se eligen los partidos y candidatos para conformar un órgano representativo. Sus componentes más importantes son la fórmula electoral, la estructura de votación y el tamaño de los distritos (capítulo 5).
Sistema electoral de mayoría relativa	Sistema electoral en el que el candidato elegido es aquel que recibe más votos que cualquier otro (capítulo 5).
Sistema federal	Sistema de gobierno compuesto de una federación de organizaciones o estados que mantienen sus poderes independientes, pero que ceden autoridad a un gobierno central federal en ciertas áreas específicas. Un nivel de gobierno no puede modificar unilateralmente la distribución de las facultades o las competencias exclusivas del nivel subnacional. Cualquier alteración de autoridad entre los niveles de gobierno requiere el consentimiento de todos los niveles afectados (capítulo 7).
Sistema judicial	Marco judicial de una nación en su totalidad, incluido el sistema de tribunales, las normas y prácticas judiciales, y las leyes (capítulo 6).
Sistema mixto	Diseño del poder ejecutivo que de alguna manera combina aspectos del <i>sistema presidencial</i> y del <i>parlamentario</i> (capítulo 4).

Sistema parlamentario	Diseño institucional del gobierno en el cual el jefe del mismo es elegido por el <i>poder legislativo</i> y es responsable ante este (capítulo 4).
Sistema presidencial	Diseño institucional del gobierno en el cual el jefe de Estado y el jefe del gobierno típicamente son la misma figura, quien es elegida directamente por el pueblo para ejercer por un período fijo (capítulo 4).
Sistema unitario	Sistema en que un nivel de gobierno puede revocar la distribución de poderes unilateralmente, incluidas las competencias exclusivas del nivel subnacional (capítulo 7).
<i>Spoilers</i> o saboteadores	Actores que trabajan en contra o impiden posibles acuerdos, incluidas las disposiciones constitucionales (capítulo 1).
Transferencia	Forma más profunda de descentralización, y que involucra la transferencia o desplazamiento de una cartera de autoridad a gobiernos regionales o locales (capítulo 7).
Veto	Capacidad de un cargo público u órgano para bloquear, obstaculizar o postergar la toma de decisión o promulgación de legislación (capítulos 4 y 5).
Veto absoluto	Forma de veto que bloquea una decisión y que no puede ser revocada por otro actor político (capítulo 5).
Veto parcial	Permite al Presidente rechazar partes de una proposición de ley sin bloquearla completamente (capítulo 5).
Veto presidencial	Competencia del Presidente para bloquear la creación de políticas legislativas. El Presidente puede rechazar una proposición de ley por razones estrictamente políticas o impugnar la constitucionalidad de una ley (capítulo 5).
Veto total	Permite al Presidente aceptar o rechazar una proposición de ley como un todo (capítulo 5).
Violaciones graves	Abusos de <i>derechos humanos</i> a gran escala o sistemáticos. Suelen estar acompañados de represión y violencia estatal contra la población general (capítulo 3)

Votación por doble mayoría	Proceso de votación que requiere dos mayorías; primero una mayoría ordinaria y segundo una mayoría de los miembros del poder legislativo pertenecientes a una minoría. Este procedimiento se suele usar cuando se tratan asuntos sensibles (capítulo 5).
Voto de censura	Competencia del <i>poder legislativo</i> de retirar su apoyo al gobierno y/o cargos individuales del poder ejecutivo y así separarlos de sus cargos. En algunas asambleas legislativas se requiere un voto de censura “constructivo”, mediante el cual se nombra un nuevo Primer Ministro antes de aprobar el voto de censura (capítulo 5).

Sobre los autores

Markus Böckenförde se desempeña actualmente como líder del Equipo Asesor del Personal de Planificación de Políticas Públicas del Ministro Federal para la Cooperación Económica y el Desarrollo, y como investigador principal en el Instituto Alemán para el Desarrollo. Entre 2009 y abril de 2011 fue Oficial de Programa y gerente interino del Programa de Elaboración de Constituciones de IDEA Internacional, Estocolmo. Antes de unirse a IDEA, fue jefe de Proyectos para África y miembro investigador del Instituto Max Planck para el Derecho Público Comparado y el Derecho Internacional (MPIL) en Heidelberg (2001-2008). En 2006-2007 fue enviado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania a la Comisión de Evaluación y Asesoría (AEC) en Sudán en calidad de experto legal. La AEC está instruida para apoyar y supervisar la implementación del Acuerdo de Paz Integral de Sudán. Desde 1995 a 1997 fue asistente de investigación del juez profesor Helmut Steinberger, el delegado alemán para la Comisión de Venecia (órgano asesor del Consejo de Europa sobre asuntos constitucionales).

El doctor Böckenförde es licenciado en Derecho y doctor por la Universidad de Heidelberg, y magíster en Derecho por la Universidad de Minnesota. Además tiene el equivalente a una licenciatura en Ciencias Políticas (Universidad de Friburgo). Ha participado en los procesos de elaboración constitucional de Sudán y Somalia, donde trabajó junto con las asambleas constituyentes pertinentes, y también ha estado involucrado en los procesos de Afganistán y Nepal. Tiene variadas publicaciones en el área del derecho constitucional y de elaboración constitucional, y es coautor de varios Manuales Max Planck que se usan como material de capacitación para los proyectos de Max Planck. Ha trabajado como consultor para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Sociedad Alemana para la Cooperación Técnica (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, GTZ, ahora Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, GIZ), el Ministerio de Relaciones Exteriores de Alemania, la Fundación Konrad Adenauer y la Fundación Friedrich Ebert.

Nora Hedling es miembro clave del personal del Programa de Elaboración de Constituciones de IDEA Internacional. Su trabajo se enfoca principalmente en el desarrollo de herramientas de conocimiento. Previamente, investigó en las áreas de ley electoral y reforma judicial en la Universidad de Minnesota y el Departamento de Estado de EE. UU., entre otros lugares. También ha trabajado en el sector público y en el área de la educación. Hedling es licenciada en Humanidades por la Universidad de Tufts y doctora por la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota. Integra el Colegio de Abogados del estado de Minnesota. Más recientemente recibió su Magíster en Ley Europea por la Universidad de Estocolmo, donde fue galardonada con el Premio de Derecho de la Oxford University Press.

Winluk Wahiu se incorporó a IDEA Internacional en 2006. En 2008 fue el jefe de misión interino para IDEA Internacional en Nepal, donde ayudó a implementar un programa de apoyo para un proceso participativo de elaboración constitucional. También

estuvo involucrado en la estructuración de la nueva Constitución de Kenia entre 2004-2005, principalmente como asesor legal del Ministerio de Justicia y del Comité Selecto Parlamentario responsable del proceso. Además, asesoró a la Organización General de Derechos Humanos en Uganda (2004) y a la Sociedad de Derecho de Suazilandia. Coordinó el Programa Africano de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia, una iniciativa conjunta de las secciones keniatas y suecas de la Comisión Internacional de Juristas, junto con su secretaría en Ginebra, y aportó a la implementación nacional de normas sobre derechos humanos por medio de litigación constitucional en 16 países subsaharianos. Este experto constitucional y graduado de la Universidad de Nairobi ha sido reconocido por la Sociedad de Derecho de Kenia por su rol en el proceso constitucional de ese país.

Acerca de IDEA Internacional

El Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) es una organización intergubernamental que promueve la democracia sostenible en todo el mundo. La misión de IDEA Internacional consiste en promover un cambio democrático sostenible ofreciendo conocimientos comparativos, respaldando las reformas democráticas e influyendo en decisiones del ámbito político.

¿Qué hace IDEA Internacional?

En las esferas de las elecciones, la elaboración constitucional, los partidos políticos, el género en la democracia y el empoderamiento político de las mujeres, y las autoevaluaciones democráticas, desarrollamos nuestra labor mediante tres ámbitos de actividad:

1. el suministro de conocimiento comparativo obtenido de la experiencia práctica sobre procesos de construcción de la democracia en diversos contextos en todo el mundo;
2. la asistencia a agentes políticos en la reforma de las instituciones y los procesos democráticos y la participación en procesos políticos cuando se nos invita a ello, y
3. la influencia en las políticas de construcción de la democracia mediante el ofrecimiento de nuestros recursos de conocimientos comparativos y asistencia a los agentes políticos.

¿Dónde actúa IDEA Internacional?

IDEA Internacional actúa en todo el mundo; tiene su sede en Estocolmo y cuenta con oficinas en las regiones de África y Asia Occidental, Asia y el Pacífico, América Latina y el Caribe, y Europa. IDEA Internacional goza de la condición de Observador Permanente de las Naciones Unidas.

<<https://www.idea.int/es>>



El contenido de una constitución proporciona un modelo para el funcionamiento de un estado, garantiza los derechos y esboza los mecanismos para su implementación, así como para dar forma al futuro de una nación. La *Guía práctica para la elaboración constitucional* proporciona una base esencial para comprender las constituciones y la elaboración constitucional. Llena de ejemplos a nivel mundial de acuerdos pioneros y disposiciones innovadoras adoptadas durante los procesos de cambio constitucional, la Guía ofrece una amplia gama de formas a través de las cuales se desarrollan las constituciones y cómo su desarrollo puede establecer y afianzar los valores democráticos. Más allá de los ejemplos comparados, la Guía contiene un análisis en profundidad de los componentes clave de las constituciones y las fuerzas del cambio que les dan forma.

Esta herramienta provee información capaz de enriquecer las discusiones iniciales sobre las opciones de diseño constitucional y será de gran utilidad para comenzar a entender la complejidad de la elaboración constitucional.

Puede que el mundo pronto sea testigo de una nueva ola de elaboración de constituciones democráticas como resultado de las dinámicas actuales del mundo árabe. Por lo tanto, esta Guía se publica en el momento oportuno.

Cassam Uteem, Ex-Presidente de Mauricio

[Del Prólogo de la Guía]

IDEA Internacional

Strömsborg

SE-103 34 Estocolmo

Suecia

Tel: +46-8-698 37 00

Fax: +46-8-20 24 22

Correo electrónico: info@idea.int

Página web: www.idea.int

ISBN: 978-91-7671-537-6