

Poder constituyente
a debate: perspectivas
desde América Latina

COLECCIÓN HISTORIA Y MATERIALES DEL DERECHO

La Colección Historia y Materiales del Derecho, impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, se encuentra orientada a difundir los esfuerzos teóricos, metodológicos y temáticos suscitados en la región hispanoamericana alrededor del vasto mundo de la historia del derecho. Los inmensos retos que afronta el mundo actual exigen redefinir los esquemas tradicionales de aproximación histórica al derecho y las viejas temáticas construidas a partir de ellos. Por ello, esta colección promueve la publicación de investigaciones comprometidas con la exploración seria de fuentes y problemas históricos y con la aplicación versátil y diversa de métodos y herramientas de análisis.

COMITÉ EDITORIAL

Julieta Lemaitre Ripoll, Isabel Cristina Jaramillo, Miguel Malagón, Diana Durán, Mario Cajas, Ana María Muñoz, Mauricio Rengifo, Patricia Moncada, Gina Cabarcas, Julio Gaitán, Jorge Miguel Gutiérrez, Antonio Barreto (director editorial).

COMITÉ CIENTÍFICO

Roberto Gargarella, Liliana Obregón, Pedro Salazar Ugarte, Alexandre dos Santos Cunha.

Poder constituyente a debate: perspectivas desde América Latina

Antonio Barreto Rozo
Nicolás Figueroa García-Herreros
Jorge González Jácome
(edición académica)



Universidad de
los Andes
Colombia

Facultad
de Derecho

Nombres: Barreto Rozo, Antonio Felipe, autor. | Figueroa García-Herrerros, Nicolás, autor. | González Jácome, Jorge, autor. | Colón-Ríos, Joel I., autor. | Segura, Renata, autora. | Bejarano Sandoval, Ana María, autora. | Silveira, Helena Colodetti G., autora. | Schallenmüller, Christian Jecov, autor. | Braver, Joshua, autor.

Título: Poder constituyente a debate: perspectivas desde América Latina / Antonio Barreto Rozo, Nicolás Figueroa García-Herrerros, Jorge González Jácome (edición académica).

Descripción: Bogotá : Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2020. | 352 páginas ; 15 x 22 cm. | Colección Historia y Materiales del Derecho

Identificadores: ISBN 978-958-774-961-8 (rústica)

Materias: Poder constituyente – América Latina

Clasificación: CDD 342.8–dc23

SBUA

Primera edición: mayo del 2020

© Antonio Felipe Barreto Rozo, Nicolás Figueroa García-Herrerros,
Jorge González Jácome (edición académica)

© Joel Colón-Ríos, Renata Segura, Ana María Sandoval Bejarano,
Helena Colodetti G. Silveira, Christian Jecov Schallenmüller, Joshua Braver
© Jhonny Antonio Pabón Cadavid, por la traducción del artículo de Joel Colón-Ríos,
“Creación constitucional y poder constituyente”

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
<http://ebooks.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-961-8

ISBN *e-book*: 978-958-774-962-5

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.317>

Corrección de estilo: Martha Méndez
Diagramación: Andrea Rincón
Diseño de cubierta: La Central de Diseño

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
<i>Antonio Barreto Rozo, Nicolás Figueroa García-Herreros y Jorge González Jácome</i>	
PRIMERA PARTE	
CAMBIO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E INCLUSIÓN	25
CAPÍTULO 1	
CREACIÓN CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE	27
<i>Joel Colón-Ríos</i>	
Dios, Nación y pueblo	28
Formación del poder constituyente	33
Conclusión	62
CAPÍTULO 2	
EL IMPACTO DE LA DIFUSIÓN DE PODER: UNA EXPLICACIÓN DE LOS DIVERGENTES RESULTADOS CONSTITUYENTES EN COLOMBIA Y VENEZUELA	69
<i>Renata Segura y Ana María Bejarano</i>	
Procesos constituyentes como procesos políticos	71
Conectar el proceso y los resultados	76
Colombia: la creación de la Constitución de 1991	78
Venezuela: la creación de la Constitución de 1999	91
Conclusión	104

SEGUNDA PARTE**EL CAMBIO CONSTITUCIONAL DESDE LA TEORÍA POLÍTICA** 115**CAPÍTULO 3****EL PUEBLO COMO PODER CONSTITUIDO: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y SEPARACIÓN DE PODERES EN COLOMBIA** 117*Nicolás Figueroa García-Herreros*

El lugar del pueblo en la doctrina sobre la separación de poderes 119

Democracia participativa en Colombia: ¿los poderes constituidos versus el pueblo? 134

Conclusión 161

CAPÍTULO 4**EL CAMBIO CONSTITUCIONAL COMO “POLÍTICA ORDINARIA”: CULTURA POLÍTICA Y DESAFÍOS CONSTITUCIONALES EN BRASIL** 169*Helena Colodetti Silveira y Christian Jecov Schallenmüller*

Dualismo invertido: la captura de la política constitucional por medio de la política ordinaria en Brasil 173

Momentos constitucionales sin “Nosotros, el pueblo”: factores que contribuyen a la trivialización de la normatividad constitucional en Brasil 193

Conclusión 210

CAPÍTULO 5**NOSOTROS, EL PUEBLO INTERMEDIADO: LA ADAPTACIÓN EXTRAORDINARIA EN BOLIVIA** 217*Joshua Braver*

La desafortunada victoria de Carl Schmitt sobre Hannah Arendt en el análisis de los procesos constituyentes populares 220

El pueblo plural a través del derecho: la visión de Hannah Arendt 222

Adaptación extraordinaria 226

La adaptación extraordinaria en medio de la inclusión total en Bolivia 237

Conclusión 257

TERCERA PARTE**CAMBIOS CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA HISTÓRICA** 265**CAPÍTULO 6****EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE REVOLUCIÓN:
LAS LUCHAS POLÍTICAS DE CUBA Y NICARAGUA
(DÉCADAS DE 1950 A 1980)** 267*Antonio Barreto Rozo*

Esfera de Gobierno del cambio constitucional	270
Esfera económica del cambio constitucional	283
Esfera ciudadana del cambio constitucional	293
Caracterización del cambio constitucional	300
Conclusión	309

CAPÍTULO 7**CONSTITUYENTE Y DESACUERDO: EL PARTIDO COMUNISTA
DE COLOMBIA Y SU OPOSICIÓN A LA PEQUEÑA
CONSTITUYENTE EN 1975-1978** 315*Jorge González Jácome*

Del fin del Frente Nacional a una nueva movilización popular	318
La propuesta de López Michelsen: hacia un bipartidismo tecnocrático	322
La reforma constitucional frente a la movilización social	330
Conclusión	342

SOBRE LOS AUTORES 349

INTRODUCCIÓN*

Antonio Barreto Rozo, Nicolás Figueroa García-Herreros y
Jorge González Jácome

Los cambios constitucionales tienen lugar en el límite entre la política y el derecho, por lo que estudiar este problema exige lidiar con dos tipos de presiones: por un lado, la de entender que los cambios constitucionales son una respuesta a una situación coyuntural, casi siempre planteada en términos de crisis, en la que los actores políticos constantemente reclaman que el derecho ceda el paso al ejercicio de la soberanía popular para así responder a las imperfecciones percibidas del sistema político; por el otro, la de considerar que las constituciones democráticas tienden a incluir una serie de reglas de cambio que se deben seguir al hacer modificaciones a la carta política, dando a entender que la voluntad popular, sin la mediación del derecho, no es suficiente para legitimar la alteración de las características fundamentales de la unidad política. Entre estas dos presiones se construye la gran mayoría de los análisis y evaluaciones de los cambios constitucionales.

El imperativo de lidiar con esta doble presión explica los esfuerzos que se han hecho desde la disciplina del derecho constitucional comparado para resolver la clásica tensión entre Constitución y democracia, la cual también se ha planteado como un conflicto entre revolución y reforma, poder constituyente y poderes constituidos, legitimidad y legalidad¹. Sin embargo, la literatura predominante se ha acercado a

* Para citar esta introducción: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.318>

1 Véanse, entre otros, Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge University Press, 1988); Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Madrid: Trotta, 2001); Sanford Levinson (ed.), *Responding to*

este tema desde marcos referenciales que parten de esquemas epistémicos hegemónicos llevados a la generalidad a partir de la experiencia de los países del norte global, la cual se ha convertido en un tipo ideal de constitucionalismo democrático al cual todos debemos aspirar².

Este libro ofrece algo diferente. Queremos recuperar la vasta experiencia de los países latinoamericanos y dejarla hablar en sus propios términos. Aún así, la pretensión de “latinoamericanizar” el debate no busca exotizar u “orientalizar” el estudio del constitucionalismo latinoamericano. Reconocemos que los estudios locales del derecho están inmersos en un diálogo —que oscila entre la aceptación y la resistencia— entre proyectos hegemónicos globales y desarrollos autóctonos que se explican a partir de un contexto específico³. En la medida en que hay espacio para la materialización de diálogos y resistencia, los textos que aquí se presentan no se orientan hacia la tesis de la convergencia constitucional⁴ ni buscan afirmar el auge de un constitucionalismo mundial inspirado en el *judicial review* estadounidense luego del fin de la Guerra Fría⁵. En términos generales, este libro apunta a mostrar que los desarrollos teóricos y políticos del cambio constitucional en América Latina dan pistas sobre el tipo de diálogos entre lo global y lo local que fueron plausibles en diversos momentos históricos particulares⁶.

La literatura sobre el constitucionalismo latinoamericano se ha ampliado de forma considerable durante los últimos años a partir de

Imperfection (Nueva Jersey: Princeton University Press, 1995); Martin Loughlin y Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism* (Nueva York: Oxford University Press, 2007).

2 Véase Gunter Frankenberg, “The IKEA Theory Revisited”. *International Journal of Constitutional Law* n.º 8 (2010): 563.

3 En este sentido, tomamos distancia frente a una exclusiva epistemología constitucional del sur. Una aproximación de este estilo se encuentra en Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas para una epistemología del Sur* (Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Siglo XXI, 2010).

4 Mark Tushnet, “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”. *Virginia Journal of International Law* n.º 49 (2009): 985.

5 Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”. *Virginia Law Review* n.º 83 (1997): 72.

6 Cfr. Duncan Kennedy, *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico 1850-2000*, trad. Jorge González Jácome (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

un diagnóstico común sobre el estado actual del derecho constitucional comparado como disciplina académica: esto es, su tendencia a ignorar las experiencias y los desafíos propios de los países del sur global⁷. Estos intentos por tomarse en serio las experiencias de los países latinoamericanos han puesto el énfasis en los avances en esta región referentes a la protección de los derechos sociales y de la diversidad cultural, el papel activista de los tribunales constitucionales o los retos a los que se enfrenta la consolidación de un sistema interamericano de derechos humanos. Por su parte, el problema que plantea el cambio constitucional no ha recibido la misma atención⁸, o ha sido tratado desde aproximaciones que, en su afán de afirmar ciertas concepciones normativas sobre la relación entre democracia y constitucionalismo, terminan por imponer marcos analíticos demasiado estrechos al estudio de las diferentes experiencias de cambio constitucional que se presentan en la región.

Al mirar la historia reciente del constitucionalismo latinoamericano, este es el caso de análisis emanados con base en referentes propios de la Guerra Fría —algunos de ellos, paradójicamente, en auge hoy de nuevo—. El creciente marco bipolar de los años 1960 y 1970 en la región —con binomios tozudamente reduccionistas, como insurgencia/contrainsurgencia, aliado/no aliado, este/oeste, país desarrollado/país subdesarrollado, totalitarismo/autoritarismo, entre otros— perfiló el contexto en el que varios autores alzaron sus voces para reclamar contra la desaparición casi total de marcos y esquemas democráticos en América Latina⁹. El patrón de inestabilidad política

7 Véase, por ejemplo, Daniel Bonilla (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013); Rosalind Dixon y Tom Ginsburg (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017).

8 Debemos señalar algunas excepciones. Por ejemplo, el importante libro de Gabriel Negretto, *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America* (Cambridge University Press, 2013). También, Gonzalo Bustamante y Diego Sazo (eds.), *Democracia y poder constituyente* (Fondo de Cultura Económica, 2016). Sin embargo, el énfasis de este último libro recae sobre el caso particular de Chile.

9 Véase Alfred Stepan y Juan José Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes: Latin America* (Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1978); Juan José Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown, and Reequilibration* (Baltimore

de distintos países latinoamericanos prontamente condujo a pasarle factura de cobro a un arreglo institucional cientos de veces criticado: el gobierno presidencial¹⁰. El elemento caudillista una y otra vez presente en la realidad latinoamericana adquiriría una denotación con ribetes institucionales y orgánicos más visibles al pasar a denominarse *hiperpresidencialismo*.

Como se anotó, el problema del cambio constitucional no recibió mayor atención o, en su defecto, la atrajo pero bajo marcos analíticos apretados producto del régimen bipolar imperante. Realidades tan diversas como multiformes fueron achatadas por binomios que esta vez tomaron la forma presidencialismo/parlamentarismo, violencia/orden, poder militar/poder civil, entre varios allí presentes. En efecto, buscando entender las causas del ascenso y la consolidación de los regímenes dictatoriales de la región, y con el objetivo de desandar el mandato militar para echar a andar una senda de transición hacia la democracia —así se tratara de una de baja densidad—, se propuso como receta multipropósitos —trasplantada, por supuesto, de la experiencia histórica del norte global— la forma parlamentaria de gobierno¹¹.

y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1978) [Traducido al español: Juan José Linz, *La quiebra de las democracias* (Madrid: Alianza Editorial, 1987)]. En un mundo político aplanado por la Guerra Fría, este tipo de análisis se extendió a otras latitudes. Véase Alfred Stepan y Juan José Linz, *The Breakdown of Democratic Regimes: Europe* (Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1978).

10 Véase, por ejemplo, Juan José Linz y Arturo Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy* (Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1994); Juan José Linz y Arturo Valenzuela, *La crisis del presidencialismo* (Madrid: Alianza Editorial, 1998); Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy". *Journal of Democracy* 5, n.º 1 (enero de 1994): 55; Guillermo O'Donnell, "Polyarchies and The (Un)rule of Law in Latin America". Kellogg Institute-University of Notre Dame, Working Paper 254 (mayo de 1998).

11 Véase, por ejemplo, Arturo Valenzuela, "Party Politics and the Crisis of Presidentialism in Chile. A Proposal for a Parliamentary Form of Government", en Juan José Linz y Arturo Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy* (Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1994); Arturo Valenzuela, *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina* (México: Instituto Federal Electoral, 1999). Un referente más sofisticado, que apela a ámbitos no solo politológicos sino jurídicos y filosóficos —desde los cuales propone una forma mixta de gobierno— se encuentra en Carlos Santiago Nino, "Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America". *University of Miami Law Review* n.º 44 (1989-1990): 129; Carlos Santiago

Al hacerlo, se echaba mano de una visión epidérmica y poco problematizada de la reforma constitucional, considerando que entre la agencia de los factores reales de poder y los procedimientos de cambio constitucional no existía brecha, desfase o intervalo de tipo alguno, y que la apuesta —difícil, pero creíble— de alcanzar sistemas parlamentarios era sobre todo un asunto de constituciones que, en medio de hiatos (re)fundacionales, lograban alzarse y liberarse de pulsaciones políticas y sociales a las que de ordinario se encontraban sujetas.

Encuadramientos del cambio constitucional como estos —en los que se veía que la reforma, así fuera bajo referentes estrechos, era capaz de cambiar realidades— a lo largo de la década de 1980 empezaron a chocar con visiones francamente escépticas del reformismo constitucional dentro del contexto latinoamericano. Frente a posturas que acusaban como fuertemente ideológicas las corrientes políticas que llevaban al proceso de reforma constitucional —y a las que irremediablemente debía volver—, se enfatizó en que el mecanismo de reforma constitucional *en sí mismo* constituye un dispositivo ideológico, de larga duración y difícil de develar¹². Así, las continuas reformas constitucionales, en países como Colombia, contraintuitivamente no conducían al cambio, como desapercibidamente se podría esperar; por el contrario, obstruían el propio cambio social y la consolidación de amplios y profundos consensos políticos¹³. Así, el reformismo constitucional empezaba a subir al estrado de los acusados frente a los sospechosos de siempre (el caudillismo, la supremacía militar, el régimen presidencial, entre otros), un gesto que se extendería hasta nuestros días.

Hoy por hoy, encontramos referentes poderosos que aun así —como toda propuesta de estudio— adolecen de limitaciones, esta vez íntimamente relacionadas con las restricciones históricas de análisis

Nino, "The Debate over Constitutional Reform in Latin America". *Fordham International Law Journal* n.º 16 (1992-1993): 635.

12 Véase Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Panamericana Editorial, 2010 [1987]): 61 y ss.

13 "Probablemente ningún otro país latinoamericano ha cambiado más su aparato normativo que Colombia, y probablemente ningún otro país latinoamericano ha cambiado menos sus instituciones políticas que Colombia" (*Ibid.*, 62).

señaladas. Por un lado, el trabajo reciente de alguien como Roberto Gargarella puede tomarse como un ejemplo paradigmático de la poca atención que reciben los procesos de cambio constitucional en la región¹⁴. Este autor aborda de una manera muy productiva la rica discusión político-constitucional que ha tenido lugar en América Latina desde el siglo XIX acerca de los derechos y su pobre materialización en el diseño institucional. La historia que cuenta Gargarella deja claro que la región ha sido tierra fértil para la experimentación constitucional, pero son muchas las preguntas que quedan abiertas: se deja saber al lector cuáles son los cambios constitucionales que han ocurrido en la historia latinoamericana, pero no se dice nada, por ejemplo, sobre cómo se dieron, quiénes los impulsaron y quiénes los resistieron, o sobre si pudieron o no tramitarse dentro de la continuidad jurídica. A pesar del poder narrativo de esta reconstrucción de la historia constitucional latinoamericana, en ella no hay espacio para descripciones, análisis y evaluaciones detalladas de los procesos de cambio constitucional que se han dado en la región. Por el contrario, este tiende a aparecer como algo natural, que responde a variaciones ideológicas o sociopolíticas, pero no se ahonda, por ejemplo, en los propios entendimientos que las élites jurídico-políticas tienen sobre conceptos como los de pueblo y poder constituyente, o sobre la forma en la que el derecho constitucional restringe o facilita los procesos de cambio político promovidos en diferentes momentos históricos.

Por otro lado, un número significativo de autores se ha dado a la tarea de celebrar el renacer de un constitucionalismo democrático que se encargó de materializar una promesa frustrada por la neutralización de la democracia desde el liberalismo económico¹⁵. Estos

14 Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Buenos Aires: Katz, 2014). Otro ejemplo de esta falencia en la literatura sobre el constitucionalismo latinoamericano se encuentra en César Rodríguez (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2011).

15 Entre ellos Gerardo Pisarello, *Un largo termidor* (Madrid: Trotta, 2011); Roberto Viciano y Rubén Martínez, "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Gaceta Constitucional* n.º 48 (2011): 307-328; José M. Portillo Valdés, *El constitucionalismo en América Latina* (México D. F.: El Colegio de México, 2016).

autores, promotores de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, se toman en serio los procesos de cambio constitucional que han tenido lugar en la región desde la época de las independencias. Sin embargo, prestan mayor atención a su etapa más reciente. Sus narrativas resaltan la irrupción del poder constituyente en América Latina a partir del proceso de cambio constitucional que tuvo lugar en Colombia a principios de la década de los noventa del siglo pasado. Esta experiencia en particular, nos dicen, influyó de manera significativa los imaginarios y las prácticas de actores políticos en países como Venezuela, Ecuador y Bolivia, y ocasionó el retorno de una lógica revolucionaria que hizo posible la legitimación democrática de ordenamientos constitucionales más igualitarios e incluyentes. Esta irrupción del poder constituyente habría puesto a América Latina a la vanguardia del constitucionalismo contemporáneo, que se encuentra desprovisto de un componente verdaderamente democrático por la expansión global del capitalismo. Sin embargo, esta aproximación a los cambios constitucionales de la región privilegia una mirada normativa cercana a las teorías de la democracia radical. Esto no es necesariamente un problema, siempre y cuando los deseos de prescribir un determinado modelo de cambio constitucional no lleven, primero, a oscurecer las particularidades de las diferentes experiencias históricas que encontramos en la región y, segundo, a desconocer las consecuencias anti-democráticas que una determinada teoría política puede generar en ciertos contextos.

Este libro, por lo tanto, hace un llamado a la construcción de una historia constitucional menos general, más escéptica —aunque no totalmente— con respecto a las posibilidades de moldear la realidad a partir de convicciones políticas determinadas, y más concentrada en los debates específicos producidos alrededor del cambio constitucional en América Latina. Esto no quiere decir que sea posible aproximarse a este problema desde una mirada enteramente objetiva o apolítica. Los capítulos que componen este libro muestran una preocupación compartida por todos los autores: ¿cómo se movilizan los conceptos de pueblo y poder constituyente para transformar las constituciones, y hasta qué punto los cambios o propuestas de cambio constitucional

en América Latina han estado al servicio de proyectos políticos incluyentes o excluyentes?¹⁶ Esta es, pues, la pregunta teórica con la que invitamos al lector a abordar los textos que publicamos en este volumen.

Sin embargo, esta convicción compartida sobre la necesidad de contribuir al proyecto de profundización democrática en la región no es una camisa de fuerza que impida explorar las diferentes historias de cambio constitucional en toda su complejidad. Los capítulos que componen este libro son aportes que dialogan con la política y el derecho de los cambios constitucionales en América Latina desde una perspectiva histórica, teórica y comparada en la que el derecho y las ciencias sociales mantienen una relación estrecha. Desde esta aproximación interdisciplinaria se busca responder a una serie de preguntas que son fundamentales para nuestro propósito de evaluar el potencial democrático de los procesos de cambio constitucional: ¿Qué formas toman estos procesos en América Latina? ¿Cuáles objetivos se persiguen por la vía del cambio constitucional? ¿Quién activa estos procesos y qué estrategias siguen quienes los resisten? ¿Cuáles son los discursos e ideologías que permean el cambio constitucional en esta región? ¿De qué manera ha enfrentado el derecho constitucional latinoamericano los retos del cambio político y jurídico?

Los autores de este libro ofrecen diferentes perspectivas que ilustran su entendimiento sobre la forma como el derecho constitucional se construye a partir de interacciones entre normas jurídicas, instituciones estatales, ideas jurídicas y políticas, procesos socioeconómicos y actores sociales. Cada uno de ellos estructura su análisis desde perspectivas teóricas diferentes, en la medida en que algunos ponen un mayor énfasis en los procesos políticos que explican los cambios constitucionales, mientras que otros se concentran en la forma como los actores institucionales juegan con ideas como la del poder constituyente. Algunos, por otra parte, intentan utilizar teorías políticas para comprender lo que ha significado el cambio constitucional en diferentes países de América Latina. Esta diversidad de perspectivas le

16 Cfr. Christopher Thornhill, "Rights and Constituent Power in the Global Constitution". *International Journal of Law in Context* 10, n.º 3 (2014): 357, sobre las funciones sociales de inclusión de la noción del poder constituyente.

brinda al lector la sensación de que la historia del cambio constitucional en los países latinoamericanos es un rompecabezas complejo que difícilmente se puede abordar de manera íntegra. Este libro reconoce esa complejidad y la asume con humildad: lo que se busca es dar forma a algunas piezas de este rompecabezas para abrir una serie de preguntas que permitan a los constitucionalistas de la región acercarse a este tema de forma productiva.

* * *

En los capítulos de este libro, los lectores encontrarán un hilo conductor construido alrededor de los conceptos de *pueblo*, *poder constituyente* y *legalidad constitucional*. De diversas formas, todos los autores tocan algunos de estos conceptos y en ocasiones plantean críticas a los entendimientos o desarrollos académicos que ha habido sobre ellos y su insuficiencia para explicar los cambios constitucionales en América Latina. En la primera parte del libro, las contribuciones de Joel Colón-Ríos y de Renata Segura y Ana María Bejarano plantean la discusión acerca del cambio constitucional en América Latina a partir de la pregunta sobre su potencial contribución al proyecto de profundización democrática por medio de mayores niveles de inclusión y participación.

En el primer capítulo, a través de una aproximación que combina la teoría política con la historia constitucional, Colón-Ríos examina la forma en la que diferentes concepciones del poder constituyente se han llevado a la práctica en cuatro momentos de creación constitucional: la adopción de la Constitución Federal de los Estados de Venezuela (1811), la Constitución Política de Colombia (1886), la Constitución de la República de Bolivia (1967) y la Constitución de la República del Ecuador (2008). Estos momentos de creación constitucional le permiten al autor extraer tres concepciones del poder constituyente, cada una con diferentes niveles de influencia a lo largo de la historia constitucional latinoamericana: el poder constituyente de Dios, al cual los actores políticos han acudido de forma repetida; el poder constituyente de la nación, dominante a lo largo de la historia constitucional latinoamericana y basado en los principios de exclusión

y representación; y el poder constituyente del pueblo, el cual es cada vez más influyente en la región y cuyos fundamentos son los principios de inclusión y participación.

Por su parte, en el segundo capítulo, Segura y Bejarano comparan los procesos constituyentes de Colombia (1991) y Venezuela (1999) para mostrar que no toda activación del poder constituyente del pueblo conduce a procesos de cambio constitucional pluralistas e incluyentes. Para ello, proponen un modelo analítico construido desde la ciencia política, que nos permite examinar las condiciones en las cuales es plausible esperar que un proceso constituyente participativo dé lugar a la adopción de un marco institucional que acomode la competencia y el disenso. Esto solo es posible, afirman, cuando el proceso constituyente se diseña con miras a distribuir el poder de forma balanceada entre las fuerzas políticas que integran la Asamblea Constituyente, de modo que en esta se generen incentivos para la negociación y la creación de consensos.

La segunda parte del libro agrupa tres contribuciones con importantes similitudes metodológicas. En sus textos, Nicolás Figueroa, Helena Colodetti y Christian Schallenmüller, y Joshua Braver utilizan categorías extraídas de la teoría política para analizar críticamente los procesos de cambio constitucional en Colombia, Brasil y Bolivia. Cada uno de estos autores desarrolla un análisis de casos puntuales para mostrar cómo se han interpretado y llevado a la práctica las ideas de *pueblo*, *poder constituyente* y *cambio constitucional* en contextos concretos y particulares.

En el tercer capítulo, Figueroa contrasta y evalúa dos concepciones de pueblo que, en el contexto de la democracia participativa colombiana, compiten por la influencia sobre los imaginarios políticos de la ciudadanía: el pueblo como poder constituyente y el pueblo como poder constituido. El enfrentamiento entre estas se ha hecho evidente cada vez que la ciudadanía colombiana ha sido llamada a usar mecanismos de participación como el referendo y el plebiscito para decidir sobre cambios fundamentales a la Constitución de 1991. Para desentrañar esta tensión en la sociedad política colombiana, Figueroa ofrece un recorrido por la historia de la doctrina de la separación de

poderes, de modo que sea posible identificar cuál es el lugar que se le ha asignado al pueblo en las democracias constitucionales modernas. Argumenta que una democracia participativa, incluyente y pluralista como la que se pretendió constituir en Colombia en 1991, exige afirmar en el imaginario político de la ciudadanía una concepción del pueblo como poder constituido, esto es, como un poder limitado por la Constitución. Aunque no cuestiona el potencial democrático de la concepción del pueblo como poder constituyente, considera que atribuirle poderes soberanos cada vez que actúa a través de los mecanismos de participación provistos por la Constitución abre la puerta a manipulaciones autoritarias y excluyentes de la voluntad popular.

En el cuarto capítulo, Colodetti y Schallenmüller ponen a prueba el dualismo planteado por Bruce Ackerman entre política ordinaria y política extraordinaria, y critican su utilidad para comprender los procesos de cambio constitucional en Brasil. Contrario a lo planteado por Ackerman a partir de la historia constitucional de los Estados Unidos, los autores argumentan que bajo la Constitución brasileña de 1988 la reforma constitucional ha migrado hacia el ámbito de la política ordinaria. De hecho, se ha convertido en un instrumento al servicio de grupos políticos que buscan desmontar las garantías sociales provistas por la Constitución. Contrario a la tesis de Ackerman sobre el carácter extraordinario de las reformas constitucionales, Colodetti y Schallenmüller demuestran que en el caso de Brasil la política constitucional y la rigidez de la carta política han sido banalizadas por medio de la constante activación de los mecanismos de reforma.

En el quinto capítulo, Braver ofrece una alternativa a la concepción del poder constituyente desarrollada por Carl Schmitt, que ha influenciado tanto a los defensores radicales como a los críticos legalistas del poder constituyente. En su opinión, la influencia de Schmitt ha dado lugar a una interpretación inadecuada del proceso constituyente que llevó a la adopción de la Constitución de Bolivia en el 2009. Braver recupera la teoría política de Hannah Arendt para desarrollar una nueva forma de comprender la relación entre el pueblo y el derecho constitucional, que él denomina *adaptación extraordinaria*. Este marco analítico se utiliza para describir el proceso constituyente

boliviano, destacando la forma original en que los actores políticos de ese país sortearon la tensión entre soberanía popular y legalidad constitucional para dar paso a un cambio político radical sin destruir la pluralidad del pueblo.

En la tercera y última parte del libro, las contribuciones de Antonio Barreto y Jorge González adoptan una metodología histórica para analizar la forma, el contenido, los discursos y los objetivos de los procesos de cambio constitucional que ocurrieron en América Latina en el marco del desarrollo del socialismo tanto en el poder como en la oposición. En el capítulo sexto, Barreto compara los procesos revolucionarios que llevaron a la adopción de las constituciones de Cuba (1976) y Nicaragua (1987). Esta comparación se desenvuelve sobre tres ejes de análisis: el ámbito político-administrativo, principalmente enfocado en el funcionamiento de la burocracia; el económico, en el cual se enfatiza el vínculo entre la intervención estatal y la iniciativa privada; y el ciudadano, referente a las formas de entender al pueblo en ambos contextos revolucionarios. Esta comparación le permite a Barreto identificar cuáles fueron las rupturas y las continuidades de carácter constitucional en cada uno de los casos, así como las similitudes y diferencias entre los dos procesos.

Por su parte, en el capítulo séptimo, González también se enfoca en la concepción socialista del cambio constitucional, pero ya no desde el poder sino desde la oposición. Su texto explora la posición del Partido Comunista de Colombia frente al fallido proyecto de cambio constitucional propuesto por el expresidente Alfonso López Michelsen en la segunda mitad de la década de los setenta del siglo pasado. González centra su atención en este proyecto fallido, con la intención de problematizar las narrativas predominantes sobre la historia de la Constitución de 1991, las cuales han privilegiado una mirada de corta duración que desconoce los desacuerdos históricos que han tenido lugar en Colombia frente a las implicaciones de activar el poder constituyente para modificar el régimen político.

Bibliografía

- Ackerman, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism". *Virginia Law Review* n.º 83 (1997): 771-797.
- Bonilla, Daniel (ed.). *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Bustamante, Gonzalo y Diego Sazo (eds.). *Democracia y poder constituyente*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Dixon, Rosalind y Tom Ginsburg (eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017.
- Elster, Jon y Rune Slagstad (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Fioravanti, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.
- Frankenberg, Gunter. "The IKEA Theory Revisited". *International Journal of Constitutional Law* n.º 8 (2010): 563-579.
- Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.
- Kennedy, Duncan. *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico 1850-2000*, trad. Jorge González Jácome. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Levinson, Sanford (ed.). *Responding to Imperfection*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 1995.
- Linz, Juan José. *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown, and Reequilibration*. Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1978.
- Linz, Juan José y Arturo Valenzuela. *La crisis del presidencialismo*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.
- Linz, Juan José y Arturo Valenzuela (eds.). *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1994.
- Loughlin, Martin y Neil Walker (eds.). *The Paradox of Constitutionalism*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Negretto, Gabriel. *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Nino, Carlos Santiago. "Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America". *University of Miami Law Review* n.º 44 (1989-1990): 129-164.

- Nino, Carlos Santiago. "The Debate over Constitutional Reform in Latin America". *Fordham International Law Journal* n.º 16 (1992-1993): 634-651.
- O'Donnell, Guillermo. "Delegative Democracy". *Journal of Democracy* 5, n.º 1 (enero de 1994): 55-69.
- O'Donnell, Guillermo. "Polyarchies and the (Un)rule of Law in Latin America". Kellogg Institute-University of Notre Dame, Working Paper 254 (mayo de 1998).
- Pisarello, Gerardo. *Un largo temidor*. Madrid: Trotta, 2011.
- Portillo Valdés, José M. *El constitucionalismo en América Latina*. México, D. F.: El Colegio de México, 2016.
- Rodríguez, César (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas para una epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Siglo XXI, 2010.
- Stepan, Alfred y Juan José Linz. *The Breakdown of Democratic Regimes: Europe*. Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1978.
- Stepan, Alfred y Juan José Linz. *The Breakdown of Democratic Regimes: Latin America*. Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1978.
- Thornhill, Christopher. "Rights and Constituent Power in the Global Constitution". *International Journal of Law in Context* 10, n.º 3 (2014): 357-396.
- Tushnet, Mark. "The Inevitable Globalization of Constitutional Law". *Virginia Journal of International Law* n.º 49 (2009): 985-1006.
- Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana Editorial, 2010 [1987].
- Valenzuela, Arturo. "Party Politics and the Crisis of Presidentialism in Chile: A Proposal for a Parliamentary Form of Government", en Juan José Linz y Arturo Valenzuela (eds.). *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore y Londres: The Johns Hopkins University Press, 1994.
- Valenzuela, Arturo. *Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina*. México: Instituto Federal Electoral, 1999.
- Viciano, Roberto y Rubén Martínez. "Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Gaceta Constitucional* n.º 48 (2011): 307-328.

PRIMERA PARTE

CAMBIO CONSTITUCIONAL,
DEMOCRACIA E INCLUSIÓN

CAPÍTULO 1

CREACIÓN CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE*

Joel Colón-Ríos**

Este capítulo considera las formas en que se ha comprendido e interpretado el poder constituyente en diferentes momentos de la historia latinoamericana de creación constitucional. El capítulo examina la forma en que diversas nociones de poder constituyente se reflejan en los mecanismos utilizados para la creación de cuatro constituciones. Se hará énfasis en las normas formales que rigen los procesos de creación constitucional y en el discurso constitucional oficial que los rodea (reflejado en leyes, decretos, registros de los debates de los órganos de creación constitucional y en los escritos de algunos de los principales actores constitucionales). Los cuatro procesos que se estudiarán son los que resultaron en la Constitución Federal de los Estados de Venezuela (1811), la Constitución Política de Colombia (1886), la Constitución Política de la República de Bolivia (1967) y la Constitución de la República del Ecuador (2008)¹. Los episodios de creación constitucional que dieron origen a la existencia de estas constituciones se caracterizaron por cambios en la forma en que se comprendían la naturaleza y las implicaciones prácticas de la teoría del poder constituyente. Si bien no son plenamente representativos, estos cuatro casos proporcionan al menos una visión panorámica de la rica tradición latinoamericana de creación constitucional.

* Para citar este artículo: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.319>

** Este artículo es una traducción ajustada de Joel Colón-Ríos, "Constitution Making and Constituent Power", publicado en Rosalind Dixon y Tom Ginsburg (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017). Traducción por Jhonny Antonio Pabón.

1 Cuando sea pertinente, el documento también se referirá a otras experiencias de creación constitucional en la región.

Dios, Nación y pueblo

En un principio, Dios fue el poder constituyente. Aquellos que primero participaron en la discusión teórica del poder terrenal de crear un orden constitucional operaron bajo esa premisa. Por ejemplo, Marsilio de Padua, en su obra *Defensor Pacis* (1324) identificó a Dios como la razón última (o remota) de todos los principados, citando como autoridades a Juan 19, Romanos 13 y San Agustín en apoyo de esa proposición². Sin embargo, Marsilio de Padua sostuvo que “en la mayoría de los casos y casi en todas partes [Dios] estableció estos principados a través de las mentes humanas”³. En consecuencia, “el poder eficiente de fundar o elegir un principado pertenece al legislador o al cuerpo universal de los ciudadanos [...] y cualquier mejora del principado —o incluso su deposición si es necesario para el beneficio común— de igual forma también le pertenece”⁴. La idea de que Dios tuviera el poder último de crear constituciones era todavía muy influyente en el siglo xvii. En 1614, por ejemplo, Johannes Althusius —también apoyándose en fuentes bíblicas— sostenía que Dios había dado a la comunidad “un poder para disponer, prescribir, ordenar, administrar y constituir todo lo necesario y útil para la asociación universal”⁵.

Algunos partidarios de la monarquía absoluta, como Marc’Antonio de Dominis y Robert Filmer, sostuvieron que si las perspectivas mencionadas en el párrafo anterior fuesen correctas, “las comunidades no podían alterar legalmente su forma de gobierno, sino que estarían obligadas a sufrir el gobierno democrático para siempre”⁶. El jesuita español Francisco Suárez dio una respuesta a esa objeción en 1613: todas las sociedades eran en un principio democracias, pero

2 Brian Tierney, *Religion and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982).

3 Marsilio de Padua, *The Defender of Peace: The Defensor Pacis* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), 44.

4 *Ibid.*, 88.

5 Johannes Althusius, *Politica. Politics Methodically Set Forth and Illustrated with Sacred and Profane Examples* (Indianapolis: Liberty Fund, 1995), 70.

6 J. P. Sommerville, *Royalists & Patriots, Politics and Ideology in England 1603-1640* (Londres y Nueva York: Longman, 1999), 26.

Dios no prescribía ninguna forma específica de gobierno, por lo que la comunidad era libre de seguir siendo una democracia o elegir la aristocracia o la monarquía⁷. Ideas similares se pueden identificar en el debate inglés del siglo XVII sobre la legitimidad de la monarquía absoluta. Por ejemplo, John Maxwell (1644) argumentó que “la causa eficiente y constituyente es Dios y el pueblo es sólo la causa instrumental”. Por lo tanto, no era ante el pueblo, sino ante Dios, que los reyes eran responsables en última instancia⁸. Contra el punto de vista de Maxwell, el pastor presbiteriano escocés Samuel Rutherford insistió en que Dios “dio el poder del gobierno originalmente” no a una persona sino a “una sociedad y a una multitud de pequeñas iglesias”⁹.

A finales del siglo XVIII las perspectivas medievales sobre la naturaleza y los orígenes del poder político persistieron, aunque de una forma más débil o diferente¹⁰. Como Carl Schmitt ha sostenido, durante este período revolucionario “los efectos secundarios de las imágenes teológicas cristianas del poder constituyente de Dios, a pesar de toda clarificación, eran todavía fuertes y vitales”¹¹. De hecho, durante la Revolución francesa, fue el abad católico romano Emmanuel Sieyès quien atribuyó famosamente a la nación un poder constituyente sin restricciones, el poder de crear un orden *ex nihilo* y de recrearlo a su voluntad. “La nación”, escribió Sieyès, “existe antes de todo; es el

7 Véase también Sommerville, *Royalists & Patriots*; Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625* (Atlanta: Scholars Press for Emory University, 1997).

8 Citado en Samuel Rutherford, *Lex, Rex: The Law and the Prince* (Londres: impreso por John Field, 1644), 146.

9 Samuel Rutherford, *The Due Right of Presbyteries or a Peaceable Plea for the Government of the Church of Scotland* (Londres: E. Griffin, 1644), 340.

10 Y también más allá del siglo XVIII. Por ejemplo, en una carta de 1814 a John Taylor de Caroline, John Adams escribió que “la *summa potestatis*, el poder supremo, soberano, absoluto e incontrolable, es puesta por Dios y la naturaleza en el pueblo, quien nunca puede despojarse de ella”. John Adams, *The Works of John Adams, vol. 6 (Defence of the Constitutions Vol. 3 cont'd, Davila, Essays on the Constitution)* (Boston: Charles C. Little and James Brown, 1851).

11 Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press, 2007), 26; véase también Martín Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

origen de todo. Su voluntad es siempre legal. Es la ley misma. Antes de la nación y más allá de la nación sólo existe el derecho natural”¹². Es difícil estar en desacuerdo con Heinrich Schneider cuando afirma que “el teólogo Sieyès [dio a] la nación las tradicionales características de Dios”¹³. Sin embargo, Sieyès trasladó el poder constituyente a un lugar distante tanto de Dios como de los reyes, al definir la nación como “un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común, representada por la misma legislatura, [...]”¹⁴. La nación, sostuvo en otra parte, se encontraba en “todos los habitantes” del territorio¹⁵.

No obstante, lo anterior no significa que para Sieyès todos los seres humanos sometidos a un orden jurídico deben ser parte de la entidad llamada a ejercer el poder constituyente de la nación. Sieyès fue muy claro en que, aunque la nación puede potencialmente —e idealmente— incluir a toda persona que habita en un territorio determinado, debe excluir a aquellos que no contribuyen al “establecimiento público”. El principal ejemplo es lo que llamó la “casta de los nobles”, una clase privilegiada e improductiva, una clase “extraña a la nación”¹⁶. Pero el abate también pensaba que en toda sociedad “hay (demasiados) individuos a quienes la debilidad, la incapacidad, la pereza incurable o la corriente de disolución moral los ha hecho extraños a todas las actividades de la sociedad”¹⁷. En la Francia del siglo XVIII, Sieyès afirmó que solo los representantes del tercer Estado, es decir, los que representan a las clases productivas de la sociedad, podían ser vistos como “verdaderos custodios de la voluntad nacional”. “Solo

12 Emmanuel Sieyès, “What is the Third Estate”, en Michael Sonenscher (ed.), *Political Writings: Including the Debate Between Sieyès and Tom Paine in 1791* (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2003), 136.

13 Heinrich Schneider, “Patriotism and Nationalism”, en John Coleman y Miklós Tomla (ed.), *Concilium: Religion and Nationalism* (Londres: SCM, 1995), 38.

14 Sieyès, “What is the Third”, 97.

15 *Ibid.*, 140.

16 *Ibid.*, 97; véase también Emmanuel Sieyès, “An Essay on Privileges”, en Michael Sonenscher (ed.), *Political Writings: Including the Debate Between Sieyès and Tom Paine in 1791* (Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2003).

17 *Ibid.*