

2

Elementos básicos de las constituciones: panorama general

Este capítulo proporciona un panorama general de varios aspectos de la constitución que los redactores constitucionales necesitarán considerar sin importar las elecciones institucionales que se tomen. Comienza resaltando los elementos clave generalmente regulados en las constituciones y como estas son un instrumento de autoexpresión nacional. Continúa abordando los elementos del marco del gobierno, incluyendo su estructura territorial, (la cual se profundiza en el Capítulo 4) y los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). Concluye proporcionando generalidades de los mecanismos más comunes incluidos en constituciones de los países miembro de la OCDE para enmienda y estabilidad constitucional.

Introducción

Como se indica en el capítulo anterior, la vasta mayoría de constituciones contemporáneas establece como mínimo los principios básicos del estado, como una forma de autoexpresión nacional; las estructuras y procesos de la forma de gobierno seleccionada; y los derechos fundamentales de los ciudadanos que están protegidos. También consagran estos mecanismos en una ley fundacional que no puede enmendarse por medio de la legislación ordinaria y que conllevan algún tipo de revisión constitucional para asegurar la constitucionalidad. Las diferentes opciones para la configuración de estos elementos esenciales se analizarán a lo largo de este reporte. Este capítulo proporciona una mirada general de varios aspectos básicos que usualmente se regulan en la constitución, sin importar las opciones institucionales específicas que se tomen. El capítulo comienza resaltando qué elementos son normalmente parte de las constituciones incluyendo los tres poderes del estado (ejecutivo, legislativo y judicial), la estructura territorial y su función como forma de autoexpresión nacional. Considera los mecanismos más comunes incluidos en las constituciones para proteger su continuidad y estabilidad, tales como disposiciones para su enmienda, al regulación de los poderes de emergencia, e instituciones electorales y de auditoría independientes.

¿Qué es lo que las constituciones hacen por lo general?

- Proporcionan un *marco de gobierno*. En las instancias que elaboran constituciones democráticas, elegir un tipo de gobierno sobre otro significa decidir qué modelos de toma de decisión política serían más beneficiosos para los derechos, necesidades y expectativas de la mayoría de los ciudadanos, protegiendo simultáneamente los derechos fundamentales y a las minorías. En particular, los diferentes arreglos institucionales para regular las relaciones entre el legislativo y ejecutivo dan lugar a varios tipos de gobierno (ampliamente clasificados como parlamentarismo, presidencialista y semipresidencialista).
- La mayoría de las constituciones son formas expresas de *autoexpresión nacional*. Por lo general en un preámbulo describen a la nación, su historia y las razones para adoptar la constitución. La lista de derechos en la constitución hará referencia a aquello que quienes la adoptan piensan que es más importante para su nación. Y, en ocasiones, incluso las estructuras específicas de gobierno – elementos del marco de gobierno – comunicarán cómo la nación se entiende a sí misma.
- Casi todas las constituciones contemporáneas *regulan la relación entre el gobierno y los residentes de la nación* (a los segundos por lo general se les describe como ciudadanos, aunque la población relevante por lo general incluye a muchos no ciudadanos). Esto obviamente ocurre en los derechos que la constitución identifica pues, por lo general, estos derechos protegen a los residentes de acciones que, de otro modo, el gobierno tendría el poder de tomar. Sin embargo, la relación entre el gobierno y los ciudadanos se refleja también en los poderes afirmativos que tiene el gobierno – aquellas cosas que la constitución autoriza al gobierno a hacer. Esto se asocia cercanamente con el rol de la constitución en la regulación de las relaciones entre el gobierno y ciudadanos y entre los mismos ciudadanos (conocido como el “efecto horizontal” de la constitución).
- Incluso si los poderes del gobierno son plenarios – en el sentido en que puede actuar sobre cualquier cuestión (en tanto no viole los derechos constitucionales), en ocasiones las constituciones pueden excluir ciertas *áreas de atención especial*. En el nivel más abstracto, pueden disponer que el gobierno debe de actuar para promover el bienestar general; en un nivel más concreto, pueden darle al gobierno la responsabilidad de asegurar que sus políticas preserven la economía y el ambiente para generaciones futuras. Dichas disposiciones cruciales merecen una aproximación cuidadosa, porque necesitarán ser lo suficientemente específicas para

no poner a la corte constitucional y otras instituciones que interpretan la constitución dentro del campo de lo arbitrario (en vez de permitir solo un margen de apreciación, lo cual es inevitable).

- Casi siempre, las constituciones tienden a proporcionar *mecanismos para su propia enmienda*. Quienes redactan las constituciones aceptan esta necesidad pues reconocen la incertidumbre sobre retos futuros, y sobre cómo las disposiciones constitucionales funcionarán en la práctica. Eventos no anticipados en las economías nacionales y mundiales, además de innovaciones tecnológicas, pueden generar retos que pueden manejarse mejor a nivel de la constitución que por la legislación ordinaria.
- Las constituciones bien diseñadas *se autoestabilizan*. Los sistemas de gobierno que crean deben ser capaces de preservarse a sí mismos cuando ocurren perturbaciones comunes o moderadas. Los mecanismos de enmienda son una forma de autoestabilización; bien diseñadas, las disposiciones para controlar legislaturas y ejecutivos también puede promover la estabilidad constitucional. Los constituyentes contemporáneos crecientemente han reconocido como deseables lo que en ocasiones se llama “instituciones adicionales para proteger la democracia constitucional”. Las instituciones de este tipo más adoptadas son una corte constitucional especializada, un organismo de administración electoral y una autoridad auditora suprema, cada una con garantías de independencia.

¿Qué es lo que las constituciones por lo general no incluyen?

Como se indica anteriormente, existe un número de elecciones básicas que debe hacer la constitución. Entre estas se encuentra la posibilidad de dejar algunos asuntos al proceso legislativo. Esto implicaría la adopción de leyes ordinarias u “orgánicas” que requieren procedimientos especiales (por lo general un requisito de quórum especial y, de manera menos común, un requisito de que la ley reciba más que solo el apoyo mayoritario y la revisión constitucional por parte de la corte constitucional). Del mismo modo, los constituyentes pueden decidir establecer cómo se debe escoger a la legislatura, el ejecutivo y la judicatura, y dejar todo lo demás para su determinación posterior por las leyes ordinarias. Las constituciones existentes por lo general van más allá de ese alcance. Aun así, todas las constituciones existentes dejan algunos de los asuntos mencionados para que se resuelvan a través de la adopción de leyes ordinarias u orgánicas, tales como, por ejemplo, la regulación de derechos básicos y la composición y los poderes de instituciones específicas. Qué decisiones se toman y consagran y cuáles quedan para su determinación posterior, por lo general depende de las circunstancias que enfrentan los constituyentes. Sin embargo, como ha hecho notar, consagrar un gran número de las opciones de los constituyentes tiene el efecto de estrechar el ámbito de elaboración de políticas públicas mediante la legislación ordinaria.

Los constituyentes pueden guiarse por principios muy generales en la determinación de qué incluir (fuera de las disposiciones más básicas) y excluir. Las disposiciones constitucionales comprenden el orden fundamental tanto legal como político de una comunidad. Por lo tanto, la delimitación debe establecerse según lo que la sociedad considera que es fundamental para la comunidad. De este modo, se le resguarda de las mayorías y de la coyuntura política y, por lo tanto, es la expresión del consenso constituyente. En particular, la elección de composición y funciones de las instituciones u organismos constitucionales y la relación entre ellos, así como la definición de la forma de gobierno y sus principios básicos, debe definirse a nivel constitucional para asegurar la protección de minorías. Si todo lo incluido se considera como fundamental y la constitución cubre muchos aspectos, queda muy poco para el principio democrático en manos de mayorías venideras, vinculándolas e impidiendo que tomen decisiones de acuerdo con la voluntad de los electores del momento. Por el contrario, si nada es fundamental, todo queda sujeto a la buena voluntad de la mayoría del día y nada se preserva contra ella. Un balance entre una posición de hiperconstitucionalización y desconstitucionalización sería el óptimo.

Cuando se decide la inclusión de cuestiones particulares y el nivel de detalle requerido, los constituyentes podrían preguntarse: ¿estamos mejor posicionados de que lo que los legisladores lo estarán para concebir buenas políticas sobre las cuestiones que hemos identificado? Por lo general los legisladores tienen más tiempo y mejor acceso a recursos para lidiar con políticas específicas que los constituyentes. Dichas consideraciones aconsejan contra intentar abordar cuestiones complejas en las que buenas políticas públicas deberán contener muchos detalles. Aun así, los constituyentes pueden pensar – por lo general, basándose en las experiencias recientes de la nación – que el proceso legislativo regular tiene poca probabilidad de producir una buena política sobre la cuestión. Esto puede ocurrir porque (en la visión de los constituyentes) los legisladores, actuando con miras a las elecciones, pueden ser incapaces de desarrollar políticas adecuadas. O puede ocurrir porque (de nuevo en la visión de los constituyentes), la cuestión crea conflictos de interés extensos entre los legisladores (como sería el caso, por ejemplo, de las reglas sobre comportamiento legislativo ético).

Incluso si los constituyentes piensan que no es probable que la legislación ordinaria produzca una buena política sobre alguna cuestión, también deberán concluir que ellos mismos pueden hacerlo. Y nuevamente, mientras más detallada o compleja sea la cuestión de política pública, menos probable será que los constituyentes – restringidos por el tiempo y la disponibilidad de recursos para investigar la cuestión – estén mejor posicionados que incluso un proceso legislativo imperfecto.

Adicionalmente, en ocasiones es difícil alcanzar un consenso político constituyente debido a posturas políticas en conflicto sobre cuestiones fundamentales. Para evitar la paralización, pueden seguirse varias rutas: a) incluir en la constitución solo algunos principios que empoderen a la legislatura para considerarlos y tomar la decisión final, regulando los detalles y, en caso de controversia, empoderar a los jueces constitucionales o revisores para determinar sobre el asunto; b) diferir a la ley, orgánica y ordinaria, dependiendo del asunto, para especificar los mandatos constitucionales – en el caso de asuntos de gran relevancia, diferir a leyes que requieren una mayoría calificada; c) en el caso de los derechos, introducir una cláusula que haga referencia a la ley internacional de derechos humanos. De este modo, puede evitarse la necesidad del consenso: se hace notar que no hay acuerdo, pero se busca una redacción que no implique una posición específica. Un obstáculo común cuando se intenta dar cabida a muchos puntos de vista puede ser la inclusión de una lista de derechos potencialmente contradictorios, lo que puede conducir a bloqueos relevantes en el mediano plazo. El criterio sobre lo fundamental de los derechos puede darse con los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, además de otras experiencias del derecho comparado.

Autoexpresión nacional

Por lo general, una constitución busca definir la identidad de las *polis*. Se convierte en la encarnación de los valores del país y su proyecto como actor histórico. Como consecuencia, esta proclamación por lo general está protegida a través de la rigidez constitucional mencionada anteriormente y la revisión constitucional. La mayoría de las constituciones modernas contienen preámbulos que describen a la nación constituyente. Los preámbulos varían en longitud, tono y contenido, según lo determinen las circunstancias locales. Los temas que se tratan en los preámbulos incluyen los propósitos generales (incluyendo a qué compromete la nación en el futuro), las condiciones históricas que conducen a la adopción de la constitución y el lugar de la nación en la comunidad internacional. Adicionalmente, algunas constituciones tienen disposiciones específicas que reflejan los juicios acerca de la identidad de la nación. Estas disposiciones pueden incluir la definición del territorio de la nación; una descripción de la bandera nacional y otros símbolos de la nación; el o los idiomas oficiales; y si el estado se considerará como secular o con una o más religiones oficiales. Algunas constituciones crean instituciones específicas – como las que tratan con pueblos indígenas – y derechos específicos que también comunican al pueblo de la nación y al mundo el entendimiento de los constituyentes sobre qué es la nación. El que un preámbulo de la constitución tenga fuerza legal independiente es algo que varía. En algunas naciones, el

preámbulo puede apoyar conclusiones legales de que una ley individual es constitucionalmente admisible o inconstitucional; en otras, el preámbulo no tiene fuerza legal independiente, aunque puede servir como antecedente para explicar por qué o cómo deben interpretarse otras disposiciones.

Marco de gobierno

Unitario o federal

Las constituciones por lo general especifican la forma general de gobierno (ver Capítulo 4) y si el gobierno nacional tiene poder sobre todos los asuntos en un sólo sistema “unitario” o si los gobiernos subnacionales tienen rangos de poder definidos constitucionalmente para decidir políticas en algunos temas. También pueden definir qué políticas el gobierno nacional no puede desplazar (en un sistema federal). Los sistemas federales por lo general contienen listas de poderes que son exclusivos del gobierno nacional, poderes que son exclusivos de los gobiernos subnacionales y los poderes que ambos niveles de gobierno comparten (Canadá §§91-92 Ley de la Constitución de 1867; Séptimo Esquema de la India [Lista de la Unión]).¹ La experiencia ha demostrado que puede ser difícil determinar si una política específica entra en los dos dominios exclusivos o se comparte; la resolución por lo general se alcanza en forma ad-hoc mediante la negociación política entre ambos niveles o lo decide la corte constitucional.

Los tres poderes clásicos

Hay una tradición larga detrás de los tres poderes del gobierno (y algunas constituciones crean un cuarto o incluso un quinto). Para cada rama del gobierno, la constitución describe los poderes asociados, las maneras en que las personas se convierten en miembros de la rama (incluyendo las calificaciones para la membresía) y la duración de la ocupación dentro de la misma. Muchas de las cuestiones relevantes se tratan en otras partes de este reporte, incluyendo una discusión sobre el sistema de gobierno en el Capítulo 4.

La legislatura/el parlamento

La mayoría de las constituciones han creado legislaturas que tienen dos cámaras o son unicamerales. Por lo general la cámara “baja” (o cámara de diputados o representantes) está diseñada para ser más “cercana” a la gente – un arreglo que por lo general se justifica bajo el argumento de que la cámara baja será más sensible a las necesidades y demandas populares. Las cámaras altas (o senados) por lo general representan territorios y regiones subnacionales. Sin embargo, grados altos de descentralización o desconcentración por lo general requieren una cámara alta capaz de representar adecuadamente los intereses de los gobiernos subnacionales.

Inclusión en la legislatura

Algunas constituciones disponen que una proporción de los escaños en una o ambas cámaras se reserve para grupos específicos, incluyendo mujeres y pueblos indígenas (Constitución de Nueva Zelanda de 1986 §45 [Indígenas], Túnez §46 [mujeres]). Establecer límites distritales requiere de un censo razonablemente preciso tanto de la población general como, donde resulte relevante, de la población de las comunidades indígenas. Algunas constituciones contemplan un censo periódico (Canadá §51.1.1). La determinación de límites también requiere la acción de una institución, una tarea que en casi todas las constituciones se le asigna a un organismo de administración electoral. Una pregunta a considerar es si los elementos básicos del sistema electoral se abordan a nivel constitucional. De no ser así, puede recomendarse una ley promulgada por mayoría calificada, porque el sistema electoral es parte sustancial de las reglas del sistema político y democrático.

Proceso legislativo

Comúnmente, ambas cámaras deben coincidir antes de que un proyecto se convierta en una ley vinculante. Sin embargo, algunas constituciones dan a la cámara alta solo poder suspensivo sobre todos o algunos asuntos (Ley del Parlamento del Reino Unido de 1911). Bajo dichos arreglos, la cámara alta devuelve la legislación propuesta que le envía la cámara de diputados con una declaración de sus objeciones. La cámara de diputados debe entonces abordar aquellas objeciones adoptándolas, modificando la propuesta de acuerdo a las objeciones o rechazándolas expresamente. Una vez que actúa la cámara de diputados, el senado por lo general no tiene ningún rol adicional (la forma más común del poder de la cámara alta de suspender, mas no vetar absolutamente las propuestas, involucra el presupuesto nacional). Por lo general, en los sistemas de gobierno presidencialistas, el presidente puede tomar la iniciativa legislativa, pero las cámaras de diputados pueden rechazar las propuestas presidenciales y, si el presidente insiste en su propuesta, puede requerirse un voto mayoritario aumentado en la cámara baja. En algunos países, también hay una iniciativa legislativa popular del electorado. En otros países, el electorado acostumbra votar en referendos (por ejemplo, en Suiza).

Los parlamentos son responsables de redactar estatutos vinculantes. En ocasiones, las constituciones contienen disposiciones que contemplan también la legislación “directa”. Estas disposiciones permiten que el pueblo haga directamente la ley, sorteando la legislatura y el ejecutivo – o al menos complementándolos (por ejemplo, en Suiza). Los fundamentos son que los representantes electos pueden encontrarse bloqueados en un desacuerdo e incapaces de actuar sobre un asunto determinado que al pueblo de la nación le gustaría resolver.

Las formas de legislación directa varían: en algunas versiones, un referendo por sí solo promulga una ley vinculante; en otros el referendo da indicación a la legislatura para que adopte una ley sobre un tema en específico. En ocasiones solo la legislatura puede autorizar que ocurra un referendo; en otras ocasiones, los referendos se permiten al recibir peticiones con un número específico de firmas. Algunas constituciones que permiten la legislación directa limitan los temas (por ejemplo, excluyen los temas presupuestarios o prohíben referendos sobre la garantías de derechos constitucionales) (Italia, art. 75). Los detalles de los procedimientos usados para los referendos por lo general quedan en las manos del organismo electoral o las cortes de la nación.

El ejecutivo

La elección fundamental de la forma de gobierno (presidencial, parlamentario u otro) se trata en el Capítulo 4. La sección a continuación sobre la enmienda a la constitución resalta un aspecto que surge sin importar la forma de gobierno seleccionada – la regulación de los poderes de emergencia.

La judicatura

Las constituciones en las democracias ceden al poder judicial la responsabilidad de interpretar la ley y resolver controversias aplicando la ley en los casos que le son presentados (International IDEA, 2014^[1]). Con estos poderes, las cortes mantienen el estado de derecho. En varias constituciones, las cortes también tienen el poder de realizar la revisión constitucional. Los requisitos más fundamentales para las cortes es que sean independientes, accesibles y responsables. Muchas constituciones hacen un compromiso expreso al principio de independencia judicial,² el cual es la piedra angular para una constitución funcional. Las cortes autorizadas para decidir preguntas constitucionales también deben tener cierto grado de responsabilidad política, pero no tanto como para comprometer la responsabilidad ante la ley.

Cargo judicial

Una de las elecciones más importantes acerca de las cortes es por cuánto tiempo pueden servir los jueces, en particular el cargo de los jueces en la corte más alta autorizada a decidir cuestiones constitucionales. Mientras que los mandatos largos protegen a los jueces de la influencia política y represalias por sus decisiones mientras están en el puesto, y limitan los intereses personales cuando emiten sentencias específicas, los mandatos prolongados pueden debilitar la responsabilidad de los jueces a otros poderes y al público, además del progreso y la innovación en la interpretación legal (Böckenförde, Hedling and Wahiu, 2011^[2]). La duración del mandato y los términos de servicio de los jueces que deciden sobre cuestiones constitucionales, los cuales son de particular importancia para la cuestión de la revisión constitucional, se analizan en el Capítulo 6.

Gestión y remoción judicial

Las circunstancias bajo las cuales se remueve a los jueces pueden tener un impacto relevante sobre su independencia. Los jueces no deben temer la destitución o represalias en caso de que tomen decisiones específicas. Los mecanismos adecuados para asegurar la independencia mediante la gestión autónoma y remoción limitada son diferentes para cortes ordinarias y constitucionales. En sistemas de derecho civil, la gestión y remoción judicial por lo general la realiza un consejo de jueces (bajo diferentes nombres). En estas cortes, la independencia y responsabilidad judiciales ante la ley por lo general domina fuertemente la necesidad de responsabilidad política, incluso cuando las cortes tienen cierta responsabilidad para la interpretación constitucional. Nuevamente, las cortes constitucionales, en especial la corte constitucional superior, tienden a ser diferentes, como se analiza en el Capítulo 6.

El Gobierno y los ciudadanos: disposiciones sobre derechos

A pesar de que el Capítulo 3 se enfoca principalmente en los derechos sociales y económicos, además de otros derechos emergentes, las constituciones contemporáneas contienen – de hecho, por lo general al comenzar – una lista de derechos humanos fundamentales, los cuales están fuera del alcance de este reporte. Hay modelos disponibles en varios instrumentos internacionales, incluyendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres y la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad.

En particular, estos derechos pueden incluir disposiciones para grupos minoritarios, mujeres y grupos que pueden considerarse como vulnerables debido a su edad (en especial niños, jóvenes y adultos mayores). Definir quién constituye una minoría puede ser desafiante en vista de las implicancias del término y la dificultad de identificar un “límite” firme. La vasta mayoría de las constituciones contienen disposiciones que prohíben la discriminación con base en origen, idioma, etnia, raza, etc., dando así derechos a las minorías para gozar de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos. Un paso que las constituciones toman en ocasiones es incluir lo que se conoce como “acción afirmativa” o derechos especiales que solo puede reclamar una minoría particular. Dichas disposiciones pueden tomar muchas formas, incluyendo el reconocimiento de características particulares tales como el idioma, tradiciones y símbolos del grupo minoritario, tratamiento preferencial en formas particulares y apoyos para el grupo financiados por el estado.

Adicionalmente, un compromiso con la igualdad de género, junto con la prohibición de discriminación con base en el género y la edad, se proclama en las constituciones casi universalmente. Algunas constituciones van un paso más allá en sus compromisos al consagrar iniciativas de acción afirmativa para apoyar la inclusión y participación de mujeres, la juventud y los adultos mayores en aspectos

diferentes de la política y economía. El uso del lenguaje inclusivo en la constitución también puede servir como herramienta para integrar más aún la igualdad de género (ver Capítulo 3).

Asegurar la inclusión de estos derechos desde una perspectiva representativa por lo general requiere la integración de un grupo diverso en el proceso constituyente desde el punto de vista del género, la edad y la etnia.

Enmendar la constitución

Como cada país y sus contextos sociales, económicos y culturales evolucionan, las constituciones redactadas en el pasado pueden dejar de responder a las prioridades sociales. Las disposiciones e instituciones pueden interactuar en maneras problemáticas que los constituyentes podrían no haber anticipado. El desarrollo tecnológico puede generar problemas nuevos, la mayoría de los cuales se maneja bien a través de legislación ordinaria. Las emergencias pueden requerir una acción inmediata y sin precedente para proteger el territorio nacional o la seguridad de la ciudadanía.

Por estas razones, las constituciones contienen disposiciones para su propia enmienda. Las constituciones del mundo contemplan muchos procedimientos de enmienda distintos. Un principio general es que una enmienda solo debe permitirse cuando hay razón para pensar que el cambio propuesto tiene el apoyo de una mayoría relevante del pueblo de la nación, sostenido por un periodo razonable de tiempo. Dicho principio puede implementarse al requerir que una enmienda reciba el apoyo de más de una mayoría simple (Francia, art. 89), o que reciba apoyo en al menos dos ocasiones (por lo general con una elección entre las dos ocasiones en que se vote la enmienda) (Países Bajos, art. 137). Las circunstancias locales determinan la forma precisa que la constitución le da a este principio.

Algunas constituciones modernas proporcionan dos reglas de enmienda diferentes, una más fuerte que la otra (aunque ambas cumplen con el principio general de apoyo sostenido por más de una mayoría simple) (Ley de Canadá, Parte V, con varias reglas de enmienda diferentes). La regla más fuerte – por ejemplo que una enmienda reciba una aprobación de 75% en vez de dos tercios de aprobación – aplica para temas que los constituyentes perciben como de particular importancia. Una práctica común, aunque no universal, es usar una regla más fuerte para los “reemplazos” constitucionales que para modificaciones constitucionales ordinarias o menores.

Dichas reglas de enmienda “escalonadas”, si se adoptan, vienen con requisitos adicionales necesarios para hacer que el sistema sea efectivo. Uno de estos, que es menor y en ocasiones se le omite, es que la disposición que identifica los temas sujetos a la regla de enmienda más fuerte debe ser protegida contra la enmienda usando una regla más débil. Un requisito más importante es que las constituciones que usan las reglas de enmienda por niveles deben tener una institución que autorizada a decir que una propuesta de enmienda puede adoptarse de acuerdo a la regla más débil o solo puede adoptarse de acuerdo a la más fuerte, y que una propuesta de enmienda o grupo de enmiendas sea o no un reemplazo constitucional. Esta institución puede ser una corte o un organismo de administración electoral.

Un número relevante de constituciones identifica disposiciones que no pueden enmendarse en absoluto; dichas disposiciones se protegen con lo que se llaman cláusulas de “eternidad” (Alemania, art. 79 (3)). Dichas cláusulas por lo general protegen las disposiciones que los constituyentes perciben como verdaderamente fundamentales para la operación del sistema constitucional o la identidad de la nación. En síntesis, las cláusulas de eternidad protegen la “estructura básica” de la constitución o los principios generales contra la enmienda: por lo general mencionan la forma de gobierno (democracia, monarquía o república), el estado de derecho y la independencia judicial, los derechos fundamentales, la dignidad humana y/o integridad territorial. El contenido de la estructura básica varía de una nación a otra.

En las últimas décadas, un número cada vez mayor de cortes constitucionales ha desarrollado una doctrina, por lo general no enraizada en las cláusulas específicas de eternidad, de que las enmiendas

constitucionales inconsistentes con lo que las cortes consideran que son la estructura básica de la constitución son inconstitucionales. La revisión por las cortes sobre las cuestiones de si una enmienda fue adoptada conforme al procedimiento por lo general se percibe como incontrovertible. La revisión de la sustancia de las enmiendas constitucionales se percibió inicialmente como controversial, aunque la doctrina de estructura básica ahora parece ser parte del arsenal de las cortes constitucionales. Algunas constituciones han abordado esta doctrina limitando el poder de las cortes de determinar que la sustancia de una enmienda constitucional es inconsistente con la constitución preexistente (Hungría, art. S).

Además de los mecanismos formales para enmendar una constitución, algunos países incorporaron la posibilidad de que los ciudadanos inicien o se involucren en un cambio constitucional, a través de referendos tradicionales o iniciados por la ciudadanía o Asambleas Ciudadanas (OCDE, 2020). Por ejemplo, éste es el caso en Irlanda: la Convención Constitucional y la Asamblea Ciudadana recomendaron a los comités parlamentarios especiales pertinentes que hubiera referendos sobre numerosas cuestiones constitucionales; esto impulsó al gobierno a celebrar varios referendos (en 2015, 2018 y 2019) sobre enmiendas a la Constitución de Irlanda. La Asamblea Ciudadana Irlandesa sobre Igualdad de Género (2021) también trató cuestiones que pueden conducir a enmiendas constitucionales potenciales (esto estaba desarrollo al momento de esta publicación). En 2008, Islandia estableció un marco innovador utilizando mecanismos de deliberación y co-creación para incluir a los ciudadanos y partes interesadas en un proceso constituyente participativo. Otro ejemplo, aunque a nivel subnacional, es la constitución de la Ciudad de México, la cual fue redactada de manera colaborativa con los ciudadanos y la sociedad civil en un proceso que involucró consultas en línea y en persona, grupos de trabajo y una plataforma de peticiones. La participación ciudadana puede promover la creación de constituciones con visión de futuro.

Por las razones antes mencionadas, la mayoría de las constituciones también incluyen disposiciones que otorgan al ejecutivo poderes específicos que pueden ejercerse solamente en circunstancias extremas; se les conoce como poderes de emergencia. Estos poderes, a diferencia de las enmiendas constitucionales que quedan consagradas luego de su adopción, siempre se limitan en tiempo y alcance, y su aplicación está restringida a la duración del estado de emergencia. Sin embargo, pueden alterar de manera relevante el alcance de los poderes del ejecutivo y el sistema de gobierno durante la emergencia y, por lo tanto, deben incluirse salvaguardas adecuadas. Estas se abordan en mayor detalle a continuación.

Constitucionalización de los poderes de emergencia

Cómo las constituciones tratan el poder que tiene el gobierno de actuar cuando surge una emergencia es una de las preguntas más polémicas y difíciles en el diseño constitucional. Una vez que se declara una emergencia, cambian las reglas ordinarias acerca de la asignación de poder dentro del gobierno, y algunos de los límites sobre el poder que tiene el gobierno para regular las vidas diarias de los ciudadanos de la nación. En particular, por una parte los poderes de emergencia pueden alterar la separación ordinaria de poderes y, por la otra, limitar los derechos de los ciudadanos.

Pueden surgir dificultades debido a que, por naturaleza, las emergencias tienden a requerir una acción rápida, tomada con mayor facilidad por la rama ejecutiva que la legislatura. En términos amplios, esto implica que el ejecutivo debe tener el poder para declarar una emergencia. Sin embargo, los cambios en los arreglos constitucionales que siguen tras ocurrir la declaración de emergencia pueden hacer que dichas declaraciones sean atractivas para los jefes del ejecutivo que desean consolidar el poder personal.

La protección contra el abuso del poder de declarar una emergencia por lo general puede tomar dos formas:

- *Sustantiva*: Las constituciones intentan identificar las circunstancias bajo las cuales pueden declararse emergencias. Estas incluyen desastres naturales, invasiones y colapso económico. Sin embargo, las formas que toma la emergencia varían y algunas constituciones usan una formulación general, como “dónde se interrumpe el funcionamiento adecuado de las autoridades

públicas” (Francia, art. 16). La mayoría de las constituciones intenta establecer criterios constitucionales claros para declarar una emergencia. El grado en el cual dichas limitaciones han sido efectivas también ha variado. Un enfoque adoptado por muchos países es especificar que algunos aspectos de la constitución no pueden suspenderse durante una emergencia. Por ejemplo, los derechos a la seguridad personal por lo general se resguardan de los cambios durante una emergencia. También es el caso del derecho que tiene la legislatura a reunirse sin aprobación del ejecutivo (Francia, art. 16) y el derecho de las cortes ordinarias a continuar funcionando, físicamente en tanto sea factible. Adicionalmente, una salvaguarda que por lo general se incluye es el escrutinio total de todas las acciones del ejecutivo por las cortes.

- *Procesal*: La constitución puede especificar que, mientras que el ejecutivo tiene el poder de declarar una emergencia, la legislatura debe ratificar o rechazar la declaración dentro de un periodo relativamente corto (variando de semanas a algunos meses) (España, art. 116.1, haciendo referencia al estado de alarma). Por lo general, las constituciones limitan el tiempo durante el cual puede declararse una emergencia, aunque también permiten renovar periódicamente las declaraciones de emergencia – nuevamente con la ratificación legislativa. Por otro lado, en ocasiones solo puede declararse el estado de emergencia después de la aprobación por parte de la legislatura, como ocurre en España (art. 116). El éxito de este método de control parece ser mixto. En sistemas parlamentarios, en donde el ejecutivo comanda una mayoría legislativa en el inicio, la ratificación puede ser relativamente fácil. Esto puede no ocurrir si el gobierno ejecutivo es una coalición, o en donde el apoyo del jefe del ejecutivo dentro de la mayoría se debilita al prolongarse el periodo de emergencia. En sistemas presidencialistas, los científicos políticos observan una tendencia de mayor apoyo popular a largo plazo de los líderes políticos del país durante periodos de crisis, conduciendo a la ratificación directa de las declaraciones de emergencia iniciales.

Como tal, existen varios retos asociados con el control efectivo del poder para declarar una emergencia. Las constituciones pueden emplear un número de técnicas de control sustantivo y procesal, aunque los constituyentes necesitan estar conscientes de las dificultades inherentes para implementar este control de manera efectiva.

Promover estabilidad constitucional

Algunas constituciones más antiguas y muchas más nuevas dan un status constitucional a varias instituciones distintas a las tres ramas clásicas. Las instituciones que reciben dicho tratamiento varían, aunque muchas pueden entenderse como instituciones para la protección de la democracia constitucional. Estas instituciones sirven para estabilizar el sistema democrático de fuerzas internas que pueden conducir a la inestabilidad.

Históricamente, los constituyentes confiaron en la competencia entre y dentro del ejecutivo y legislativo para proteger contra la inestabilidad constitucional, dando las cortes algunas garantías de que las mayorías no oprimirían a las minorías. El surgimiento de partidos políticos organizados nacionalmente introdujo incertidumbre acerca de competencia entre los poderes como mecanismo para preservar la democracia constitucional. El caso más obvio involucra a un presidente cuyo partido tiene mayoría en el parlamento; los poderes entonces cooperarán en vez de competir. Otras configuraciones de control de las legislaturas y el ejecutivo por un partido puede conducir a situaciones diferentes, aunque predecibles, en las cuales fallará la competencia. La organización de partidos políticos a nivel nacional también ha conducido a dificultades para sostener la división de la autoridad entre los gobiernos nacional y subnacionales.

Estos problemas asociados con el gobierno a través de partidos políticos condujeron inicialmente a la creación de cortes constitucionales con el poder de determinar la asignación adecuada de poder. Por

ejemplo, al actuar a solicitud de la minoría constitucional, la corte constitucional puede declarar inconstitucionales acciones de simpatizantes del presidente en la legislatura que dan demasiado poder al presidente. La experiencia sugiere a los constituyentes que, en ocasiones, las cortes constitucionales deben respaldarse con otras instituciones. El más común son los organismos electorales – en ocasiones definido como los tribunales electorales, en ocasiones como comisiones electorales – y las agencias de auditoría suprema, también designadas como tribunales de auditoría (ver Capítulo 7).

Muchas de las cuestiones de diseño asociadas a los tribunales constitucionales surgen a posteriori, y el diseño al fin y al cabo juega un papel similar al tratar de garantizar la estabilidad constitucional. En particular, el diseño debe lograr un balance adecuado entre independencia y rendición de cuentas, por lo general mediante requisitos y mecanismos de nombramiento y mandatos claramente definidos para los miembros de estos organismos (ver Capítulo 6).

Organismos de gestión electoral

Varias constituciones contemplan organismos de gestión electoral con estatus constitucional. Para asegurar que las elecciones sean libres y justas, la gestión electoral se pone en manos de un organismo neutral que está por sobre intereses partidistas. Esto ayuda a evitar la influencia de los políticos que controlan al ejecutivo y legislativo y que pueden tener interés en inclinar el campo electoral a favor de sus propios partidos.

Los organismos de gestión electoral por lo general reciben tareas tales como definir padrones electorales y los límites del electorado, operar lugares para los comicios y contar los votos. Una cuestión importante consiste también en definir , y por lo general hay disponibles dos opciones: 1) El organismo puede ser bipartidista o multipartidista, con representación de los partidos principales. Existen muchas variantes de este modelo y, por lo general, la opción la determinan, principalmente, las condiciones políticas. 2) El organismo puede ser no partidista. Algunos miembros pueden ser servidores públicos de carrera, otros elegidos por y de organizaciones no gubernamentales, incluyendo universidades. En este modelo, los miembros de la comisión por lo general no pueden tener o haber tenido roles importantes recientes en partidos políticos (aunque la sola membresía en un partido raramente les descalifica). Lograr un apartidismo total en este modelo ha probado ser difícil en la práctica.

En vez de esto, un número relevante de constituciones entrega algunas de estas tareas, en especial la resolución de controversias sobre el conteo de votos, al tribunal constitucional. Hacer esto acarrea la posibilidad, que por lo general se ha vuelto realidad, de que dichos tribunales se envuelvan en controversias políticas de relevancia extremadamente alta y de que cualquier curso de acción debilite su credibilidad según el sentido del fallo. A su vez, esto puede debilitar su credibilidad cuando resuelvan otras cuestiones constitucionales polémicas, en particular aquellas que involucren derechos individuales.

Instituciones de auditoría y otros organismos independientes

Las agencias auditoras supremas, designadas en ocasiones como tribunales auditores, tienen una larga historia. Diseñados en principio para asegurar que el dinero público se invierta solamente para su propósito previsto, las agencias auditoras han evolucionado en organismos anticorrupción importantes. Por lo general, tienen el poder de emitir informes públicos, pero no el de iniciar procedimientos penales, los cuales se dejan a las otras agencias (Austria, art. 126D). Normalmente, se espera que los jefes de los organismos supremos de auditoría tengan experiencia significativa para gestionar y auditar presupuestos públicos, pero es bastante inusual especificar dicho requisito en la constitución.

En ocasiones, las constituciones contemporáneas colocan otras instituciones dentro de la categoría de aquellas que protegen la democracia constitucional. Estas incluyen agencias de derechos humanos y oficinas del *ombudsman*. El argumento para dar el status constitucional a dichas instituciones yace en gran parte en la idea de que puedan ejercer funciones similares a las cortes, incluyendo investigar quejas

individuales acerca de la mala conducta gubernamental, pero también pueden tener el poder de involucrarse en campañas de educación pública y, lo importante, emitir informes con base en investigaciones generales que los tribunales no pueden hacer, o que no pueden hacer con facilidad. No se ha desarrollado aún ninguna norma respecto a *cuáles* instituciones – incluso los organismos de gestión electoral – deberían de incluirse en constituciones contemporáneas y la constitución de cada nación refleja las condiciones y opciones locales.

Los estudios empíricos muestran que una economía estable y en crecimiento contribuye también a la estabilidad constitucional. En ocasiones, las consideraciones políticas a corto plazo pueden dominar los procesos regulares de desarrollo del presupuesto (y otras políticas públicas) en formas que pasan por alto las consecuencias económicas y ambientales a largo plazo de las decisiones del presente.

Estas consideraciones han conducido a algunos constituyentes a dar a los bancos centrales y agencias de protección ambiental un status constitucional, por lo general de manera independiente del control político directo (aunque con algo de rendición de cuentas, similar al que se asocia con los tribunales constitucionales). Hacer esto para los bancos centrales es relativamente poco común, aunque no inédito (ver Capítulo 8). Cuando las instituciones dan a los bancos centrales un status constitucional, no especifican mucho acerca del banco –ocasionalmente, los términos de servicio en el consejo o como presidente, casi nunca las metas que el banco debe perseguir).

Con respecto a la política fiscal, como se describe en el Capítulo 7, algunas constituciones nacionales incluyen requisitos de “presupuesto balanceado” (Perú, art. 78, Constitución de 1993) o limitaciones sobre la tasa de crecimiento del presupuesto nacional (Brasil, Enmienda 95, 2016). Estas limitaciones son controversiales, en parte porque los economistas no están de acuerdo acerca de la importancia de los presupuestos balanceados y la limitación de la tasa de crecimiento del presupuesto nacional y, en parte, porque reconocen que, en ocasiones, violar dichos límites es una política económica sólida pero plasmar estas circunstancias en el lenguaje constitucional resulta bastante difícil.³

Algunas constituciones adoptadas en el siglo XXI también incluyen la protección ambiental. Estas constituciones establecen una agencia de protección ambiental (Túnez, art. 129), aunque la experiencia de las disposiciones constitucionales para dichas instituciones es aun limitada.

Referencias

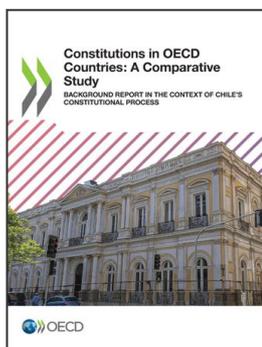
- Böckenförde, M., N. Hedling and W. Wahiu (2011), *A practical guide to constitution building*, [2]
International Institute for Democracy and Electoral Assistance,
<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/a-practical-guide-to-constitution-building.pdf>.
- International IDEA (2014), *What Is a Constitution? Principles and Concepts*, International [1]
Institute for Democracy and Electoral Assistance,
https://constitutionnet.org/sites/default/files/what_is_a_constitution_0.pdf.

Notas

¹ Las referencias corresponden a las secciones pertinentes de constituciones nacionales y se incluyen para ilustrar posibilidades sin identificar todas las constituciones que incluyen disposiciones relevantes.

² 90% de las constituciones introducidas desde la Segunda Guerra Mundial contienen esta disposición. *Fuente:* Proyecto Comparativo de Constituciones, Reporte sobre independencia judicial (2008).

³ Existen requisitos de presupuesto balanceado en muchas constituciones subnacionales en los Estados Unidos, pero los esfuerzos de insertar dicho requisito en la constitución nacional han sido infructuosos.



From:

Constitutions in OECD Countries: A Comparative Study

Background Report in the Context of Chile's Constitutional Process

Access the complete publication at:

<https://doi.org/10.1787/ccb3ca1b-en>

Please cite this chapter as:

OECD (2022), "Elementos básicos de las constituciones: panorama general", in *Constitutions in OECD Countries: A Comparative Study: Background Report in the Context of Chile's Constitutional Process*, OECD Publishing, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/7ca4e6ff-es>

El presente trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretario General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos utilizados en el mismo no reflejan necesariamente el punto de vista oficial de los países miembros de la OCDE.

This document, as well as any data and map included herein, are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area. Extracts from publications may be subject to additional disclaimers, which are set out in the complete version of the publication, available at the link provided.

The use of this work, whether digital or print, is governed by the Terms and Conditions to be found at <http://www.oecd.org/termsandconditions>.