

.....

# El fracaso del proceso constituyente en Kenia

## The failure of the constituent process in Kenya

Sonsoles Arias Guedón\*

*Kenya began its democratic era after its declaration of independence and the adoption of its first constitution in 1963. However, this supreme norm of the country would undergo countless reforms by the political elites from the very beginning, mostly to satisfy the partisan demands of the political leaders at the moment. These reforms succeeded in transforming the initially democratic model into an authoritarian, one-party system. After two decades of corruption and abuse of power, the political changes in the country and the wave of democratization after the fall of the Berlin Wall fueled the popular clamour for constitutional change. This article analyses the development of the constitution-making process, which began with the first constitutional amendments introduced to the constitution of the independence, as well as the main factors that led to the rejection of the new draft constitution in the ratification referendum held on 21 November 2005. A key element contributing to the failure of the whole process is the strong influence of political forces in the process and the partisan use of all of them to achieve their political advantages.*

Keywords: constitution, constitution-making process, failure of the constitution-making process, Kenyan constituent process, Kenyan referendum.

*Kenia comenzó su andadura democrática tras su declaración de independencia y con la aprobación de su primera Constitución en el año 1963. No obstante, la norma suprema sufriría ya desde sus comienzos innumerables reformas por parte de las élites políticas, con el ánimo de satisfacer, en la mayor parte de los casos, las demandas partidistas de los líderes políticos del momento. Esas reformas consiguieron transformar el modelo inicialmente democrático en un sistema autoritario y de partido único. Tras dos décadas de corrupción y abuso de poder, los cambios políticos producidos en el país y la ola de democratización surgida tras la caída del muro de Berlín contribuyeron a fomentar e impulsar un clamor popular que abogaba por un cambio constitucional. Este artículo analiza el desarrollo del proceso constituyente llevado a cabo en Kenia tras la*

---

\* Profesora de Derecho Constitucional en IE University, Madrid, España. E-mail: [sonsoles.arias@ie.edu](mailto:sonsoles.arias@ie.edu). Agradezco los comentarios de Marcela Prieto y Sergio Verdugo. Quiero agradecer de forma especial los brillantes consejos del profesor D. Luis G. Franceschi.

*Constitución de la independencia y que se inicia con las primeras reformas constitucionales introducidas al texto constitucional, así como los principales factores que provocaron el rechazo al nuevo proyecto de Constitución en el referéndum de ratificación celebrado el 21 de noviembre de 2005. En todo el proceso se vislumbra un elemento clave que contribuye al fracaso: la fuerte influencia de las fuerzas políticas y el uso partidista que todas ellas realizan del proceso con el fin de lograr ventajas políticas y de conseguir intereses particulares.*

Palabras clave: Constitución, proceso constituyente, fracaso del proceso constituyente, proceso constituyente en Kenia, referéndum en Kenia.

## **1. Introducción**

Todo proceso constituyente surge por la necesidad, o bien de establecer un nuevo sistema político-constitucional en el país, o bien de adaptar el sistema democrático ya preexistente a las nuevas necesidades de la sociedad.<sup>1</sup> En ambos casos, puede producirse un fracaso del proceso, que termina sin la aprobación de la nueva Constitución. Corresponde, entonces, analizar cuáles pudieron ser las circunstancias que impidieron el éxito del proceso, a fin de enmendar aquellos errores que pudieran repetirse en un futuro y evitar un nuevo fracaso. Es cierto que el análisis del fracaso del proceso constituyente solo puede ser efectivo y completo si se realiza una vez el proceso ha terminado, esto es, con una mirada retrospectiva. Esa labor de recapitulación y análisis produce enormes beneficios en el Derecho comparado y puede servir como ejemplo en otros procesos constituyentes en marcha, así como en aquellos que puedan producirse en un futuro próximo. Desde luego, siempre habrá ciertos elementos y situaciones endógenas propios del país que jamás se producirán en otro lugar; pero, con seguridad, se pueden encontrar otros muchos elementos que pueden ser de aplicación, de igual manera, en otros lugares.

De acuerdo con Zulueta-Fülscher,<sup>2</sup> podemos clasificar los procesos constituyentes fallidos en cinco grupos principales: (i) en primer lugar, se encuentran los procesos que producen un proyecto de Constitución que no llega a adoptarse, provocando un estancamiento *sine die* del proceso. Casos como los ocurridos en Yemen entre 2011 y 2015 y en Ucrania en 2014 podrían incorporarse a esta primera tipología. En segundo

---

<sup>1</sup> Sobre los procesos constituyentes y las principales vicisitudes que pueden atravesar encontramos en la disciplina diversas referencias obligadas. Así, Jon Elster, *Constitutions and constraints*, en ULYSSES UNBOUND: STUDIES IN RATIONALITY, PRECOMMITMENT AND CONSTRAINTS, 88-174 (2000) y *Forces and mechanisms in the Constitution-making process* 364, 396 (2/1995). También DONALD L. HOROWITZ, *CONSTITUTIONAL PROCESSES AND DEMOCRATIC COMMITMENT* (2021) y *Constitution-making; a process filled with constraint*, 12 REVIEW OF CONSTITUTIONAL STUDIES 1-17 (2016).

<sup>2</sup> Kimana Zulueta-Fülscher, *How constitution-making fails and what we can learn from it* 1-40, 3 (International IDEA, Discussion Paper, 2/2023).

lugar, se encuentran (ii) los fracasos temporales de un proceso constituyente que terminan con otro nuevo proceso iniciado inmediatamente después del proceso fracasado y que finalizan con la aprobación de una nueva Constitución. En este segundo grupo podrían encontrarse los procesos constituyentes llevados a cabo en Fiyi y Nepal. En tercer lugar, (iii) podemos agrupar aquellos procesos que se estancan o que se suspenden formalmente pero luego se reanudan, como los procesos constituyentes que dieron lugar a la Constitución de Myanmar de 2008 o a la Constitución provisional de Somalia de 2012. También se puede producir (iv) un fracaso parcial del proceso, en el que sólo una parte del proyecto de Constitución se incorpora al texto constitucional finalmente aprobado. Finalmente, encontramos (v) aquellos procesos de reforma que, por requerir mayorías excesivamente difíciles de alcanzar, están abocados al fracaso.

El caso de Kenia podría encuadrarse en el segundo grupo: el de aquellos procesos que fracasan –tal y como sucedió en el año 2005 tras el rechazo del proyecto de Constitución en el referéndum–, si bien acaban desencadenando un nuevo proceso que, en un periodo de tiempo ciertamente breve, termina aprobando una nueva Constitución, como así ocurrió en 2010. Sin embargo, el camino hasta la Constitución de 2010 no fue fácil y se llevó por delante un proceso constituyente previo que duró décadas y erosionó de forma grave las instituciones y la convivencia social. Un elemento clave de ese fracaso fue el papel que desempeñaron las fuerzas políticas del país. En efecto, el caso de Kenia es un ejemplo que confirma la importancia de los partidos políticos en el éxito de los procesos constituyentes, y de cómo estos últimos pueden ser utilizados como *ring* de combate entre los actores políticos para avanzar en sus propias agendas.

Las principales circunstancias que motivaron su derrota serán analizadas en el presente trabajo. Para entenderlas mejor, en el siguiente apartado nos remontaremos a la que por aquel entonces era la Constitución vigente, aprobada en 1963 y conocida como la Constitución de la Independencia. El tercer apartado abordará las numerosas reformas por las que la Constitución de 1963 tuvo que pasar ya desde sus inicios. El cuarto apartado se centrará en el proceso constituyente para la creación de una nueva Constitución, que comienza en 1997 con la aprobación de la Ley para la reforma de la Constitución de Kenia,<sup>3</sup> y culmina con el referéndum de ratificación de 2005 por el que se rechaza la nueva Constitución. El último apartado lo dedicaremos a analizar las posibles

---

<sup>3</sup> En inglés, la *Constitution of Kenya Review Act 1997*. Ver <https://constitutionnet.org/sites/default/files/KEL97-005.pdf> (último acceso: 17 de mayo de 2023).

circunstancias que provocaron el rechazo de la nueva Constitución en el referéndum de 2005 y, por tanto, contribuyeron a su fracaso.

## 2. La Constitución de la Independencia de 1963

Tras la aprobación por el Parlamento de Westminster de la Ley para la Independencia de Kenia de 3 de diciembre de 1963,<sup>4</sup> el 12 de diciembre de 1963 entraba en vigor la primera Constitución de Kenia como Estado independiente.<sup>5</sup> A partir de ese momento, Kenia dejaba de ser una colonia más del Reino Unido y comenzaba su nueva andadura como país independiente, siguiendo así los pasos de otros muchos países del continente africano.<sup>6</sup>

En los años previos, tanto en Londres como en Nairobi se habían llevado a cabo diversas conversaciones entre la administración colonial y los distintos grupos políticos con el fin de dotar al país con una Constitución. En concreto, tres remarcables Conferencias tuvieron lugar en Lancaster House en 1960, 1962 y 1963. Estas reuniones culminaron en la aprobación de la Constitución de 1963, otorgando a Kenia su estatus de país independiente.<sup>7</sup>

Hay que destacar que esta Constitución obtuvo desde el principio escaso apoyo de las principales fuerzas políticas de la región. De hecho, muchos la consideraron un símbolo del colonialismo británico y de opresión política doméstica.<sup>8</sup> Sin embargo, tal era el deseo

---

<sup>4</sup> En su traducción del original: *Kenya Independence Act 1963* (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1963/54#:~:text=An%20Act%20to%20make%20provision,Development%20and%20Welfare%20Act%201959>) (último acceso: 18 de mayo de 2023).

<sup>5</sup> Publicada como Orden Estatutaria del Consejo de su Majestad la Reina de Reino Unido, la Constitución de 1963 confería finalmente a Kenia el estatus de Estado independiente. Ver <http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/LegalNotices/TheKenyaIndependenceOrderinCouncil1963.pdf>, pp. 17 y ss. (último acceso: 18 de mayo de 2023).

<sup>6</sup> Como Ghana, que obtuvo su independencia del Reino Unido en 1957, o Somalia, Mauritania y Nigeria, en 1960. Para comprender bien en qué momento concreto se encontraba la sociedad al momento de la independencia, ver Luis G. Franceschi, *Elecciones en Kenia, de Etnocracia a Democracia*, REVISTA CATALANA DE DRET PUBLIC, 2013 (<https://eapccdp.blog.gencat.cat/2013/03/12/elecciones-en-kenia-de-etnocracia-a-democracia-luis-g-franceschi/>) (último acceso: 20 de mayo de 2023).

<sup>7</sup> Fueron muchas las batallas ideológicas y políticas que se hubieron de librar hasta la aprobación final de la Constitución de la Independencia. Para un mayor conocimiento de los hitos previos que llevaron a la aprobación de la nueva Constitución de 1963, *vid.* ROBERT M. MAXON, *KENYA'S INDEPENDENCE CONSTITUTION. CONSTITUTION-MAKING AND END OF EMPIRE* (2011); STEPHEN NDEGWA MWANGI (Ed.), *HISTORY OF CONSTITUTION-MAKING IN KENYA* 4-7 (2012); y CHARLES OYAYA Y NANA POKU, *THE MAKING OF THE CONSTITUTION OF KENYA: A CENTURY OF STRUGGLE AND QUEST FOR LEGITIMACY* (2018).

<sup>8</sup> AGWELI ONALO, *CONSTITUTION-MAKING IN KENYA* 215 (2004) y Alicia Bannon, *Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya*, *THE YALE LAW JOURNAL* 1824, 1830 (2007).

de conseguir la ansiada *ururu* (independencia), que los dos partidos más representativos en ese momento en Kenia aceptaron el documento sin reservas. Pero es cierto que nunca se mostraron realmente satisfechos con el resultado. Así, por un lado, se encontraba el partido de Unión Nacional Africana de Kenia (KANU, en sus siglas inglesas).<sup>9</sup> El KANU, que fue creado en 1960 por James Gichuru, Hon Rom Mboya y Jaramogi Oginga Odinga, se conformaba fundamentalmente por líderes políticos de las tribus *Luo* y *Kikuyu*. Unos de sus líderes más carismáticos de este partido fue Jomo Kenyatta, proveniente de la etnia *Kikuyu*. El KANU mostró siempre su rechazo al diseño regional que se efectuaba en la nueva Constitución, por considerarlo demasiado descentralizado y por beneficiar en exceso a las distintas etnias minoritarias del país.

Es importante destacar que el diseño territorial era un asunto primordial para las fuerzas políticas del país, pues de ello dependía el que las distintas etnias tuvieran mayor o menor representatividad y poder en el Gobierno central. De hecho, el sistema de descentralización política que diseñaba la nueva Constitución tenía un nombre específico, *Majimbo*, con el que se llegó a calificar, también, a la propia Constitución.<sup>10</sup>

Por el contrario, al partido oponente, la Unión Democrática Africana de Kenia (KADU),<sup>11</sup> que era el que había presionado para reconocer dicho regionalismo en el texto constitucional, le parecía insuficiente la regulación del nuevo modelo territorial y no sentía que los Gobiernos de las regiones estuvieran adecuadamente protegidos y reconocidos por la nueva Constitución. El KADU era un partido político que conglomeraba a su vez otras fracciones políticas provenientes de distintas etnias del país, entre las que se encontraban la etnia *Kalenjin*, oriunda del Valle del Rift, y los *Maasai*. Sus principales preocupaciones políticas giraban en ese momento en torno a la limitación del poder central en favor de las minorías étnicas. Uno de sus líderes más carismáticos fue Daniel Arab Moi, proveniente de la etnia *Kalenjin*.

---

<sup>9</sup> *Kenya African National Union*.

<sup>10</sup> La Constitución federal o *Majimbo*, como también era conocida, permitía a las minorías étnicas del país participar en la gobernanza. Así, dividía el país en siete regiones y confería a cada una de ellas un Parlamento provisto de funciones legislativas y un Gobierno regional a cargo de las funciones ejecutivas. Sobre el trasfondo de las reclamaciones territoriales entre las distintas fuerzas políticas del país y las luchas étnicas en este sentido, *vid* Laurence Juma, *Ethnic Politics and the Constitutional Review Process in Kenya*, 9 *TULSA JOURNAL OF COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW* 471, 487-490 (2002). También, Robert Maxon, *Constitution-Making in Contemporary Kenya: Lessons from the Twentieth Century*, 1 *KENYA STUDIES REVIEW* 11, 14-15, (2009).

<sup>11</sup> *Kenya African Democratic Union*.

Ese sentimiento, por tanto, de desapego inicial de los propios keniatas con su nueva Constitución pudo ser quizás también uno de los motivos para que el texto constitucional naciera ya con visos de ser ampliamente modificado. El propio Odinga manifestó años después que el KANU había aceptado el texto constitucional con el único fin de acelerar el autogobierno y la independencia del país, pero con una clara intención, también, de llevar a cabo en un momento posterior las reformas constitucionales que fueran necesarias para devolver a Kenia el modelo unitario. Así lo puso de manifiesto expresamente en su autobiografía, titulada *Not Yet Ururu* (“todavía no a la independencia”).<sup>12</sup>

Por otro lado, algunos autores han achacado el fracaso inicial de la Constitución de la Independencia a las grandes carencias que tenía. En concreto, la Constitución de 1963 prescindía de (i) consenso político entre las principales fuerzas políticas del país; de (ii) asistencia técnica por parte de expertos en el ámbito del Derecho constitucional; de (iii) apoyo popular para el modelo *Majimbo*; y, finalmente, (iv) de un sistema democrático completo y plenamente desarrollado.<sup>13</sup>

El texto constitucional, que era bastante extenso,<sup>14</sup> intentaba atender las exigencias de todas las partes involucradas en las negociaciones de las conferencias de *Lancaster House*. El nuevo sistema político diseñado para la nueva Kenia independiente se basaba en los principios del modelo parlamentario –claramente influenciado por el modelo de Westminster– y con un deseo de protección de las minorías del país. La jefatura de Estado correspondería al Gobernador General, quien recibía poderes delegados de la Corona de Reino Unido; y el Primer Ministro, elegido por la mayoría de los miembros de la cámara baja del Parlamento, la Casa de Representantes. El Parlamento, denominado Asamblea Nacional, contaría con dos cámaras: la Cámara Alta o de Representantes y el Senado. Esta última estaría a cargo de la protección y representación de las minorías étnicas y del modelo regional o *Majimbo*, que acogía siete regiones, cada una con un Parlamento y un Gobierno regional propio.

Se trataba de una Constitución con un proceso de reforma considerablemente rígido, que incorporaba un sistema de varias lecturas del texto de reforma, más la aprobación por parte de  $\frac{3}{4}$  de los miembros de ambas Cámaras parlamentarias en su procedimiento ordinario. Recogía, además, una vía agravada que exigía la aprobación de  $\frac{3}{4}$  de los

---

<sup>12</sup> OGINGA ODINGA, NOT YET URURU, 229 (1967).

<sup>13</sup> Maxon, *supra* nota 10, en pp. 11-29.

<sup>14</sup> La Constitución de 1963 acoge XV Capítulos en total y 247 artículos.

miembros de la Cámara de Representantes y el 90% del Senado para aquellas reformas que afectasen a derechos del individuo, las regiones, la ciudadanía, el sistema electoral, el Senado, el Poder Judicial y el propio proceso de reforma constitucional.<sup>15</sup>

Esta última vía, dificultaba ciertamente llevar a cabo una reforma constitucional. Si bien, esto no fue óbice para que en los siguientes años se desencadenasen multitud de reformas que alteraron el texto constitucional y con ello, el propio sistema político del país. La Constitución de 1963 sería sometida desde sus comienzos a cambios –hasta 24 reformas en sus primeros 25 años–, sumiendo al país en una de las épocas más inestables y oscuras de su joven existencia.<sup>16</sup> De un modelo constitucional parlamentario que promovía la democracia, el pluralismo político, los derechos individuales –incluidos los de las minorías–, la propiedad privada y la descentralización territorial del poder, se daría paso en pocos años a un sistema centralista de partido único, donde la violencia y la corrupción serían la nota principal característica del país.<sup>17</sup>

### **3. El camino hacia la transformación constitucional. Las reformas de la Constitución de 1963**

En mayo de 1963, el KANU había accedido al poder tras arrasar en las elecciones generales a su contrincante el KADU. En ambas cámaras de la Asamblea Nacional, KANU había obtenido más del 50% de los representantes y Jomo Kenyatta era nombrado Primer Ministro. Como Jefe de Estado continuaría –no por mucho tiempo más– su Majestad la Reina Isabel II, delegando las funciones ejecutivas que le correspondían en manos del Gobernador General de Kenia, Malcolm MacDonald. A partir de ese momento, una de las principales motivaciones del Gobierno sería modificar la Constitución, de tal manera que pudiera reflejar los deseos y aspiraciones no obtenidas en las negociaciones previas de Lancaster.<sup>18</sup> Además, el Gobierno utilizaría también la vía de la reforma constitucional para paliar las crisis políticas que irían surgiendo a lo largo de su mandato. A continuación, analizaremos las principales reformas constitucionales efectuadas desde el año 1964. Como veremos, lo que comenzó como la Constitución de la Independencia

---

<sup>15</sup> Art. 71.6 de la Constitución de 1963.

<sup>16</sup> O, como algunos lo califican, a “una dictadura constitucional”. OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 79.

<sup>17</sup> Jill Cottrell & Yash Ghai, *Constitution Making and Democratization in Kenya (2000-2005)*, 14-1 DEMOCRATIZATION 1, 2 (2007).

<sup>18</sup> Que tenían que ver principalmente con el diseño territorial del país y la forma de Gobierno.

terminará convirtiéndose en un texto irreconocible en relación con el originariamente aprobado.

### **3.1. Primera fase: de 1964 a 1969. Hacia un modelo Presidencial unitario**

En 1964, justo un año después de aprobarse la Constitución de la Independencia, Jomo Kenyatta consiguió que los militantes del KADU se unieran a sus filas en el KANU, conformando un único partido político. A partir de ese momento, ambos grupos parlamentarios se fusionaban y conseguirían alcanzar los quórum necesarios para modificar el texto constitucional. Es importante destacar que en todas las reformas llevadas a cabo solo participó el Parlamento, como único órgano protagonista y relevante en el procedimiento de reforma constitucional, sin dejar espacio de participación a otros sujetos distintos, como pudieran ser los ciudadanos.<sup>19</sup>

La primera reforma llevada a cabo convertía Kenia en una república presidencialista.<sup>20</sup> Se eliminó, por tanto, la figura del Primer Ministro y la del Gobernador General, dejando en manos del Presidente todas las funciones ejecutivas. Esta primera reforma diseñaba un Presidente fuerte, que se convertía en jefe del Estado, jefe del Gobierno y Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. El Presidente tendría desde este momento la potestad de disolver el Parlamento en cualquier momento y con total discreción. Esta primera reforma se aprovechó, también, para reducir el poder de los Parlamentos regionales, consiguiéndose un fuerte movimiento centralizador en todo el Estado. Centralización que se consolidaría pocos días después a través de las dos siguientes reformas constitucionales.

Así, la segunda reforma, aprobada un mes después de la primera, quiso eliminar todo tipo de funciones legislativas de las regiones en favor del Gobierno central, eliminando la autonomía que la Constitución de la Independencia les otorgaba para poder ejercitar sus funciones legislativas y ejecutivas.<sup>21</sup> La tercera modificación constitucional vino a

---

<sup>19</sup> La Constitución de 1963 sufrió un total de 38 reformas, según el Informe Final de la Comisión de Revisión de la Constitución de Kenia de 2005. Constitution of Kenya Review Commission, *The Final Report of the Constitution of Kenya Review Commission* 24 (10 de febrero de 2005), <http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/CommissionReports/The-Final-Report-of-the-Constitution-of-Kenya-Review-Commission-2005.pdf> (último acceso: 21 de junio de 2023). *Vid.* un análisis de las reformas de la Constitución de 1963 en OYAYA & POKU, *supra* nota 7, Capítulos 5 y 6, pp. 79 y ss.

<sup>20</sup> Ley (de Reforma) de la Constitución de Kenia número 28 de 1964, <http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Acts/1964/ActNo.28of1964.pdf> (último acceso: 24 de mayo de 2023).

<sup>21</sup> Ley n° 2 (de Reforma) de la Constitución de Kenia número 38 de 1964, <http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Acts/1964/ActNo.38of1964..pdf> (último acceso: 24 de mayo de 2023).

terminar de consolidar este centralismo cambiando de denominación a las regiones, que a partir de este momento se llamarían provincias, y confiriendo al parlamento estatal el poder de delegar las funciones legislativas a los Parlamentos o asambleas territoriales, que se conocerían a partir de ese momento como Consejos Provinciales.<sup>22</sup>

En los años sucesivos, el Presidente fue promoviendo diversas reformas constitucionales para aumentar sus funciones ejecutivas y eliminar paulatinamente la oposición política parlamentaria, pues eran varios los disidentes políticos que no querían continuar al lado del nuevo Presidente y de su partido, el KANU.<sup>23</sup> Entre ellos, el Vicepresidente Jaramogi Odinga Odinga que, desmarcándose de la política de Kenyatta, creó en 1966 un nuevo partido: la Unión del Pueblo de Kenia (*Kenya People's Union* o KPU). Odinga haría de contrapeso político a los deseos de Kenyatta, si bien por muy poco tiempo. Ese mismo año, Odinga renunciaba como Vicepresidente y solo tres años después, en 1969, era arrestado y se decretaba la ilegalización de su partido político.<sup>24</sup>

De esta manera, con las primeras once reformas constitucionales llevadas a cabo el Gobierno ya había conseguido: (i) dismantelar el modelo territorial regional, instaurando un sistema centralizado; (ii) eliminar cualquier garantía constitucional, especialmente aquellas disposiciones constitucionales más consolidadas; (iii) abolir el bicameralismo parlamentario; (iv) eliminar la separación de poderes y la independencia judicial y parlamentaria, así como el sistema de *checks and balances* existente entre los distintos órganos constitucionales; (v) establecer *de facto* un sistema de partido único, y; (vi) eliminar cualquier atisbo de garantías en los procesos penales, imponiendo todo un aparato de seguridad pública excesivamente severo.<sup>25</sup>

### 3.2. Segunda fase: de 1969 a 1982. El modelo de partido único

Con la eliminación del KPU, Kenia se convertía *de facto* en un país con un sistema de partido único. Esto concedería cierta “calma política” al Gobierno de Kenyatta, al menos por un tiempo, lo que explica que no hubiera ninguna reforma constitucional en los

---

<sup>22</sup> <http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Acts/1965/ActNo.14of1965.pdf> (último acceso: 24 de mayo de 2023).

<sup>23</sup> Por ejemplo, la décima reforma constitucional llevada a cabo en 1968 cambiaba el sistema de elección del Presidente y establecía un sistema de elección directa popular (<http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Acts/1968/ActNo.45of1968.pdf> (último acceso: 24 de mayo de 2023)).

<sup>24</sup> Ver un análisis de los distintos avatares políticos acaecidos en esta primera etapa de la Constitución de 1963 en H. Wilfred Opiya Okoth-Ogendo, *The Politics of Constitutional Change in Kenya since Independence, 1963-1969*, 71 AFRICAN AFFAIRS 9-34.

<sup>25</sup> OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 83.

siguientes cinco años. Sin embargo, pasado ese breve lapsus de tiempo, comenzaron de nuevo las reformas. A partir de 1974 se aprobaron nuevos cambios constitucionales que versaban sobre una amplia variedad de temas. Mientras algunas de las reformas iban encaminadas a fortalecer la figura del Presidente, otras muchas solo se ocupaban de temas menores, como la fijación del lenguaje que había de ser utilizado en el Parlamento, la regulación del indulto presidencial o el establecimiento de la edad de voto.<sup>26</sup>

En 1978, tras la muerte de Kenyatta, se produjo un cambio drástico en el rumbo del país. El nuevo sucesor, su entonces Vicepresidente Daniel Arap Moi,<sup>27</sup> si bien cumplió escrupulosamente la Constitución en la toma de poder, seguiría los pasos de su predecesor en cuanto al establecimiento de cualquier medida encaminada a acumular todas las funciones en su persona y a perpetuarle en el poder. Para ello utilizaría, también, la vía de la reforma constitucional. Tantos habían sido los cambios que se habían producido paulatinamente en esos años de joven democracia en Kenia, que poco quedaba ya, o nada, del texto original de la Constitución de la Independencia aprobada en 1963.

### **3.3. Tercera fase: de 1982 a 1990. La llegada del régimen autoritario**

Dos acontecimientos importantes marcan el comienzo de esta tercera etapa en el desarrollo del sistema constitucional de Kenia. En primer lugar, en 1982 se producía la reforma constitucional número 19 impulsada por el Gobierno de Moi, que consagraba constitucionalmente y establecía, por tanto, *de iure*, un sistema de partido único en Kenia.<sup>28</sup> A partir de ese momento, solo existiría el KANU en el panorama político del país. En segundo lugar, y tan solo unos meses después del establecimiento del sistema de partido único, se produciría un intento de golpe de Estado por una parte de las fuerzas aéreas militares del país que, si bien no consiguió su propósito de derrocar al Gobierno que en este momento estaba en el poder, se saldó con centenares de muertos. Estos dos acontecimientos motivaron las sucesivas reformas constitucionales llevadas a cabo en los años siguientes por el nuevo régimen de Moi. Todas ellas irían destinadas, por tanto, a finiquitar cualquier atisbo de oposición, no solo en el ámbito político, sino también en el

---

<sup>26</sup> *Vid.* OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en pp. 85 y ss.

<sup>27</sup> Tras varios años lidiando con diversos problemas de salud, Jomo Kenyatta fallece de un infarto en 1978 en la Casa Presidencial.

<sup>28</sup> La Ley (de Reforma) de la Constitución de Kenia número 6 de 1982 incorporaba una nueva sección en la Constitución, la Sección 2A, estableciendo que «*Sólo habrá en Kenia un partido político, la Unión Nacional Africana de Kenia (KANU)*». <http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Acts/1982/ActNo.7of1982.pdf> (último acceso: 8 de junio de 2023).

ejército y en la academia. También se produjo una fuerte centralización del poder en manos del ejecutivo, inhabilitando completamente las funciones del resto de instituciones políticas.

A finales de los años 80, sin embargo, se produce otro evento de relevancia mundial que influye en el devenir político de Kenia: la caída del muro de Berlín. La ola de democratización que trajo el colapso del comunismo a nivel global avivó, en cierta medida, el clamor por un cambio político en el país.<sup>29</sup> Las presiones recibidas por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y, más en particular, por los Gobiernos occidentales para comenzar un proceso de democratización en los países africanos si querían tener acceso a las ayudas y al mercado global tuvieron su efecto en Kenia. Se exigió a los Gobiernos africanos asumir determinadas políticas a cambio de recibir apoyo económico y de tener acceso al sistema de crédito bancario. Se impulsaron políticas tales como asegurar una buena gobernanza, el respeto a los derechos humanos, el pluralismo político, la garantía de elecciones democráticas, el Estado de Derecho, la responsabilidad y transparencia política, la protección de la igualdad, el control de la corrupción y una participación real de la sociedad civil en los procesos de decisión política.<sup>30</sup> Esto suponía, no solo la adopción de unos determinados principios de gobierno, sino que obligaba a una reconstrucción constitucional total del Estado, de tal manera que se asumiesen como propios los valores democráticos y constitucionales occidentales.

#### **3.4. Cuarta fase: de 1990 a 1997. El clamor por una reforma constitucional**

Comienza a partir de la década de los 90 una nueva era, por tanto, en Kenia. Es en esos años cuando, junto con la presión efectuada desde el exterior, dentro del país también se hace más creciente el clamor popular que aboga por una profunda reforma constitucional. Se suceden protestas en las calles, algunas de ellas violentas, así como manifestaciones públicas de activistas, dirigentes políticos, académicos y juristas en contra de las políticas adoptadas por el Gobierno de Moi. Una de las protestas más remarcables fue la denominada *Saba Saba*, llevada a cabo el 7 de julio de 1990. Se denominó *Saba Saba*, que en suajili quiere decir “siete del siete”, en clara referencia al día y al mes en el que se

---

<sup>29</sup> Naomi Gichuki, *Kenya's Constitutional Journey: Taking Stock of Achievements and Challenges*, 18 RECHT IN AFRIKA 130, 131-132 (2016). También Larry Diamond, *Developing Democracy in Africa: African and International Imperatives*, 14 CAMBRIDGE REVIEW OF INTERNATIONAL AFFAIRS 191, 191 (2001); y Jill Cottrell & Yash Ghai, *Seeking Democratisation, Accountability and Social Justice: The Constitution Building Process in Kenya (2000-2004)*, en IDEA: THE ROLE OF CONSTITUTION BUILDING PROCESSES IN DEMOCRATIZATION 1-30, 3 (2004).

<sup>30</sup> OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 93.

produjo la protesta popular. Los manifestantes clamaban por la derogación del sistema de partido único, la disolución del Parlamento y la celebración de un referéndum para poder decidir sobre el futuro del país.<sup>31</sup> Numerosos rostros conocidos de la política apoyaron esta protesta popular, como Charles Rubia –primer alcalde de Nairobi–, Kenneth Matiba –ex ministro del Gobierno de Moi–, Oginga Odinga y su hijo, Raila Odinga. Todos ellos pedían la reinstauración de un sistema multipartidista en Kenia. La dura represión efectuada por el Gobierno contra los manifestantes avivó la respuesta popular, con el incremento de la violencia en las calles y las protestas. Esto marcó el comienzo de un proceso de transformación constitucional en Kenia, que se alargaría durante años.

El primer hito lo marcó la derogación, por parte del régimen de Moi, de la Sección 2A de la Constitución en diciembre de 1991, con la consiguiente eliminación del sistema de partido único.<sup>32</sup> El año siguiente se convocaron elecciones generales, concurriendo una multitud de partidos políticos, entre ellos, el KANU de Moi, el partido FORD-Asili de Matiba; el Partido Democrático con Mwai Kibaki a la cabeza; y el partido FORD-Kenya de Oginga Odinga. Pese a la reciente apertura al pluralismo político en el país, las elecciones dieron como ganador nuevamente al partido del Presidente Moi, que continuaría en el poder otros cinco años más.

La derrota de los partidos de la oposición no frenó el clamor por la reforma constitucional que había comenzado apenas dos años atrás. Así, en los siguientes años, de 1992 a 1997, se movilizaron partidos políticos, grupos religiosos y sociedad civil con el fin de impulsar el proceso de cambio constitucional. Por su parte, y para calmar los ánimos, el Gobierno impulsó algunas reformas constitucionales tendentes a limitar las potestades presidenciales, como la reforma llevada a cabo en 1992.<sup>33</sup> Esta reforma, la número 28, limitaba la permanencia del Presidente a dos mandatos de cinco años cada uno y delimitaba con gran claridad las funciones de este como jefe del Estado, así como las del

---

<sup>31</sup> OYAYA & POKU, supra nota 7, en p. 94; y Grace Maingi, *The Kenyan Constitutional Reform Process: A Case Study on the work of FIDA (Federation of Women Lawyers) Kenya in Securing Women's Rights*, AFRICAN GENDER INSTITUTE 63, 64 (2010).

<sup>32</sup> Ver art. 2 de la Ley (de Reforma) de la Constitución de Kenia número 12 de 1991 (<http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Acts/1991/ActNo.12of1991.pdf> (último acceso: 8 de junio de 2023)).

<sup>33</sup> Ley (de Reforma) de la Constitución de Kenia número 6 de 1992 (<http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Acts/1992/ActNo.6of1992.pdf> (último acceso: 9 de junio de 2023)).

Primer Ministro como jefe de Gobierno. Una reforma que por vez primera consiguió marcar un comienzo de cambio en el modelo político y constitucional del país.<sup>34</sup>

## 4. El proceso constituyente para una nueva Constitución: de 1997 a 2005

### 4.1. La *Review Act* de 1997. El comienzo del proceso

El clamor por una nueva Constitución en los distintos sectores religiosos, políticos y sociales tuvo su máxima expresión en la creación de una comisión parlamentaria en agosto de 1997, que habría de liderar el proceso del cambio: el Grupo Parlamentario de Interpartidos (*Inter Parties Parliamentary Group*, o IPPG). Este grupo, que contaba con el beneplácito del Gobierno, sería el foro adecuado para llevar a cabo los debates sobre el cambio constitucional. Se plantearon distintas propuestas de reforma constitucional que pretendían ser materializadas antes de las elecciones generales de ese año. Las propuestas abarcaban un amplio abanico de reformas, lo que motivó la aprobación de la Ley para la Reforma de la Constitución de Kenia de 1997 (*Constitution of Kenya Review Act*), conocida también como *Review Act*.<sup>35</sup> Esta ley creaba en primer lugar una Comisión, la *Constitution of Kenya Review Commission* o CKRC, cuyo primer objetivo era liderar un proceso de reforma constitucional impulsado esencialmente por los ciudadanos,<sup>36</sup> en la que el Gobierno tendría una cierta representación. Eso hizo que muchos líderes políticos y sociales vieran la CKRC como un intento del Gobierno de monopolizar el proceso de cambio.<sup>37</sup> Sin embargo, otros, como los representantes del

---

<sup>34</sup> Aunque muchos considerarían esta última reforma constitucional como un mecanismo más a manos del Gobierno para moldear todo el sistema político a su favor, lo cierto es que el Fiscal General –órgano encargado de su redacción y tramitación– pudo ver esta como una gran oportunidad para iniciar un cambio de rumbo efectivo en el país. *Vid.* GITHU MUIGAI, CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROCESS IN KENYA (1964-1997). A STUDY IN THE POLITICS OF THE CONSTITUTION, 168 (2001).

<sup>35</sup> Ley No. 13, de 7 de noviembre de 1997, *Constitution of Kenya Review Act* (CKRA), GACETA DE KENIA de 30 de diciembre de 1998, (p. 537), <https://constitutionnet.org/sites/default/files/KEL97-005.pdf> (último acceso: 13 de junio de 2023).

<sup>36</sup> El conocido *people-driven process*, donde se daría cabida a distintas organizaciones civiles, grupos religiosos y ONGs. Esta Comisión traía origen, a su vez, de un movimiento iniciado apenas unos meses antes, denominado MODAN (*Movement for Dialogue And Non-violence*), que buscaba explorar nuevas vías de asegurar la estabilidad constitucional sin el uso de la violencia, a ser posible antes de las elecciones generales de ese año. De hecho, fueron los líderes de este movimiento quienes, a través de vías diplomáticas, consiguieron hacer presión en el entorno del Presidente Moi para que accediese a iniciar este proceso de cambio (*vid.* OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 98).

<sup>37</sup> PATRICK L.O. LUMUMBA, MORRIS KIWINDA MBONDENYI Y STEVE ODERO, THE CONSTITUTION OF KENYA: CONTEMPORARY READINGS, LawAfrica Publishing (K)Limited 77, 380 (2011).

KANU, la veían como una oportunidad para poder mediar entre los “moderados” y “radicales” que existían en los distintos movimientos sociales y en el Parlamento.<sup>38</sup> Fruto de esta Comisión fue la reforma constitucional número 29, también conocida como la “Reforma IPGP”, que introducía por primera vez en la Constitución un reconocimiento expreso del pluralismo político en Kenia.<sup>39</sup>

La *Review Act* marcaba cuatro hitos principales que habrían de llevarse a cabo en el nuevo proceso constituyente: (i) en primer lugar, se exigía la celebración de consultas populares y la recolección de la opinión de la gente; además, (ii) se pedía que la redacción inicial del proyecto de Constitución fuera llevado a cabo por una comisión de expertos (la ya mencionada CKRC); también (iii) que dicho proyecto fuera sometido a posteriores revisiones por una Convención Nacional; y, finalmente, (iv) que el proyecto final fuese ratificado por el Parlamento.<sup>40</sup>

Estos cuatro hitos principales en el proceso constituyente se llevarían a cabo por cuatro sujetos u órganos diferentes: (i) en primer lugar, se habilitarían unos foros encargados de realizar las consultas populares y de recolectar la opinión pública. Estos órganos fueron los Foros Constitucionales de Distrito (en inglés, *Constituency Constitutional Forums* o CCFs), que se establecieron en los 210 distritos electorales para asegurar la información, formación y participación del pueblo keniano en el proceso. Para poder coordinar todos estos foros, se crearon a su vez 3 Comités Constitucionales de Distrito (*Constituency Constitutional Committes*, 3Cs). En segundo lugar, (ii) la CKRC, como órgano principal del proceso de revisión constitucional, se encargaría de redactar el proyecto de Constitución. También participaría en el proceso (iii) una Convención Constitucional Nacional (*National Constitutional Conference* o NCC), que acogería el debate y discusión del borrador para su futura aprobación. Y (iv) la Asamblea Nacional o Parlamento de Kenia, que aprobaría finalmente el borrador. El proceso originalmente no consideraba la celebración de un referéndum confirmatorio de la propuesta constitucional, si bien sería incorporado con posterioridad.

---

<sup>38</sup> OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 99.

<sup>39</sup> La sección 1A de la Constitución de 1963 rezaría a partir de ahora como sigue: «*La República de Kenia es un Estado democrático multipartidista*». Ley (de Reforma) de la Constitución de Kenia número 9 de 1997. De esta manera, se confirmaba de forma clara y manifiesta la derogación del sistema de partido único impulsada en la reforma constitucional número 27, que derogaba la Sección 2ª de la Constitución (<http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Constitution/HistoryoftheConstitutionofKenya/Act/s/1997/ActNo.9of1997.pdf> (último acceso: 13 de junio de 2023)).

<sup>40</sup> Bannon, *supra* nota 8, en p. 1832.

La *Review Act* de 1997, en su versión original, suponía un gran avance y una clara concesión a las exigencias de la sociedad civil y los distintos grupos religiosos y políticos interesados, aunque, curiosamente, fuera aprobada sin hacer partícipes a dichos colectivos.<sup>41</sup> Se trataba de una ley dirigida a llevar a cabo un auténtico proceso constituyente, aunque no contaba con el apoyo de la sociedad y de los distintos grupos de interés del país, al haber sido excluidos en el proceso de redacción de la ley.

En verano de 1998, estos colectivos consiguieron finalmente ser escuchados e incorporados al proceso de reforma constitucional, tras las negociaciones llevadas a cabo entre estos grupos, el IPPG y la oposición en el *Safari Park Hotel* de Nairobi. De esta forma, se incorporó una nueva fase de consulta popular en el proceso, que fue oportunamente incluida en la *Review Act*.<sup>42</sup>

A partir de entonces, la Comisión constitucional (CKRC) acogería a 25 miembros que daban representación a más de cincuenta grupos sociales. Sin embargo, no hubo acuerdo en el modo de nombrar a los miembros de la Comisión, lo que provocó que, desde entonces, surgieran dos iniciativas en paralelo que buscaban liderar el proceso constituyente. Por un lado, en octubre de 1999 el Parlamento convocó formalmente un Comité Selecto Parlamentario (*Parliamentary Select Committee* o PSC), que contaba con el apoyo del Gobierno (KANU) y del partido de Raila Odinga, el Partido por el Desarrollo Nacional (*National Development Party* o NDP). Este comité sería presidido por el mismo Raila Odinga. Por otro lado, la sociedad civil y los grupos religiosos impulsarían un movimiento nuevo, denominado Iniciativa Ufungamano, liderado por el conocido jurista Oki Ombaka, con el fin de crear una nueva comisión constitucional: la Comisión del pueblo de Kenia (*Peoples Commission of Kenya*, PCK). Esta comisión elegiría a sus miembros conforme lo dispuesto en la *Review Act* y su principal misión sería recoger las opiniones del pueblo de Kenia con respecto al proceso constituyente.

El Comité Selecto Parlamentario (PSC), por su parte, seguía adelante con el proceso constituyente. Así, este Comité propuso ciertas reformas a la *Review Act* que fueron

---

<sup>41</sup> En Kenia se utilizó ampliamente el término “grupos interesados” o *stakeholders* para hacer referencia a todos aquellos colectivos sociales, religiosos o políticos que buscaban participar o ser consultados en el proceso de reforma constitucional. Estos sectores incluían, de manera particular, ONGs, asociaciones profesionales, sindicatos, movimientos sociales –de mujeres, grupos sociales minoritarios, jóvenes o colectivos dependientes–. Una crítica a esta ausencia de representación popular en el proceso de redacción de la ley lo encontramos en Cottrell & Ghai, *supra* nota 29, en p. 5.

<sup>42</sup> Constitution of Kenya (Amendment) Act, número 13 de 1997, promulgada en diciembre de 1998: <https://constitutionnet.org/sites/default/files/KEL97-005.pdf> (último acceso: 21 de junio de 2023).

aprobadas en el Parlamento: (i) en primer lugar, se redujo el número de miembros de la CKRC de los 25 comisionados iniciales, a 15 miembros (más dos miembros natos: el Fiscal General y el Secretario de la Comisión); (ii) los miembros del comité serían nombrados por el Presidente, previa propuesta del PSC; y (iii) los candidatos propuestos para el Comité serán elegidos teniendo en consideración las especialidades étnicas, geográficas y sociales del país.<sup>43</sup>

El conflicto se vio intensificado con estas dos comisiones queriendo liderar el proceso constituyente. Sin embargo, también hubo intentos de que se unieran para, juntas, poder liderar el proceso constituyente. Esta encomienda de unificar ambas iniciativas se dejó en manos del Prof. Yash Pal Ghai, por ser una de las figuras más respetadas y conocidas del país en el ámbito académico y en la protección y defensa de los derechos humanos.

#### **4.2. La reforma de 2001. El cambio de Gobierno y el comienzo de la redacción de la nueva Constitución**

La fusión de dos comisiones se consigue finalmente en 2001,<sup>44</sup> con la *Review Act* 2000.<sup>45</sup> A partir de ese momento, la CKRC pasa de tener 15 miembros a 27 (más los dos miembros natos). Los 12 nuevos miembros provendrían de la Iniciativa Ufungamano. Desde entonces, se le concede un gran protagonismo a la sociedad civil dentro de los órganos que participan en el proceso constituyente, convirtiéndose este en un verdadero proceso liderado por el pueblo de Kenia —o *people-driven process*—.<sup>46</sup>

##### *a) Las elecciones de 2002 y el nuevo Gobierno*

Correctamente conformada la CKRC, se daba paso a la siguiente fase del proceso constituyente: la celebración de la Convención Nacional, a la que se remitiría el proyecto de Constitución elaborado hasta el momento por la Comisión.<sup>47</sup> Esta Convención estaría compuesta por todos los miembros del Parlamento más los representantes de los distintos grupos religiosos y sociales; y su principal misión sería redactar el proyecto de Constitución. Se trata de la asamblea más numerosa y representativa jamás constituida en Kenia hasta el momento, con un total de 629 delegados y cuyo principal objetivo era

---

<sup>43</sup> MAXON, *supra* nota 7, en p. 3.

<sup>44</sup> *Vid.* OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 113.

<sup>45</sup> *Supra* nota 7, en p. 42.

<sup>46</sup> Cottrell & Ghai, *supra* nota 29, en p. 6.

<sup>47</sup> De los trabajos realizados en la CKRC saldría un primer proyecto de Constitución, conocido como *Ghai Draft*, que pasaría a la Convención Nacional para ser sometido al correspondiente debate y enmiendas. *Vid.* Gichuki, *supra* nota 29, en p. 66.

recabar la opinión de los distintos grupos sociales y de interés del país en los asuntos más importantes del futuro político de Kenia para poder redactar la nueva Constitución.<sup>48</sup>

Sin embargo, dos acontecimientos ensombrecerían el proceso. En primer lugar, en diciembre de 2002 tienen lugar las que podríamos considerar como las primeras elecciones presidenciales y generales libres en Kenia. El Presidente Moi, que había agotado ya sus dos mandatos, decide en ejercicio de las facultades que le confiere la Constitución, aprovechar el periodo de elección presidencial para disolver también el Parlamento y convocar elecciones legislativas en el país. Muchos vieron en esa convocatoria anticipada un intento de Moi de paralizar el proceso constituyente, puesto que al convocar elecciones legislativas los miembros del Parlamento no solo cesaban en sus funciones, si no que de forma automática dejaban también de estar representados en la Convención Nacional que habría de redactar la nueva Constitución.<sup>49</sup> Eso provocó la paralización de la Convención por varios meses hasta que el Parlamento volviera a estar nuevamente constituido. Tras el anuncio de la convocatoria de elecciones por Moi, dos principales fuerzas políticas se disputarán el poder. Por un lado, está su partido, el KANU, que concurre esta vez sin Moi y con un nuevo líder: Uhuru Kenyatta, hijo del ya fallecido expresidente Jomo Kenyatta, de la etnia *Kikuyu*. Como principal fuerza contrincante concurre a las elecciones por primera vez el NARC (*National Rainbow Coalition*). Esta fuerza política aglutina los principales partidos de la oposición, liderados por Mwai Kibaki, del Partido Democrático.<sup>50</sup>

El segundo golpe se produce con la llegada de un nuevo Gobierno. Por primera vez desde la Constitución de 1963, el KANU pierde las elecciones al obtener poco más del 30% de los votos. El claro vencedor es la coalición NARC, que obtiene más del 60% de los votos. Kibaki, por tanto, será nombrado nuevo Presidente de Kenia tras cuarenta años de reinado del KANU. Sin embargo, Kibaki no gobernaría solo. La coalición había ganado las elecciones gracias al intenso apoyo recibido por el partido de Raila Odinga, que pediría, a cambio, recibir la jefatura de Gobierno tan pronto Kenia se convirtiese en un modelo parlamentario.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Sobre las distintas funciones atribuidas a la Convención Nacional, *vid.* MWANGI, *supra* nota 7, en p. 34 y OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en pp. 119-122.

<sup>49</sup> Bannon, *supra* nota 8, en p. 1834.

<sup>50</sup> Que son el NAK (National Alliance of Kenya) de Kibaki y el LDP (Liberal Democratic Party) de Raila Odinga.

<sup>51</sup> Recordemos que Raila Odinga era hijo del que fuera Vicepresidente del Gobierno de Kenyatta y líder político Jaramogi Oginga Odinga, de la tribu *Luo* y líder del partido Unión del Pueblo de Kenia (KPU).

La alegría por el cambio político se tradujo en seguida en una clara decepción con el nuevo Gobierno, que perdió rápidamente todo el entusiasmo por aprobar la nueva Constitución que había mostrado con anterioridad.<sup>52</sup> Pese a que Kibaki había anunciado en campaña que Kenia tendría una nueva Constitución antes de que su Gobierno cumpliera cien días en el cargo,<sup>53</sup> esta promesa no se cumpliría y, una vez más, el proceso quedaría dilatado en el tiempo.

*b) La Convención Nacional de Bomas*

Después de múltiples retrasos, la Convención Constitucional Nacional comenzaría su trabajo en 2003, dando comienzo así a la segunda fase del proceso constituyente diseñado en la *Review Act*. Desde entonces, la Convención –que recibió el nombre de *Bomas*, puesto que tuvo lugar en el centro de convenciones del barrio Bomas, en Nairobi– celebraría tres sesiones con el fin de redactar un proyecto de Constitución.<sup>54</sup> La primera sesión –conocida como *Bomas I*– comenzó en abril de 2003 y redactó un proyecto de Constitución que fue intensamente debatido en el seno de la Convención.<sup>55</sup>

La segunda sesión –*Bomas II*– se inició en agosto de 2003 y se alargó durante varios meses. En esta segunda sesión, la tensión política dentro del Gobierno de coalición había crecido hasta el punto de que los dos principales partidos que la conformaban, la Alianza Nacional de Kenia (con Kibaki a la cabeza) y el Partido Democrático Liberal (el LDP, liderado por Odinga) utilizaron la Convención para poner de manifiesto sus principales desavenencias,<sup>56</sup> algo que dificultó enormemente el proceso.

En esa segunda sesión se crearon trece comités para tratar de manera específica los distintos apartados del proyecto de Constitución. Sus principales funciones eran: (i) examinar todos los aspectos que surgieran durante los debates y cualquier otro asunto

---

Aunque la vigente Constitución no reconocía la figura del Primer Ministro, puesto que acogía un modelo presidencialista, la CKRC había propuesto en sus borradores que Kenia se transformase en un sistema parlamentario, con una clara separación entre las dos jefaturas: la del Estado y la del Gobierno.

<sup>52</sup> Cottrell & Ghai, supra nota 17, en p. 13.

<sup>53</sup> Esta manifestación se hizo públicamente. Ante la pregunta del grupo Ufungamano de si llevarían a cabo el proceso constituyente dentro de los seis primeros meses tras resultar elegidos, el NARC llegó más lejos y contestó que lo harían dentro de los cien primeros días. *Vid.* OYAYA & POKU, supra nota 7, en p. 126 y Cottrell & Ghai, supra nota 17, en p. 14.

<sup>54</sup> Se pueden consultar las sesiones en <https://constitutionnet.org/sites/default/files/KERE-432.pdf> (último acceso: 26 de junio de 2023).

<sup>55</sup> Un análisis muy detallado de lo debatido en las distintas sesiones de la Convención de *Bomas* lo podemos encontrar en OYAYA & POKU, supra nota 7, en pp. 127 a 134.

<sup>56</sup> La primera muestra de enemistad vino con la destitución de Odinga como Presidente del Comité Selecto Parlamentario (PSC) que presidía desde su creación en 1999.

derivado del proyecto; (ii) proponer enmiendas al texto; (iii) informar sobre las enmiendas al Comité directivo o a la Convención, así como de cualquier otro aspecto relacionado con el proyecto.<sup>57</sup> Esta segunda sesión se alargó más de lo inicialmente previsto debido a varios contratiempos. En primer lugar, los Comités técnicos dedicaron mucho tiempo en debatir intensamente sobre asuntos especialmente controvertidos como los relativos a la distribución territorial del poder,<sup>58</sup> las funciones del poder ejecutivo, los denominados juzgados *Khadis*<sup>59</sup> y las disposiciones transitorias que debería recoger la nueva Constitución. Además, dos defunciones provocaron el aplazamiento de la sesión durante semanas: la del Vicepresidente de Kenia, Michael Kijana, y la del coordinador de uno de los Comités técnicos, concretamente, el encargado de la distribución territorial del poder.

La tercera y última sesión de la Convención –*Bomas III*– comenzaría en enero de 2004. Inicialmente estaba prevista su celebración en noviembre del año anterior, si bien se forzó su retraso por parte del Gobierno de coalición, que seguía inmerso en una grave disputa interna.<sup>60</sup> Nuevamente, estas reuniones serían utilizadas para acoger la contienda política existente entre los dos partidos del Gobierno, más que para llevar a cabo el correspondiente el debate constitucional. A esas alturas, además, no era un secreto entre los miembros de la Convención que el Gobierno del NARC ya no les prestaba su apoyo en relación con el proceso constituyente.

Por ello, la Convención trabajó intensamente para tener lo antes posible un proyecto final de Constitución y, así, poder remitirlo cuanto antes al Parlamento para su aprobación. Lo anterior se hizo sin perder el espíritu negociador y de consenso que existió en todo el proceso constituyente. Eso quería decir que asuntos tan controvertidos como la forma de gobierno o el reparto territorial del poder serían correctamente tratados y abordados por

---

<sup>57</sup> OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 134.

<sup>58</sup> El mantener en Kenia un modelo fuertemente centralizado o diseñar, por el contrario, un modelo políticamente descentralizado fue uno de los temas más debatidos a lo largo de todo el proceso constituyente. Muchos autores han culpado al modelo centralizado de poder imperante en Kenia desde la independencia de las desigualdades entre etnias y territorios y del lento desarrollo económico y político del país. *Vid.* Luis G. Franceschi, Shillah S. Memusi y Reuben Muhindi, *The Cost of Devolution in Kenya: A Cost Analysis of the New Governance Framework Introduced by the 2010 Constitution of Kenya and Its Impact on the Country's Public Finance* 28, 30, 10 AFRICA POLICY JOURNAL, 2014.

<sup>59</sup> Los juzgados *Khadis* conocían de asuntos musulmanes en materia de familia y sucesiones y estaban reconocidos constitucionalmente. Varios grupos religiosos del país pedían su desaparición.

<sup>60</sup> La coalición se encontraba sumida en una crisis política provocada por el actual rechazo de Kibaki al acuerdo que ambos partidos, el suyo y el de Odinga, habían firmado en la campaña electoral. En ese acuerdo –conocido como el MoU o *Memorandum of Understanding*– se había pactado el reparto del poder ejecutivo entre los miembros de ambos partidos; reparto que finalmente el partido de Kibaki no quiso cumplir.

la Convención.<sup>61</sup> Por ejemplo, este proyecto desechaba el sistema presidencialista instaurado en Kenia desde 1964 y acogía, por primera vez, un sistema parlamentario, con un Ejecutivo conformado por el Presidente, el Primer Ministro y su Gabinete. También se acabaría imponiendo un diseño descentralizado de poder –o *devolution*–. Ambas incorporaciones al proyecto conseguirían que el proceso constituyente llegase a su fase de máxima tensión y, si bien es cierto que los debates habían llegado a ser muy intensos en las dos primeras sesiones –*Bomas I* y *Bomas II*– la última sesión acabó con varias de las principales ONG y con el mismísimo Gobierno de Kibaki abandonando la Convención.

El resto de los delegados continuaron los trabajos y, finalmente, en marzo de 2004 la Convención aprobaba el Proyecto de Constitución de Kenia, también conocido como Proyecto *Bomas*.<sup>62</sup>

*c) El palo en la rueda. Las decisiones judiciales clave en el proceso: El Caso Njoya y el Caso Njuguna*

Para entonces, tanto el proceso constituyente en sí como el proyecto de Constitución ya habían sido recurridos ante Tribunal Supremo por su presunta inconstitucionalidad.<sup>63</sup> De todos los procesos judiciales que se iniciaron en los años finales del proceso, podríamos destacar tres casos que fueron clave en los últimos meses del proceso constituyente.<sup>64</sup>

El primero de ellos tuvo lugar en 2004. El alto tribunal conocía una demanda liderada por un representante de la iglesia presbiteriana contra el fiscal general y la CKRC en la que se solicitaba la paralización del proceso al considerar que estaba viciado de inconstitucionalidad.<sup>65</sup> El Tribunal Supremo aprovechó la ocasión para declarar que, para

---

<sup>61</sup> Para lo cual se creó expresamente el denominado Grupo de Construcción de Consenso (*Consensus Building Group* o CBG) en febrero de 2004, compuesto de 48 miembros y cuyo principal objetivo era discutir y proponer recomendaciones sobre los distintos asuntos más polémicos que habría de incorporar la futura Constitución. *Vid.* OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 138.

<sup>62</sup> *Bomas Draft*, en inglés.

<sup>63</sup> Desde el año 2001, el Tribunal Supremo venía conociendo varias demandas contra el proceso constituyente y la composición y el funcionamiento de la CKRC y de la Convención Nacional. Se sospechaba, incluso, que el Gobierno de Moi podía estar detrás de ellas. Aunque las primeras que se interpusieron fueron desestimadas, es cierto que consiguieron paralizar y torpedear durante semanas el proceso. *Vid.* Cottrell & Ghai, *supra* nota 17, en p. 17.

<sup>64</sup> El Tribunal Supremo de Kenia recibió duras críticas. Se consideraba que el Tribunal, lejos de nutrir y cooperar en el proceso, ha desempeñado más bien una labor de “bloqueo” o “boicot”, fundamentalmente al final del proceso. Ver Laurence Juma y Chuks Okpaluba, *Judicial Intervention in Kenya’s constitutional review process*, 11 WASH UNIVERSITY GLOBAL STUDIES LAW REVIEW 287, 303 (2012).

<sup>65</sup> El conocido como *Caso Njoya: Timothy Njoya & others v Attorney General & CKRC* (la sentencia, dictada con fecha 27 de enero de 2004 se puede consultar en: [https://constitutionnet.org/sites/default/files/misc\\_civ\\_appl\\_82\\_of\\_04.pdf](https://constitutionnet.org/sites/default/files/misc_civ_appl_82_of_04.pdf), ultimo acceso: 27 de junio de

que el proyecto de Constitución fuera válido, su aprobación no podía recaer de manera absoluta en manos del Parlamento, debiendo incorporarse al poder constituyente o bien la ratificación del proyecto por el pueblo mediante referéndum, o bien por una asamblea constituyente.<sup>66</sup> Las previsiones contenidas en la *Review Act*, por tanto, tenían que ser modificadas para poder incorporar esta última fase de ratificación del proyecto la participación popular.

Esta decisión judicial paralizó el proceso y, junto con otra sentencia clave dictada en noviembre de 2005,<sup>67</sup> provocó la reforma de la *Review Act* por el Gobierno, que incorporó un referéndum de ratificación en la fase final del proceso. Aprovechando la reforma legal, el Gobierno de Kibaki incorporó además una nueva redacción en la *Review Act* que permitía al Parlamento introducir enmiendas en el proyecto de Constitución por mayoría simple de la cámara. La nueva redacción de la ley –que a partir de entonces pasaría a denominarse la Ley del consenso o *Consensus Act*– permitía al Parlamento introducir enmiendas al proyecto de Constitución. Una vez introducidas esas enmiendas, el fiscal general presentaría el proyecto definitivo para su ratificación mediante referéndum.<sup>68</sup> Esta nueva ley incorporaba, además, notables novedades en el proceso, fundamentalmente en la fase final de ratificación del proyecto mediante referéndum. En primer lugar, eliminaba el quorum mínimo de participación como requisito de validez del referéndum. Además, ordenaba la disolución de los distintos órganos constituyentes (la CKRC, la Convención Nacional y los Foros Constituyentes de Distrito) una vez finalizado el proceso. Es decir, si el proceso finalizaba sin éxito y el proyecto de Constitución quedaba rechazado en el referéndum, todos los órganos intervinientes quedarían disueltos. De esta manera, el

---

2023). Los recurrentes interpusieron un total de 19 órdenes o declaraciones de inconstitucionalidad contra la Convención Nacional y el proceso constituyente, de los cuales solo 7 fueron estimadas. Entre ellas, se acordó que, efectivamente, el proceso constituyente debía incorporar una ratificación final del proyecto de Constitución por parte del pueblo, como sujeto necesario del proceso constituyente. Ver también Cottrell & Ghai, *supra* nota 29, en pp. 22-23.

<sup>66</sup> Orden número 12 de los demandantes (p. 237 de la Sentencia). Lo cierto es que el problema realmente proviene de la defectuosa redacción del proceso de reforma constitucional que aparecía recogido en la vigente Constitución. El art. 47 de la Constitución de 1963, en efecto, no regulaba el procedimiento de revisión o reemplazo total de la Constitución. Sin embargo, en vez de reformar la Constitución en este extremo, el Gobierno optó por incorporar la fase de ratificación popular en la *Review Act* a fin de evitar mayores detractores en el Parlamento. *Vid.* MWANGI, *supra* nota 7, en p. 41.

<sup>67</sup> Esta segunda decisión fue dictada en el conocido como *Caso Onyango*, y confirmó que para que el proyecto de la nueva Constitución fuera válido necesitaba de la ratificación final por el pueblo de Kenia.

<sup>68</sup> La redacción original de la *Review Act* solo contemplaba la aprobación o rechazo del proyecto de Constitución por el Parlamento en su totalidad, sin la posibilidad de introducir enmiendas al texto. *Vid.* Bannon, *supra* nota 8, en p. 1838.

Gobierno se garantizaba terminar con proceso constituyente en cualquier caso: tanto si se conseguía una nueva Constitución, como si no.<sup>69</sup>

El segundo caso paradigmático en esta fase final del proceso es el conocido *Caso Njuguna*,<sup>70</sup> dictado unos meses después de la sentencia del *Caso Njoya* y tan solo un día antes de que el borrador final fuera aprobado por la Convención Nacional. La *Review Act* preveía que, una vez concluidas las sesiones de la Convención Nacional, el proyecto de Constitución fuera remitido por la Comisión al Fiscal General, que lo presentaría para su aprobación en el Parlamento. Finalmente, a los 14 días desde su presentación ante la cámara, el Fiscal General ordenaría su publicación.<sup>71</sup> Pues bien, el alto tribunal prohibía en esta última sentencia que el proyecto de Constitución fuera recibido por el Fiscal General hasta que no se resolvieran ciertas reclamaciones contra algunas partes del proyecto relativas a las competencias del Parlamento y del Gobierno y a la distribución territorial del poder.

*d) El nuevo proyecto de Constitución del Gobierno: el Wako Draft*

La última sentencia impedía, por tanto, finalizar el proceso constituyente, puesto que no había proyecto de Constitución alguno que poder ratificar mediante referéndum, tal y como había exigido el propio tribunal en el *Caso Njoya*. En este punto, se iniciaron dos movimientos con el propósito de desbloquear la paralización del proceso constituyente. Por un lado, se encontraban el Gobierno y sus políticos afines que, junto con la nueva Ley del consenso, habían creado un grupo informal para completar el proceso constituyente, denominado el Grupo de Construcción del Consenso (*Consensus Building Group* o CBG). Su intención era –ahora que la ley lo permitía–, modificar el borrador de tal manera que pudieran tener un proyecto de Constitución distinto del aprobado en la Convención Nacional y, en especial, regular de nuevo aspectos muy controvertidos como las competencias del poder ejecutivo (en especial, las atribuidas al Presidente) y la distribución territorial del poder. Para ello, le encargaron al Comité Selecto Parlamentario (PSC) la tarea de sacar adelante el proyecto de Constitución. El proyecto que redactaron sería conocido como *Wako Draft*.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 159.

<sup>70</sup> La sentencia del *Caso Njuguna* fue dictada en fecha 22 de marzo de 2004 (*Njuguna Michael Kung'u, Gacuru Wa Karengi y Nicholas Mugo v. the Republic, Attorney-General and CKRC*, High Court, Misc. Application no. 309 del 2004).

<sup>71</sup> Sección 28 de la *Review Act*.

<sup>72</sup> Este proyecto recibía el nombre del actual Fiscal General, Amos Wako, que fue quien preparó y publicó el proyecto del Gobierno para su ratificación por referéndum (se puede consultar este proyecto en su versión

Por otro lado, algunas organizaciones civiles, junto con una sección de la Convención Nacional y el Partido Democrático Liberal (LDP), que hasta entonces había formado parte del Gobierno de coalición, crearon el conocido como Movimiento Amarillo (*Yellow Movement*) o *Katiba Watch* para apoyar el proyecto de Constitución aprobado originariamente por la Convención Nacional (el *Bomas Draft*). Estos se oponían frontalmente al nuevo proyecto redactado por el Gobierno y recurrieron judicialmente la legalidad de la Ley del consenso y del *Wako Draft*. Pero el Tribunal Supremo desestimó sus peticiones y rechazó declarar la ley inconstitucional. Además, como la ley habilitaba la celebración de un referéndum de ratificación, el Tribunal aprovechó para recordar la necesidad de celebrar esa consulta popular como parte esencial del proceso constituyente.<sup>73</sup>

Pese a las protestas del Movimiento Amarillo, el proyecto de Constitución del Gobierno seguiría su tramitación. Así, en el mes de junio de 2005 el PSC remitió el *Wako Draft* al Parlamento para su debate y aprobación. Los partidos de la oposición, entre los que se encontraba el KANU, rechazaron el nuevo proyecto y el modo de proceder del Comité Selecto Parlamentario. En primer lugar, porque el nuevo proyecto modificaba aspectos fundamentales del sistema político que adoptaría Kenia con la nueva Constitución; aspectos que, además, ya habían sido ampliamente discutidos y resueltos en la Convención Nacional. Por ejemplo, el *Wako Draft* incrementaba el poder del Presidente en detrimento del primer ministro, ya que le otorgaba el poder de nombrarlo y cesarlo a su antojo, cuando el *Bomas Draft* limitaba claramente las funciones presidenciales y establecía para Kenia una forma de gobierno parlamentaria. Además, este nuevo borrador reducía los cuatro niveles territoriales previstos en el *Bomas Draft* a dos solamente: el nivel nacional y los distritos. Y, finalmente, eliminaba el modelo bicameral del Parlamento reconocido en el *Bomas Draft*, en favor de un modelo unicameral.<sup>74</sup>

En segundo lugar, el Movimiento Amarillo acusaba al Comité de haberse extralimitado en sus funciones puesto que, según la redacción original de la *Review Act*, su principal

---

popular publicada: <https://constitutionnet.org/sites/default/files/KETD-006.pdf> (último acceso: 4 de julio de 2023). Se puede ver un interesante estudio comparado entre la Constitución vigente entonces de 1963, el *Bomas Draft* y el *Wako Draft* en PRESTON CHITERE y otros, KENYA CONSTITUTIONAL DOCUMENTS: A COMPARATIVE ANALYSIS, (2006).

<sup>73</sup> En la ya mencionada sentencia del *Caso Onyango*, dictada el 15 de noviembre de 2005 (*Patrick Ouma Onyango and 13 others v. Attorney-General and 2 others, High Court Misc. Application no. 677 of 2005*).

<sup>74</sup> Ya que, recordemos, el *Bomas Draft*, aprobado por la Comisión y la Convención Nacional, había establecido para Kenia una forma de gobierno parlamentaria y un sistema de gobierno local ampliamente descentralizado. Estas diferencias entre un borrador y otro pueden encontrarse en CHITERE, supra nota 72, en pp. 5 y ss.

tarea no era enviar un nuevo proyecto de Constitución al Parlamento, sino presentar recomendaciones al borrador inicialmente preparado por la Convención (el *Bomas Draft*), para que el Parlamento pudiera tenerlas en consideración. A pesar de la fuerte oposición a este nuevo borrador, el 21 de julio de 2005 el *Wako Draft* era aprobado por el Parlamento y publicado por el Fiscal General el 22 de agosto de 2005. Tres meses después, el 21 de noviembre de 2005, se celebraría el referéndum de ratificación, el primero que se llevaría a cabo en toda la historia de Kenia.

#### **4.3. El referéndum de 2005**

Los meses transcurridos desde la publicación del nuevo proyecto de Constitución elaborado por el Gobierno hasta la celebración de la consulta no serían, desde luego, pacíficos, sino que se convertirían en el escenario de una dura contienda política entre los partidarios del *Bomas Draft* y los defensores del *Wako Draft*. Los primeros, representados en el referéndum con el símbolo de una naranja, abogarían por el “no” en el referéndum, ya que consideraban el nuevo proyecto de Constitución una traición las aspiraciones democráticas del pueblo de Kenia. Por el contrario, los segundos, simbolizados con una banana, defenderían el “sí” en el referéndum.<sup>75</sup> La pregunta sometida a referéndum, redactada en los dos idiomas oficiales (inglés y suajili), era la siguiente: ¿Está Ud. de acuerdo o en contra de la ratificación de la nueva Constitución propuesta? (*Are you for or against the ratification of the proposed new constitution?*).

Es interesante ver cómo, pese a ser el primer referéndum celebrado en el país, este carecía de instrumento legislativo que lo desarrollase. Si bien es cierto que debía celebrarse, ya que así lo había dejado sentado el Tribunal Supremo en sus recientes pronunciamientos, su resultado no tenía por qué ser vinculante; al menos, no existía norma alguna que así lo impusiese. El Gobierno, no obstante, ya había manifestado públicamente su deseo de acatar el resultado del referéndum al tratarse de la máxima expresión de la voluntad manifestada por el pueblo de Kenia. La Comisión Electoral de Kenia (ECK) era la encargada de organizar la celebración del referéndum y, desde los meses previos, dirigió una campaña de información y concienciación a todos los ciudadanos que contó con el apoyo de organismos internacionales y movimientos cívicos. Por ejemplo, las iniciativas de educación ciudadana sobre el proceso de votación corrieron a cargo del Programa de

---

<sup>75</sup> Sobre la contienda que tuvo lugar en los meses previos al referéndum, ver Bard Anders Andreassen & Arne Tostensen, *Of Oranges and Bananas: The 2005 Kenya Referendum on the Constitution* (CMI Working Paper no. 13, 2006).

Desarrollo de las Naciones Unidas, mientras que todas las actividades de información sobre el contenido de la nueva Constitución las desempeñarían organizaciones no gubernamentales.

El referéndum celebrado el 21 de noviembre de 2005 contó con la participación del 52,4% de los electores, una cifra que puede parecer no muy elevada en términos absolutos. Sin embargo, se consideró que no era excesivamente baja teniendo en cuenta los estándares de la zona, por lo que no se cuestionó su legitimidad.<sup>76</sup> El resultado dio por vencedor al no (naranjas) con un 57% de los votos emitidos y que representaba a 3,5 millones de electores, frente al 43% de síes (bananas), que representaba 2,5 millones de votos a favor de la nueva Constitución.

En definitiva, el pueblo de Kenia rechazaba el *Wako Draft* como proyecto de Constitución presentado por el Gobierno, confirmando una victoria a los partidarios del *Bomas Draft*. Con este rechazo se mantenía vigente, entonces, la Constitución de 1963. Poco tiempo después se abriría paso a un nuevo proceso constituyente, no exento de violencia en todo el país, que sí finalizaría con una nueva Constitución en el año 2010.

## **5. Principales factores que motivaron el fracaso del proceso constituyente en Kenia**

El fracaso del proceso constituyente en Kenia se debió a múltiples factores que fueron sucediéndose desde el comienzo mismo del proceso y tuvieron su máxima expresión en la fase final de ratificación con el referéndum de 2005. Y no fue porque sus ciudadanos no quisieran un cambio en el diseño político constitucional del país, pues reclamaron durante años una total reconstrucción de la estructura constitucional del país. Sin embargo, diversas circunstancias impidieron este deseo.

En primer lugar, Kenia se encontraba en el año 2005 en el culmen de una crisis política que venía gestándose desde casi el comienzo de su democracia. En efecto, nada o poco quedaba ya de la Constitución de la independencia de 1963, tras las innumerables reformas realizadas desde su entrada en vigor. Reformas que se habían acometido no tanto para pulir o adaptar el modelo constitucional a las necesidades del momento, si no para

---

<sup>76</sup> Esta participación era, por ejemplo, un 5% más elevada que el referéndum que se había llevado a cabo en el país vecino, Uganda, unos meses antes, para reinstaurar un modelo multipartidista en el país. Sobre su legitimidad, *vid.* Andreassen, *supra* nota 75, en p. 6.

satisfacer en cada ocasión los intereses de las élites políticas. Con cada una de esas reformas se producía una erosión en el sistema que afectaba sin duda, a la calidad del modelo democrático establecido en Kenia.<sup>77</sup>

Muy relacionado con lo anterior es el hecho de que ninguno de los dos Presidentes que gobernaron el país durante el proceso constituyente desde 1997 hasta el 2005 –primero Moi y después Kibaki– estaban realmente a favor de realizar una reforma constitucional tan radical. Su reticencia y sus poco legítimas aspiraciones envenenaron el clima político del país durante el proceso. Como señalan Oyaya y Poku, se podría entender que la verdadera razón por la que las élites políticas del país iniciaron el proceso constituyente no fue, en ningún caso, crear un nuevo orden constitucional en Kenia, sino más bien saldar sus cuentas políticas.<sup>78</sup>

Esos intereses partidistas se pusieron también de manifiesto en el propio proceso constituyente. Los problemas surgidos con la composición y funciones tanto de la Comisión (CKRC) como de la Convención Nacional y su utilización por las distintas fuerzas políticas restaron credibilidad al proceso. Las disputas y la tensión creciente entre los partidos del Gobierno de coalición se hicieron muy evidentes desde las primeras sesiones de la Convención Nacional (*Bomas I*), llegando a ralentizar y a bloquear el proceso durante meses. Desde un punto de vista meramente procedimental, tampoco contribuyó al éxito del proceso constituyente el hecho de que las comisiones y comités estuvieran conformados por un número de delegados tan elevado. Si bien eso puede asegurar un proceso más participativo y representativo (el tan ansiado *people-driven process*), en ocasiones puede suponer también una traba al buen funcionamiento y desarrollo del proceso. Tanto la CKRC como la Convención Nacional tenían una composición muy elevada, provocando que el proceso fuera, en ocasiones, poco eficiente, engorroso y costoso.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> LUMUMBA, MBONDENYI Y ODERO, *supra* nota 37, en p. 44.

<sup>78</sup> OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 174.

<sup>79</sup> Bannon, *supra* nota 8, en p. 1860. El rol que los partidos políticos tienen en el proceso constituyente ha sido ampliamente tratado en nuestra literatura, en muchas ocasiones sosteniendo la tesis de que estos pueden contribuir al éxito en las negociaciones de una nueva Constitución. En otros casos, por el contrario, los partidos políticos pueden influir de manera negativa en el proceso provocando su fracaso. En este sentido, ver el interesante análisis efectuado por Alexander Hudson, *Political Parties and Public Participation in Constitution-Making* 501, 524 (Comparative Politics, 3/2021); y Samuel Issacharoff y Sergio Verdugo en *The Uncertain Future of Constitutional Democracy in the Era of Populism: Chile and Beyond* 1, 44 (Public Law Research Paper, 2023).

Hubo durante todo el proceso constituyente dos temas sobre los que nunca existió consenso entre las principales fuerzas políticas del país, ya desde las negociaciones constitucionales de Lancaster en la etapa de la pre-independencia: por un lado, la forma de gobierno –con los defensores de un modelo de corte más presidencial enfrentados a los que defendían un sistema parlamentario– y el sistema de descentralización territorial del poder. Ambos se utilizaron como arma política de ataque a lo largo de todo el proceso constituyente y encontraron su máxima expresión en las últimas fases del proceso con la aparición del *Wako Draft*, que reconocía un modelo con tintes más presidencialistas y de corte unitario en contraposición a lo previsto originalmente en el *Bomas Draft*.

Además de estos dos últimos, hubo otros dos aspectos más que, sin duda, influyeron en los debates del proceso constituyente: la etnia y la religión. Estas dos son cuestiones de enorme relevancia en la sociedad keniana y afectan de forma radical a la configuración política y constitucional del país.<sup>80</sup> De hecho, algunos autores afirman que la cuestión étnica estuvo muy presente en el referéndum, siendo un aspecto muy determinante del resultado final. Así, por ejemplo, pese a la división étnica imperante en el país, se pudo ver como se conformaron grandes coaliciones multiétnicas en ambos bandos del debate constitucional a fin de votar conjuntamente en un mismo sentido en el referéndum, ya fuera en favor del sí o del no.<sup>81</sup>

Todo lo anterior provocó que el referéndum se utilizase con fines distintos al fin que debía perseguir. Es decir, se empleó, no tanto como un instrumento de ratificación del proyecto constitucional, sino como arma de batalla política entre dos principales oponentes: el LDP de Raila Odinga y el NAK del, por aquel entonces Presidente, Mwai Kibaki. Tal y como señalan Whitaker y Giersch, el referéndum fue una lucha entre las principales personalidades de la vida política sobre asuntos que venían discutiéndose desde las elecciones de 2002.<sup>82</sup> La ratificación del proyecto de Constitución pasaba, entonces, a un segundo plano del debate, siendo realmente el principal tema de decisión quién entre los dos contrincantes recibiría mayor apoyo popular.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Entre otros, Juma, *supra* nota 10, en p. 532; y Christina Murray, *Political Elites and the People: Kenya's Decade Long Constitution-Making Process*, REDRAFTING CONSTITUTIONS IN DEMOCRATIC REGIMES. THEORETICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES, 190, 196 (Cambridge University Press, 2020).

<sup>81</sup> Bannon, *supra* nota 8, en p. 1846.

<sup>82</sup> Beth Elise Whitaker & Jason Giersch, *Voting on a Constitution: Implications for Democracy in Kenya*, 27 JOURNAL OF CONTEMPORARY AFRICAN STUDIES 1, 8 (2009).

<sup>83</sup> OYAYA & POKU, *supra* nota 7, en p. 162.

Sin embargo, no todo fue negativo en el fracaso del proceso constituyente. También se pueden extraer ciertas notas positivas. Por ejemplo, numerosos autores han destacado que la participación de los ciudadanos en el proceso, en general, y en el referéndum, en particular, fue ejemplar y que estos estaban lo suficientemente informados y formados para tomar una decisión legítima. El papel que desempeñaron las organizaciones internacionales y la sociedad civil para informar a los ciudadanos fue de gran relevancia. Campañas de comunicación y publicidad se desarrollaron por todo el país y se emitieron en los medios. En el momento de celebrarse el referéndum los ciudadanos conocían muy bien los asuntos sobre los que versaba la consulta.<sup>84</sup>

Tan elevado era el nivel de formación de los ciudadanos que muchas de las estrategias del Gobierno para conseguir sus intereses fueron inútiles y acabaron pasándole factura en el referéndum. En efecto, muchos kenianos se mostraron ciertamente molestos por la forma en la que el *Bomas Draft* –en el que había participado el pueblo– había sido unilateralmente reemplazado por el *Wako Draft* del Gobierno de Kibaki. El borrador del Gobierno poco se parecía al borrador oficial presentado en el seno del proceso constituyente, y cambiaba dos aspectos que, como veníamos apuntando, habían sido muy polémicos durante el proceso y a los que los ciudadanos daban gran importancia: la forma de gobierno y la *devolution*. De hecho, hasta los partidarios del sí en el referéndum reconocían que el borrador presentaba muchos puntos débiles. Aunque el *Bomas Draft* no se presentó como una opción en el referéndum, muchos kenianos esperaban que el “no” al *Wako Draft* obligara a las clases políticas a volver a negociar una Constitución mucho más representativa,<sup>85</sup> lo que ocurrió años después con la aprobación de la Constitución de 2010.

Whitaker y Giersch<sup>86</sup> apuntan que el fracaso del proceso se vio afectado porque el debate en el referéndum se centró erróneamente en lo que ellos denominan las tres “Ps”: proceso, política y posicionamiento. En cuanto al proceso, hay que destacar que el referéndum fue

---

<sup>84</sup> Murray, supra nota 80, en p. 206; y Bannon, supra nota 8, en p. 1861. En contra, sin embargo, se manifiesta Andreassen, supra nota 75, en p. 4. Se pueden consultar todas las medidas de información y educación ciudadana en el Informe sobre el Referéndum realizado por la CKRC: *Constitution of Kenya Review Commission, Research, Drafting and Technical Support Committee. Referendum Report*, de 28 de diciembre de 2015 (<https://constitutionnet.org/sites/default/files/KERE-429.pdf>, último acceso: 6 de julio de 2023), así como en el plan de formación y el manual elaborado por la CKRC: *Civic education for the referendum. CKRC curriculum* (<https://constitutionnet.org/sites/default/files/KETD-009.pdf> y <https://constitutionnet.org/sites/default/files/KETD-007.pdf>, último acceso: 6 de julio de 2023).

<sup>85</sup> Whitaker & Giersch, supra nota 82, en p. 12.

<sup>86</sup> Whitaker & Giersch, supra nota 82, en p. 8.

un instrumento de los ciudadanos para censurar el modo en el que el Gobierno había gestionado el proceso constituyente, con la incorporación en el último momento de un nuevo borrador de Constitución, y no una vía para ratificar una nueva Constitución. El *Bomas Draft*, con sus defectos y errores, había sido el borrador impulsado por el pueblo y era el resultado de un proceso consultivo que había acogido aportaciones de todos los sectores de la sociedad. El *Wako Draft*, redactado unilateralmente por el Gobierno, vino a socavar la voluntad de ese poder constituyente del pueblo. Esta traición fue utilizada por los detractores del *Wako Draft* como uno de los temas principales de debate en su campaña por el “no”.

En segundo lugar: la política. El referéndum supuso un campo de batalla política por los grupos que conformaban el Gobierno de coalición. Así, el LDP de Odinga aprovechó para atacar a su compañero de coalición en el Gobierno, con Kibaki a la cabeza, que le había prometido una jefatura de Gobierno con plenos poderes que nunca llegaría a materializarse. El LDP había quedado marginado, además, en el reparto de puestos de confianza del Gobierno, y lo consideraba un verdadero incumplimiento de los términos del acuerdo (MoU) alcanzado unos meses atrás entre los miembros de la coalición. En definitiva, el referéndum se convirtió así en una oportunidad perfecta para que los miembros del LDP protestaran por su marginación en el seno de la NARC.

Finalmente: fue una cuestión de posicionamiento político. El referéndum sirvió como plataforma para preparar las próximas elecciones de 2007 y para que los ciudadanos pudieran posicionarse a favor o en contra de unos y otros candidatos. La cobertura mediática y los mítines llevados a cabo en esos meses previos al referéndum sirvieron para que los líderes políticos obtuvieran notoriedad nacional y ganaran adeptos más allá de sus regiones de origen. Como consecuencia de lo anterior, los ciudadanos veían en el referéndum el *ring* de combate perfecto entre políticos ávidos de poder, más que considerar el referéndum como el trámite necesario para la ratificación del texto constitucional.

Volviendo a la clasificación sobre los procesos constituyentes fallidos que analizábamos al comienzo del presente trabajo, quizás podríamos añadir un supuesto más donde se encuadraría mejor el caso de Kenia: el de aquellas jóvenes democracias que, pese a encontrarse con élites políticas fuertes y gobiernos autocráticos y corruptos, también cuenta con una sociedad lo suficientemente formada e informada en los aspectos más relevantes de la vida política del país, como para poder tomar una decisión legítima sobre

su futuro constitucional y que es capaz, también, de castigar con su voto las triquiñuelas políticas del Gobierno de turno. La lección que mejor se puede aprender aquí es que los procesos constituyentes pueden llegar a ser ciertamente muy complejos, venir cargados de grandes riesgos para la estabilidad política general del país e, incluso, perseguir concretos intereses políticos. Esto requiere un establecimiento a *priori* de medidas adecuadas a largo plazo que puedan mitigar todos esos riesgos, para poder garantizar, así, el éxito del proceso y la aprobación de la nueva Constitución.