



**MECANISMOS PARTICIPATIVOS
EN PROCESOS DE REEMPLAZO CONSTITUCIONAL:
PERSPECTIVA COMPARADA**

Autor

Francisco Soto Barrientos



Esta publicación fue realizada con el apoyo técnico del Centro Internacional para la Ley del Sector No-Lucrativo (International Center for Not-for-Profit Law). Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no son respaldadas o patrocinadas por el ICNL.

Esta publicación tiene Licencia Creative Commons (CC)
Se debe reconocer los créditos del texto de la manera especificada por el autor. No se puede usar este texto para fines comerciales.

Santiago de Chile, otoño 2016

Contenido

1.- Antecedentes	4
2. Los procesos participativos ex antes de la elaboración de una nueva constitución.....	8
3. Procesos participativos generados durante la elaboración de un texto constitucional	11
4.- La participación al final del proceso constituyente, como legitimación.....	15
5. Los cuestionamientos a la participación constitucional; el debate latinoamericano.	17
6. Conclusiones y eventuales lecciones de la experiencia comparada al proceso constituyente chileno.....	19
7. Bibliografía	22

1.- Antecedentes

El establecimiento de nuevos órdenes institucionales a través de la elaboración de constituciones escritas, caracteriza el advenimiento del Estado moderno desde las revoluciones francesas y norteamericana. Aunque este fenómeno ha sido relevado como principal antecedente del surgimiento del derecho público- entendido como el ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre los poderes públicos y las personas o entidades privadas-, lo propio de las constituciones es que regulan el proceso de creación de normas y la estructura básica de una comunidad. En cuanto a la primera de estas características, las cartas fundamentales suelen distinguir un procedimiento ordinario o regular que permite elaborar leyes, de otro excepcional o superior que configura el orden constitucional, generalmente formulado a través de un particular acto solemne aprobada por una asamblea electa.¹

Es así, que la creación de constituciones es irreductiblemente vinculada con el constitucionalismo, basado en ciertas ideas acerca de la naturaleza del hombre que encuentran expresión en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Para Fioravanti, la constitución moderna sólo puede ser entendida a partir de la separación de funciones y el límite a la autoridad, ambos ejes articuladores del constitucionalismo moderno.²

Actualmente varias investigaciones han buscado sistematizar los procesos de elaboración constitucional en los Estados Moderno. Así un primer estudio relevante, lo encabezó un consorcio de investigadores en EUA con sede en la Universidad de Illinois, quienes reunieron, en el *Comparative Constitutions Project*,³ el mayor conjunto de información constitucional que abarca la mayoría de las constituciones hechas desde 1789 a la actualidad (en total 746). Uno de los

¹ Biscaretti Di Ruffia (1975), pp. 286 y 287; De Vergottini (1985), p. 131; y Merryman (1995), p.38

² Fioravanti (2001), p. 86.

³ [fecha de consulta:13 de diciembre de 2015] [Disponible:http Ver <http://comparativeconstitutionsproject.org>]

principales objetivos de esta investigación fue indagar en las razones que explican los cambios totales a nivel constitucional.⁴ Por otro lado, la Universidad de Princeton desarrolló un segundo estudio comparativo sobre una muestra significativa, analizando el impacto del cambio constitucional en la resolución de conflictos. Finalmente, un tercer estudio empírico de relevancia fue elaborado por el Centro de Investigación sobre Democracia Directa de la Universidad de Zürich, sobre 160 casos. Esta investigación buscó indagar en qué medida los procesos de elaboración de una nueva constitución impactan en la estabilidad del orden constitucional expresado en dos indicadores: avances democráticos y resolución de conflictos.⁵

Una de las primeras conclusiones que se puede desprender de estas aproximaciones empíricas es que la elaboración de nuevas constituciones hoy no es monopolio de los sistemas democráticos y deliberativos. A lo largo de la historia nos encontramos con varios casos de gobiernos autoritarios que se han dado en la tarea de realizar nuevas constituciones como legado de su gobierno. Por ejemplo, los 17 años que Stalin le dedicó a la elaboración de la Constitución de 1936,⁶ la constitución japonesa de 1946, redactada por el ejército de ocupación de los Estados Unidos, la Constitución de 1980 en Chile, entre otras. Nos encontramos en todos estos casos con constituciones generadas sin constitucionalismo.⁷ En este sentido, para los gobiernos autoritarios la coordinación entre actores claves, la institucionalización de decisiones y procedimientos, o la definición de ciertos valores y principios, justifica la dedicación en la formulación de cartas fundamentales. Estas experiencias han llevado a plantear la necesidad de conformar una reflexión sobre el cambio constitucional y su función más amplia que la generada a la sombra del constitucionalismo. Por lo pronto, el efecto legitimador que genera una nueva constitución opera tanto para dictaduras como democracias. Ginsburg y Simpser concluyen, refiriéndose a las constituciones generadas bajo gobiernos autoritarios, que todo nuevo diseño institucional se

⁴ Elkins y otros (2009).

⁵ Wheatley y Méndez (2013).

⁶ Getty (1991), pp. 18-35.

⁷ Murphy (1993), pp. 3-25.

encuentra fuertemente determinada por la existencia de intereses divergente en la elite gobernante.⁸

Esta manera de entender las constituciones generadas en procesos autoritarios confronta la tesis de Loewenstein, que considera imposible desprender de ella una racionalidad capaz de sustentarse en el tiempo. El poder dictatorial es esencialmente extra normativo, no tendrían más proyección que la mantención en el poder del poder fáctico que los sustentan. Para ello, este autor alemán distingue en su clasificación “ontológica de las constituciones” tres modelos: normativo, nominal y semántico. El factor que diferencia una categoría de otra está dado por la concordancia entre las normas constitucionales con la “realidad del proceso de poder”. Lo determinante en una reflexión constitucional no es el puro análisis del texto normativo, sino lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. Así, una constitución será normativa o nominal si la dinámica del proceso político se adapta o no a sus normas, mientras que será semántica cuando el texto constitucional es instrumentalizado en beneficio exclusivo de quien detenta el poder. De esta manera para Loewenstein las constituciones autoritarias siempre serían nominales o semánticas, que a diferencia del constitucionalismo, donde sí se distribuye el poder de manera normativa, son simple fachadas de un control centralizado del poder.⁹

Para Barros esta tensión irreconciliable entre constitucionalismo y gobiernos autoritarios, viene siendo superada desde la segunda guerra mundial, debido a cierto desprestigio de las dictaduras monocráticas y la interdependencia económica. Así los actuales modelos autoritarios, en particular este autor analiza el gobierno militar en Chile entre 1973-1989, han logrado establecer límites institucionales e incluso articular propuestas constitucionales capaces de proyectarse en el tiempo.¹⁰

⁸ Ginsburg y Simpser (2013).

⁹ Loewenstein (1948), pp. 14-64 y (1983), pp. 216- 222.

¹⁰ Barros (2002), pp. 36-68.

Con todo, si bien la democracia y la deliberación no justifica el reemplazo de una constitución, si es condición de su estabilidad. Los diseños constitucionales inclusivos proveen oportunidades para una política más democrática, mayores limitaciones en el ejercicio de la autoridad política, en definitiva, constituciones más fuertes y duraderas.¹¹

En general los estudios comparados tienden a valorar la participación y la deliberación en los procesos de cambio constitucional, ya que incrementa la legitimidad constitucional, aumentando el grado de apropiación popular de la Constitución, reduciendo a la vez la injerencia de intereses privados en la política, produciendo mayor estabilidad, mejor capacidad para resolver conflictos y profundizando la democracia.¹²

No obstante, la forma en que esta deliberación se ha desarrollada es muy variada y en algunas casos ni siquiera se puede asociar a mecanismos de participación, sino son más bien a procesos sociales que de alguna manera gatillan posteriores reemplazos constitucionales. Esto nos obliga a distinguir entre diversos tipos de experiencias comparadas.

¹¹ Carey (2009).

¹² Hart (2001) pp. 153–176; Elster y otros (1998); y Ghai (2006).

2. Los procesos participativos ex antes de la elaboración de una nueva constitución.

Este tipo de participación ciudadana tiene lugar en la etapa preliminar, a veces, germinal de un proceso constituyente. Nos encontramos con experiencia, institucionalizadas muy relevantes como la iniciativa popular que permite llamar a una asamblea constituyente o algún otro mecanismo de reemplazo constitucional. Esta institución se inspira de las reflexiones Condorcet, quien funda su propuesta en una mirada crítica al rol de las facciones políticas y las asambleas durante la revolución francesa. Según este autor, estos grupos lejos de fundar el reemplazo constitucional en auténticas demandas de ciudadanas, buscaban imponer criterios mezquinos y circunstanciales. Con la iniciativa popular se crea un estándar objetivo para conectar el cambio constitucional con un sentir popular refrendado con un número de firmas. La iniciativa popular de reforma constitucional se transformaría de esta manera, en una especie de control político del proceso constituyente derivado.¹³

Aunque la idea de iniciativa popular para la reforma constitucional no fue recogida en el constitucionalismo francés (salvo en la constitución de 1793), sí la encontramos en Suiza en las constituciones de los cantones de St. Gallen, Ginebra y Vaud y, finalmente, en la propia constitución de 1848 y en sus posteriores versiones, que establece la exigencia de iniciativa popular para su reforma o cambio total.¹⁴

En Latinoamérica, la iniciativa popular que da origen a un proceso constituyente se encuentra regulado en la Constitución de Uruguay, Colombia, Venezuela y Ecuador.¹⁵

Entre los procesos ex antes, también deben considerarse lo no institucionalizados, que se traduce en movimientos sociales, o campañas electorales, entre otras que instalan en la agenda nacional la necesidad de cambio constitucional. Aunque no

¹³ Mercier (2003), pp. 483- 512.

¹⁴ Soto (2013), p. 401.

¹⁵ Renfer (2010).

producen un efecto vinculante para los órganos constitucionales, genera efectos indirectos dignos de ser considerados.

Emblemática en este sentido es la experiencia de Colombia, donde el proceso constituyente se inicia en 1990, durante la elección de representantes al Congreso, Departamentos y Municipios. En total cada ciudadano debía elegir 6 autoridades, pues bien, el “movimiento de la séptima papeleta” constituido preferentemente por estudiantes universitarios, propuso incluir un séptimo voto en que se solicitaría una reforma constitucional mediante la convocatoria una Asamblea Constituyente. Dicho voto y papeleta no fueron reconocidos por el Consejo Electoral. El Gobierno decidió mediante decreto convocar a una Asamblea Constituyente, y esta medida finalmente resulta refrendada por la Corte Suprema de Justicia, órgano responsable del control de la constitucionalidad en esos momentos.¹⁶

En esta misma lógica cabe destacar procesos sociales generados en Bolivia y Ecuador (desde 2000), Islandia (2008), Túnez (desde 2010), entre otras experiencias relevantes a considerar recientemente.¹⁷ Una manera en que se ha logrado canalizar esta voluntad de cambio se expresa en la iniciativa de articular consultas o plebiscito sobre la pertinencia efectuar el cambio, definiendo en ocasiones el mecanismo mediante el cual se desarrollaría el reemplazo: Asamblea Constituyente, Congreso Nacional, Comisión Constituyente, entre otras.

El plebiscito de la reforma constitucional, puede ser previsto o no por el ordenamiento jurídico. En los casos en que esta fórmula se encuentre en la constitución, generalmente es regulada como una consulta obligatoria frente a una reforma constitucional. En este último caso nos encontramos ante un mecanismo de consulta que dificulta la posibilidad de cambio constitucional, ya que no sólo se debe contar con el quórum necesario de parlamentarios, que muchas veces requiere de una mayoría con quórum especial, sino que ante una opinión pública sensibilizada con la reforma en cuestión y con voluntad de concurrir a las urnas.

¹⁶ Osuna y otros (2000), pp. 261-277.

¹⁷ PNUD (2015).

En este sentido, pensamos que el referéndum puede ser considerado como un mecanismo funcional a la estabilidad o al conservadurismo constitucional.

Este tipo de referéndum nace con la constitución Suiza de 1848, y se mantiene en vigencia hasta la fecha en su actual artículo 140. También ha sido recogido por otras cartas europeas como la española (art.168.2 y 3), la francesa (art. 89), la irlandesa (art. 47), la danesa (art. 88) y la italiana (art.138). Esta última, con la particularidad de que establece la posibilidad de llamar a referéndum mediante iniciativa popular, cuando una reforma no logra alcanzar los dos tercios de apoyo parlamentario. Dicho instrumento ha sido calificado como referéndum facultativo, porque su convocatoria no es controlada por los órganos que participan de una determinada reforma, sino que por la ciudadanía.¹⁸

En Latinoamérica, la constitución uruguaya también establece un caso de referéndum obligatorio en materia constitucional (art. 331, letras b), de la misma manera que la boliviana (art. 411.1) y la peruana (art. 206). La carta fundamental colombiana de 1991 señala en su art. 377 una particular fórmula referendaria, ya que restringe su carácter obligatorio en relación con determinadas materias como los derechos fundamentales, los procedimientos de participación popular o las materias requeridas por iniciativa popular.

Finalmente, nos encontramos con referéndum al inicio no previsto en los procesos de reforma constitucional. Esta fue la alternativa para iniciar procesos de reemplazo constitucional en Latinoamérica (Venezuela, Ecuador y Bolivia) y supuso descansar en la iniciativa del Presidentes de la República, con la complicidad de Tribunales supremos que hicieron “vista gorda” a los procesos de reforma constitucionalmente previstos. El papel de estos altos tribunales resulta ser determinante en el éxito de los procesos constituyentes que transitan por fórmulas de reformas no consideradas. La experiencia comparada demuestra numerosos casos de reformas inconstitucionales impulsadas por gobiernos que

¹⁸ Olivetti (2007), pp. 157-175.

fracasaron por no contar con este apoyo. Es el caso de India (1975), República Checa (2006), Nicaragua (2009), entre otros casos relevantes.¹⁹

Si analizamos la experiencia latinoamericana, los procesos constituyentes que se iniciaron mediante plebiscitos muestran una polarización creciente que termina afectando el grado de deliberación de procesos supuestamente participativos. Un ejemplo paradigmático en este sentido es Venezuela que, mediante un referéndum realizado el 25 de abril de 1999, decidió la convocatoria a una asamblea constituyente, generando un nivel de beligerancia política que hizo que la oposición se restara de toda esta discusión. La abstención en el referéndum superó el 62% y el 95.41% de representantes que resultaron electos pertenecían a la coalición gobernante.²⁰ De igual manera, estos efectos polarizadores en el debate constitucional se pueden observar en las consultas realizadas en Bolivia y Ecuador.²¹

3. Procesos participativos generados durante la elaboración de un texto constitucional

Una primera alternativa de participar se expresa en la elección de representantes de la Asamblea. Elecciones populares para la selección de los miembros del órgano constituyente se han realizado también en Sudáfrica (1996), Uganda (1995), Italia (1947), Portugal (1978), Camboya (1993), entre otros.²²

Aunque, en el último tiempo, la doctrina tiende a relativizar la opción por el órgano constitucional, ya que finalmente las distintas fórmulas tienden a descansar en instancias representativas. La idea de radicar las reformas en comisiones de experto o parlamentarios, ha tendido a ser dejada de lado estructuras con un mayor número de participantes como la Asamblea o el Congreso Constituyente.

¹⁹ Soto (2014), p. 402.

²⁰ Hernández (2011), p. 231 y Renfer (2010), p. 325.

²¹ Soto (2014).

²² PNUD (2015), p. 17.

Esto debido a que este tipo de comisiones tienden a desarrollar escaso dialogo con la ciudadanía y suelen ser asociadas a procesos cerrados.²³

Con todo nos encontramos con algunas experiencias donde las comisiones constituyentes desplegaron algún tipo de participación. Esta el caso de Polonia (1997) donde el Congreso con el apoyo del Gobierno nombra un Comisión especial encargada de recabar sugerencias y comentarios, a partir de una amplia gama de grupos, incluidos los partidos políticos. Ruanda (2003), donde luego de elegir una asamblea legislativa, se estableció una comisión constitucional que estuvo a cargo de un proceso de consultas. También es digna de tomar en cuenta la experiencia de Angola (2010), donde la Constitución fue elaborada por una comisión de 60 diputados asesorada por un grupo técnico. Y Finalmente, Marruecos (2011), los órganos constitucionales acuerdan crear una Comisión Consultiva para la Reforma de la Constitución (CCRC), la cual desarrolla una ronda de audiencias con diferentes actores político-sociales los que presentas propuestas concretas con la que finalmente se genera un proyecto de reforma constitucional, el cual es ratificado con un referéndum.²⁴

Con todo, el mayor número de experiencias desarrolladas en los últimos 30 años se vinculan a las asambleas o congreso constituyentes. En estricto rigor la Asamblea Constituyente, al igual que el cambio por la vía parlamentaria, es una fórmula representativa, que no supone, por si sola participación directa de la ciudadanía. Vale decir, requiere la elección de una asamblea al igual que el Congreso, que tiene la particularidad que su único fin es la elaboración de una nueva constitución.²⁵

De hecho una de las experiencias comparadas más participativas es la de Brasil, que surge mediante la enmienda constitucional 26/85 que encomendaba a la reunión de la Cámara de Diputados y del Senado en la elaboración de una nueva constitución. El poder legislativo brasileño articuló varios procesos participativos

²³ Wheatley y Mendez (2013).

²⁴ PNUD (2015) y Wheatley y Mendez (2013).

²⁵ Saati (2015).

complementarios realizados por organizaciones de la sociedad civil. La metodología participativa utilizada se le denominó “desde cero”, ya que suponía ir construyendo en debates temáticos un diálogo que permitiera identificar los problemas hasta consensuar formulas normativas de manera. En una primera instancia se generaron audiencias públicas organizadas entre los diversos sectores, para luego generar, después de veinte meses de deliberaciones “constitución ciudadana”.²⁶

Del mismo modo, nos encontramos con Asambleas Constituyentes altamente participativas, como es el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia, donde los respectivos gobiernos coordinaron extensos diálogos ciudadanos tendientes a incorporar las demandas de los movimientos sociales. Pero también nos encontramos con procesos constituyentes fuertemente intervenida por el gobierno de turno, como es el caso peruano (1993) o venezolano (1999) por dar algunos ejemplos. En las diez constituciones latinoamericanas que regulan la AC algunas de ellas han hecho definiciones en materia de participación en el sentido de subordinar el resultado deliberativo de la Asamblea Constituyente a un referéndum de ratificación (Colombia, Uruguay y Ecuador).²⁷

Así, el más recientes de estos estudios llega a señalar que: “(...) hemos identificado un conjunto significativo de eventos en los que las constituciones fueron elaboradas por un organismo designado por la elite política de turno, posteriormente ratificada por un referéndum, y en el que el efecto de este proceso fue consolidar el control autoritario. Este hallazgo nos llevó a concluir que el uso de un referéndum no era necesariamente una característica de un proceso abierto y democrático.”²⁸

En consecuencia, la Asamblea Constituyente puede bajo condiciones ideales asegurar un grado importante de participación, pero en diversos contextos

²⁶ Bonavides (2001) y Figueiredo (2008).

²⁷ Soto (2014) pp. 397-428 y Gómez (2012).

²⁸ Wheatley y Mendez (2013), p. 434.

políticos recientes, varios de ellos de países latinoamericanos, esta exigencia o característica no se ha dado o se ha producido de modo imperfecto.

El debate sobre el espacio institucional para la elaboración de una nueva constitución tiene importantes matices según sea la tradición constitucional en que nos encontremos. La tensión permanente se da básicamente sobre el papel que le cabe al Congreso en esta materia. Así en el constitucionalismo inglés nos encontramos con Blackstone y su idea de la omnipotencia del parlamento para cambiar el orden constitucional. La cual llevó a Burke a plantear, a su vez, la tesis de la constitución consuetudinaria, limitando de manera significativa la intervención parlamentaria en lo constitucional. En Francia, el rol del Congreso en la elaboración de una nueva constitución es cuestionado con los primeros debate de la revolución francesa. Carre de Malberg sistematiza este debate, llamando “asambleas omnipotentes” a aquellas que quieren fusionar la actividad legislativa con la constituyente.²⁹

En todo este debate la Asamblea Constituyente surge como una respuesta ponderada, como una forma de control ciudadano a la tendencia a monopolizar el debate por los partidos políticos. Así lo entiende Böckenförde, al valorar la regulación constitucional de la Asamblea Constituyente como mecanismo de reforma total. Este autor considera que su regulación en la constitución genera un efecto permanente, estableciendo un mandato claro a los poderes constituidos en orden a mantener un vínculo con el pueblo en el cumplimiento de la constitución.³⁰

²⁹ Carré de Malberg (1998), pp. 1217-1220.

³⁰ Böckenförde (2000), pp.161-163.

4.- La participación al final del proceso constituyente, como legitimación.

Según un reciente informe del PNUD una vez elaborado el nuevo texto constitucional, la participación ciudadana puede tener cabida como ratificación de un texto de reemplazo constitucional.

Dicho informe señala:

“Este espacio de participación es de relevancia, puesto que constituirá un mecanismo de control ciudadano (accountability) sobre aquellos a quienes se les otorgó el mandato de ejercer el poder constituyente. Existe por tanto una intervención directa en el proceso, que en la mayoría de los casos es vinculante. No obstante, este tipo de participación no es sustitutivo de la deliberación pública que otros mecanismos pueden fomentar de mejor manera ya que no permite una incidencia en el contenido del texto constitucional. En tal sentido puede servir como un paso altamente deseable para finalizar un proceso constituyente con un alto grado de legitimidad, pero no asegura el involucramiento de la ciudadanía en las otras fases del proceso constituyente.”³¹

La doctrina comparada, discrepa de esta perspectiva, el referéndum no es una herramienta que promueva la participación y la deliberación constitucional. Más bien, tiende a ser vinculado con procesos cerrados, poco legitimados y que surgen mediante acuerdos de la elite política. Así, varios estudios cuantitativos que pretenden indagar en qué medida los procesos de elaboración de una nueva constitución impactan en la estabilidad del orden constitucional, identifican al referéndum como una herramienta de legitimación más que de participación.³²

Así en uno de los más recientes de estos estudios se llegan a señalar que:

³¹ PNUD (2015), p. 18.

³² Widner (2008), Elkins y otros (2009) y Wheatley y Mendez (2013).

“(…) hemos identificado un conjunto significativo de eventos en los que las constituciones fueron elaboradas por un organismo designado por la elite política de turno, posteriormente ratificada por un referéndum, y en el que el efecto de este proceso fue consolidar el control autoritario. Este hallazgo nos llevó a concluir que el uso de un referéndum no es necesariamente una característica de un proceso abierto y democrático.”³³

Así para estos últimos autores la participación no puede ser entendida al final del proceso constituyente y más bien operaría como forma de legitimación. Con todo, la idea de consultar mediante referéndum ratificatoria se transformado en un procedimiento habitual en el proceso de diseño constitucional.³⁴

El citado informe del PNUD señala que la ratificación del texto elaborado por sus respectivas asambleas constituyentes ha ocurrido en Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009) e Islandia (2012). Países que han elegido una comisión constituyente o que el cambio ha sido vía el parlamento, que han ratificado el texto popularmente y donde además han operado otros mecanismos participativos son Turquía (1982), Rusia (1993), Polonia (1997), Suiza (1999), Ruanda (2003) y Marruecos (2011). Finalmente, entre los países donde la única oportunidad de participación ciudadana se ha dado a través de la ratificación del texto final que ha sido elaborado por un comité designado destacan Francia (1958), Filipinas (1987), y Argelia (1996).³⁵

³³ Wheatley y Mendez (2013), p. 434.

³⁴ Ginsburg y otros (2008), pp. 361-382.

³⁵ PNUD (2015), p. 18.

5. Los cuestionamientos a la participación constitucional; el debate latinoamericano.

Desde 1978 se han elaborado 16 constituciones completas en América Latina.³⁶ Los cambios totales recientes en la región, especialmente en el ámbito andino, se han caracterizado por la emergencia de textos constitucionales que procuran responder principalmente a los problemas de desigualdad y exclusión social³⁷, incluyendo una abundancia en el catálogo de derechos ciudadanos.³⁸ Otros elementos comunes la incorporación de múltiples mecanismos para la participación directa de la ciudadanía,³⁹ mecanismos de control constitucional en manos de la ciudadanía y garantías que limiten no sólo al poder político sino también a los poderes sociales privados, así como formas de convivencia republicana plurinacionales, consagrando sistemas de derecho colectivos para los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico.⁴⁰

Otro elemento unificador de los procesos de reemplazo constitucional en las pasadas décadas en la región ha sido su surgimiento a partir de reivindicaciones de movimientos sociales populares y que han sido producidos a través de mecanismos participativos de asambleas constituyentes.⁴¹ Así también, es común la pretensión refundacional de los sistemas políticos.⁴² Formalmente, las nuevas constituciones del mundo andino se han caracterizado por sus innovaciones experimentales, la ya referida extensión o amplitud de los contenidos, la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible, y el hecho de que consideran la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional.⁴³

Los procesos políticos en que se contextualizan las asambleas constituyentes en el mundo andino emergen a partir de una institucionalidad estatal deslegitimada, el derrumbe de los partidos políticos, la aparición de nuevos actores sociales, la

³⁶ Nolte (2011).

³⁷ Gargarella Y Courtis (2009), p. 11

³⁸ Viciano y Martínez (2010), p.18.

³⁹ Uprimny, (2011).

⁴⁰ Wolkmer y Machado (2011).

⁴¹ Viciano Y Martínez (2010), p. 315.

⁴² De Souza Santos (2010).

⁴³ Martínez (2008).

presencia de liderazgos carismáticos y la permanencia reluctante de altos niveles de exclusión social y pobreza.⁴⁴ Se pueden observar contradicciones en los procesos políticos constituyentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En primer lugar, la inconsistencia que implica aumentar al mismo tiempo el poder ciudadano y el presidencial. Según Gargarella, los reemplazos constitucionales en América Latina han tendido a incrementar el listado de derechos, pero no han modificado sustancialmente la estructura de distribución del poder entre instituciones, lo que él llama la “sala de máquinas” de la Constitución. De esta forma, Gargarella apunta a una contradicción que tiende a ampliar el rango de las garantías y derechos constitucionales sin redistribuir el poder a nivel institucional, e incluso a veces incrementando los poderes presidenciales en desmedro del Congreso y el Poder Judicial.⁴⁵

Gabriel Negretto argumenta que mientras mayor sea la competencia política y la participación social en el proceso de cambio constitucional, mayor será la tendencia a incorporar mecanismos de participación directa, definidos como iniciativas populares u otras formas de decisión de la ciudadanía sobre políticas públicas o sobre sus representantes, distintas del voto. Sin embargo, ello no necesariamente resulta en un mayor grado de autonomía ciudadana, sino que puede aumentar el grado de discrecionalidad del poder ejecutivo. Negretto observa así una paradoja donde mecanismos de cambio constitucional pueden ser, a un mismo tiempo, participativos y excluyentes, si un grupo político controla unilateralmente el proceso. Procesos participativos pero excluyentes generarían mecanismos contradictorios, que por un lado expanden la autonomía ciudadana y por otro fortalecen la discrecionalidad del ejecutivo, especialmente por la vía de los plebiscitos. Así este autor, para su análisis comparado, pone énfasis en la estructura de poder.⁴⁶

⁴⁴ Mainwaring (2006).

⁴⁵ Gargarella (2013).

⁴⁶ Negretto, (2013).

6. Conclusiones y eventuales lecciones de la experiencia comparada al proceso constituyente chileno.

La experiencia comparada nos evidencia el creciente incremento de reemplazo constitucional en el mundo. Cada vez estos cambios suponen desarrollar amplios procesos participativos, que han terminado determinando la configuración de los mecanismos de elaboración de los nuevos textos constitucionales. Así la configuración de Asambleas, con capacidad de representar y acoger las demandas de los movimientos sociales han desplazado las fórmulas de comisiones técnicas a puerta cerrada.

A su vez, se demanda mayor participación durante todo el proceso constituyente. En consecuencia, no sería suficiente con la legitimación del proceso constituyente mediante plebiscito. Se requiere establecer elaborados mecanismos que permitan acompañar la fase de elaboración de las normas que conformaran el texto definitivo, de manera de dar expresión a la diversidad de sectores que comprende la sociedad.

La conformación de estos procesos de reemplazo constitucional efectivamente incluyentes y abiertos establecen la base de nuevas dinámicas de relación entre el Estado y la sociedad civil que puede proyectarse a todo el proceso de elaboración de normas y abre una nueva fase en el desarrollo político y social.

En el caso chileno, nos encontramos con un proceso particular, que de alguna manera se establecen en el límite de la experiencia comparada y que nos obliga a explicarlo brevemente.

El 13 de octubre de 2015 la Presidenta de la República anunció un itinerario mediante el cual compromete un proceso constituyente para cambiar la actual constitución. Este proceso se inició con una etapa de educación cívica y constitucional, que se extiende hasta marzo del 2016, para dar paso a un proceso de diálogos ciudadanos, implementados en comunas, provincias y regiones, terminando con una síntesis a nivel nacional que se sistematizará en un documento que denomino: “Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución”, que serán entregadas en Octubre del 2016. Sobre la base de este documento la Presidenta de la República

enviaría, a inicios del segundo semestre del 2017, al Congreso un proyecto de nueva constitución.⁴⁷

De forma paralela a este itinerario, a fines del 2016 el gobierno enviaría un proyecto de reforma de la actual Constitución para que, por dos tercios de sus miembros en ejercicio, establezca los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Carta Fundamental. Este proyecto contendrá cuatro alternativas de reforma: (i) Comisión Bicameral de Senadores y Diputados; (ii) Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; (iii) Asamblea Constituyente; y (iv) Plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las anteriores alternativas. Finalmente, según el referido itinerario presidencial, el Mensaje que contendría una nueva constitución deberá ser debatida por el Parlamento elegido en el 2017, utilizando el nuevo procedimiento de remplazo constitucional, definido a partir de las cuatro alternativas antes enunciadas, el que deberá establecer sus acuerdos por una mayoría de tres quintos.⁴⁸

De lo explicado, nos encontramos ante la interrogante: si el proceso denominado “diálogos ciudadanos” puede considerarse una fase participativa del proceso constituyente, si integra el proceso de reemplazo constitucional o es un simple antecedente.

Las investigaciones comparadas tienden a circunscribir su análisis a los procesos de cambio normativo y, de alguna manera, desatienden los prolegómenos o antecedentes extrajurídicos que activan un proceso de reemplazo constitucional. Así la participación en procesos constituyente se circunscribe únicamente a lo formalmente establecido durante la etapa de elaboración constitucional.⁴⁹

⁴⁷ [fecha de consulta:13 de diciembre de 2015]

[Disponible:<http://www.unaconstitucionparachile.cl/invitacion-de-la-presidenta/>

⁴⁸ [fecha de consulta:13 de diciembre de 2015]

[Disponible:<http://www.unaconstitucionparachile.cl/invitacion-de-la-presidenta/>

⁴⁹ Wheatley y Mendez (2013).

Desde este punto de vista “estricto” la fase de “diálogo ciudadano”, propuesta por la Presidenta Bachelet, no podría ser considerada como una fase participativa del proceso constituyente.

Desde nuestro punto de vista, esta mirada parece algo estrecha. Se establece bajo el supuesto que los procesos que anteceden la etapa de elaboración del texto constitucional son siempre fácticos y que difícilmente inciden en lo jurídico. Esto último, desconoce el creciente protagonismo de la figura de la iniciativa popular de reforma constitucional, hoy incorporada en varias cartas latinoamericanas. Este mecanismo realza la dimensión ciudadana y participativa de la discusión que motiva el cambio constitucional.

Con todo el caso chileno, se encuentra en una situación intermedia, entre el fenómeno fáctico y la regulación. A diferencia de las iniciativas populares destinadas a activar un proceso constituyente a través de asambleas constituyentes, los “diálogos ciudadanos” se encuentran regulados mediante la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Su única legalidad se sustenta en las partidas presupuestarias que sustentan su financiamiento. Tampoco pretende definir el mecanismo que permitirá el reemplazo constitucional, ya que esta discusión será sometida a un proyecto de reforma que se discutirá próximamente en el Congreso.

La discusión de los “diálogos ciudadanos” se restringe al debate de contenidos, que fundará un documento denominado “bases ciudadanas” que será antecedente al proyecto de nueva constitución que enviará al Congreso. De ahí que el proceso chileno se aparte de la práctica comparada e interroga sobre su real sentido.

Desde nuestro punto de vista, del itinerario propuesto por la Presidenta Bachelet tiene que ver con un elemento fundamental y que no es considerado en los estudios comparados: la necesidad de contar con actores sociales activos e independientes del proceso formal de redacción de una carta fundamental.

Los procesos participativos previos permiten un empoderamiento social que gatilla un control social durante el proceso constituyente. Esto es evidente en sociedades que

cuentan con tradición participativa, pero se transforma en un problema para las sociedades que no lo tienen. Este es un punto que no cuenta con una reflexión en los estudios comparados y que el proceso chileno puede evidenciar.

Con todo, queda pendiente una evaluación más exhaustiva, ya nos encontramos ante un proceso muy determinado por factores exógenos como la definición del mecanismo de reemplazo constitucional y el posterior debate en el congreso. La eventual conexión entre la fase de diálogos con las otras fases descritas claramente corresponden la fase fáctica, que se desarrollará durante el 2016.

7. Bibliografía

Barros, R. 2002. *Constitutionalism and dictatorship*. Nueva York: Cambridge University Press;

Biscaretti Di Ruffia, P.1975. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado, las formas de Estado y las formas de gobierno, las constituciones modernas*. México: Fondo de Cultura Económica;

Bonavides, P. 2001. *Teoría Constitucional da Democracia Participativa* (Brasil, PC Editorial Ltda.);

Carey, J. 2009. Does It Matter How a Constitution Is Created? In: Barany, Zoltan & Moser, Robert. *Is democracy exportable?* Cambridge: Cambridge University Press;

Carré de Malberg, R. 1998. *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM);

De Vergottini, G.1985. *Derecho Constitucional Comparado* Madrid: Espasa-Calpe S.A.;

Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J. 2009. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press;

Elster, J., Offe, C. And Preuss, U.K. 1998. *Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea*. New York: Cambridge University Press;

Figueiredo, M. 2008. "La Evolución Político-Constitucional de Brasil", *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 6, Nº 2), pp. 210-238;

Fioravanti, M. 2001. *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta;

Gargarella, R. 2013. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press;

Gargarella, R. Y Curtis, C. 2009. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e interrogantes*. Santiago: CEPAL;

Getty, J Arch. 1991. "State and Society under Stalin: Constitutions and Elections in the 1930s." *Slavic Review* 50(1): 18-35;

Ginsburg, T., Elkins, Z., y Blount, J. 2008. *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*. *Temple Law Review*, 81(2), pp. 361-382;

Ginsburg, T. y Simpser, A. 2013. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press;

Ghai, Y. 2006. *The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making*. International IDEA Available at http://www.constitutionnet.org/files/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf;

Gómez, J. 2012. "Reformas inconstitucionales a la constitución: ¿un caso agravado de la tensión entre la democracia y el constitucionalismo?", *Análisis Político*, (Bogotá, Nº 75, mayo-agosto), pp. 67-88;

Hart, V. 2001. *Constitution-making and the Transformation of Conflict*. *Peace & Change* 26(2), 153–176;

Karl, Terry Lynn. 1990. "Dilemmas of Democratization in Latin America." *Comparative Politics* (23):pp. 1-21;

Loewenstein, K. 1983. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel;

-1949. "La 'presidencia' fuera de los Estados Unidos (estudio comparativo de instituciones políticas)." *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Nº 5, Mayo-Agosto, pp. 15-64;

Martínez, R. 2008. *La integración en el nuevo constitucionalismo Latinoamericano*. In: Tremolada Álvarez, Eric (Ed.), *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia;

Mainwaring, S. 2006. The Crisis of Representation in the Andes. *Journal of Democracy*, Vol. 17, N° 3, pp. 13-27;

Mercier, A. 2003. "Le Référendum d'initiative populaire: un traitmé connu du génie de Condorcet" (P.U.F., *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N° 55), pp. 483- 512;

Merryman, J. 1995. *Sistemas legales en América latina y Europa: tradición y modernidad*. Fondo de Cultura Económica;

Murphy, W. 1993. "Constitutions, constitutionalism, and democracy", Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie Beth Oliviero and Steven C. Wheatley. *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*. New York: Published by Oxford University Press. pp. 3-25;

Negretto, G. 2013. *Making Constitutions. Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge University Press , Nueva York;

Nolte, D. 2011. *Reformas Constitucionales en América Latina en Perspectiva Comparada: La Influencia de Factores Institucionales*. Hamburg: German Institute of Global and Area Studies;

O'Donnell, G. y Schmitter, P. 1986. *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*. Baltimore: Johns Hopkins University Press;

Osuna, N., Sierra, H. y Estrada, J. 2000. "La Constitución Colombiana de 1991", en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (Coordinadores): *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados, LVII legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 261-277;

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015. *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo, análisis desde la experiencia comparada*, PNUD, Santiago;

Renfer, I. 2010. *Democracia directa en Argentina, Uruguay y Venezuela, tres ejemplos de democracia directa en América Latina*, Prometeo Libros, Buenos Aires;

Saati, A. 2015. *The Participation Myth, Outcomes of participatory constitution building processes on democracy*, Department of Political Science, Umeå University, Umeå, Sweden;

Soto, F. 2014. "Asamblea Constituyente: La experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile", *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, 2014, pp. 397-428;

Uprimny, R. 2011. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, Vol. 89, Nº 7, pp. 1587-1609;

Viciano, R. Y Martínez, R. 2011. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional* Nº 48, pp. 307-328.

Widner, J. 2008. "Constitution writing in post-conflict settings: an overview". *William & Mary Law Review* (49), p. 1513–1540;

Wheatley, J. y Méndez, F. (ed.). 2013. *Patterns of Constitutional Design, The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*. England: Ashgate Publishing Limited;

Wolkmer, A. Y Machado, L. 2011. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-Americano: Estado Plurinacional e Pluralismo Jurídico. *Pensar*, Vol. 16, Nº 2, 371-408.