



SERIE INFORME **SOCIEDAD Y POLÍTICA**

Experiencias constituyentes en América Latina: los casos de Colombia y Venezuela

Luis Alfonso Herrera O.
Mayerlin Matheus H.

SERIE
INFORME
SOCIEDAD Y POLÍTICA
ISSN 0718 - 4093

Diciembre 2019

172

LUIS ALFONSO HERRERA O.

es Licenciado en Filosofía y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV) y Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello. Se desempeña actualmente como profesor en la Universidad Autónoma de Chile y es Investigador de CEDICE-Libertad.

MAYERLIN MATHEUS H.

es Abogada y especialista en derecho administrativo por la Universidad Católica Andrés Bello de Venezuela. Además es investigadora de la asociación civil "Un Estado de Derecho", dedicada al estudio y difusión en Venezuela de los valores y principios del Estado de Derecho.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO	05	
1. INTRODUCCIÓN	07	
2. CONTEXTO E INSTALACIÓN DE LA ANC EN VENEZUELA Y EN COLOMBIA	09	2.1 Condicionantes del proceso constituyente: el peso de lo simbólico y de los actores políticos no tradicionales 09 2.2 Camino a la instalación de la ANC: rol de las instituciones 10
3. FUNCIONAMIENTO, ACTOS E IMPACTO DE LA ANC EN VENEZUELA Y EN COLOMBIA	14	3.1 Actuaciones y decisiones de la ANC: actos constituyentes y redacción del texto constitucional 14 3.2 Los textos constitucionales resultantes de los procesos constituyentes 15 3.3 Balance general de los textos constitucionales aprobados 16
4. CONSIDERACIONES FINALES	18	
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	20	

Resumen Ejecutivo

Desde la caída del absolutismo en Occidente y la progresiva consolidación de monarquías constitucionales y repúblicas democráticas, la función de la constitución en una sociedad libre ha sido la de limitar el poder y garantizar un acotado conjunto de derechos inherentes a la persona humana.

Ese consenso político, entre autoridades y ciudadanos, asumía que ello debía ser así en tanto la atención de las necesidades humanas debía procurarse, en el caso del Estado, principalmente a través de la actividad legislativa y administrativa, ya que sin esas actuaciones lo prescrito por la constitución sería, en gran medida, letra muerta.

Una vez sancionada la constitución, es razonable que de ella las personas esperen que sea suprema, estable, legítima por los resultados de su aplicación y rígida en sus vías de modificación, de modo que no se confunda con la legislación.

En cambio, no sería tan razonable que luego de sancionada la constitución, como por arte de magia, problemas relativos al salario mínimo, la calidad del empleo, el régimen de pensiones, el acceso y costos de los servicios, la protección de la tercera edad, la calidad de la educación, etc., queden automáticamente solucionados.

Con el propósito de aportar insumos a la actual discusión sobre qué escenarios, riesgos y resultados puede la ciudadanía chilena esperar del eventual proceso constituyente a activarse en el país en 2020, el presente informe expone una comparación entre dos experiencias constituyentes latinoamericanas de fines del siglo pasado. En primer lugar, la de Venezuela en 1999, considerada para muchos un mal ejemplo por los resultados del mismo, más allá del texto constitucional; y en segundo lugar, la de Colombia en 1991, considerada en cambio como un buen ejemplo de proceso constituyente, justo por sus diferencias con el caso venezolano. El orden de exposición y análisis de los casos, no cronológico, permitirá al lector ir haciendo paso a paso el

contraste entre la experiencia negativa y la supuesta experiencia positiva.

Dejando de lado la retórica y el componente mítico y simbólico de la "vía constituyente", que como se verá estuvo muy presente tanto en la experiencia constituyente venezolana de 1999, como en la experiencia constituyente colombiana de 1991, la realidad es que, debido a su carácter esencialmente absoluto e ilimitado, el poder constituyente es, salvo en los casos de creación *ex nihilo* de un Estado, una realidad política contraria a la finalidad jurídica de toda constitución y marco institucional derivado de ella, a saber: la limitación del poder en resguardo de los derechos fundamentales de las personas.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la caída del absolutismo en Occidente y la progresiva consolidación de monarquías constitucionales y repúblicas democráticas, la función de la constitución en una sociedad libre ha sido la de limitar el poder y garantizar un acotado conjunto de derechos inherentes a la persona humana¹.

Ese consenso político, entre autoridades y ciudadanos, asumía que ello debía ser así en tanto la atención de las necesidades humanas debía procurarse, en el caso del Estado, principalmente a través de la actividad legislativa y administrativa, ya que sin esas actuaciones lo prescrito por la constitución sería, en gran medida, letra muerta.

La mayoría de las constituciones, entre ellas varias de las más reconocidas y eficaces, no han tenido su origen en convenciones o asambleas constituyentes -al menos no como se las conciben desde fines del siglo XX y lo que va del siglo XXI-, como instancias de participación directa y representación plural de todos los intereses y puntos de vista de una sociedad democrática.

Más bien, su origen está vinculado a instancias en las que estaban presentes algunos de los múltiples intereses existentes en cada sociedad, pero donde los consensos logrados, a partir del compromiso con la limitación del poder, han hecho posible que el gobierno se ejerza de forma alternativa, democrática y con respeto a los derechos fundamentales.

En donde semejantes consensos no derivaron de la condición angelical o virtuosa de quienes participaron en el diseño de la constitución, sino en la comprensión de que sus adversarios podrían mañana usar ese documento en su contra. Es decir, a partir de la consciencia de que podían ser minoría y estar bajo peligro en algún momento.

Una vez sancionada la constitución, es razonable que de ella las personas esperen que sea suprema, estable, legiti-

ma por los resultados de su aplicación y rígida en sus vías de modificación, de modo que no se confunda con la legislación.

En cambio, no sería tan razonable que luego de sancionada la constitución, como por arte de magia, problemas relativos al salario mínimo, la calidad del empleo, el régimen de pensiones, el acceso y costos de los servicios, la protección de la tercera edad, la calidad de la educación, etc., queden automáticamente solucionados.

Lo antes expuesto, hoy día, no es ya postura pacífica al interior del derecho constitucional y de la ciencia política. Al contrario, diferentes enfoques tienden a cuestionar esta visión de la constitución y del constitucionalismo, y para lograr adhesión entre los ciudadanos a su postura "crítica", apelan con frecuencia e insistencia a la noción de poder constituyente originario.

Mientras que la visión liberal de la constitución y el constitucionalismo observa con reserva y rechazo la apelación a esa noción, el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano, por ejemplo, la consideran la fórmula "más perfecta"² de ejercicio de la democracia al momento de darse una constitución y como vía para dotar de efectiva legitimidad a la constitución de nuestros países.

Dejando de lado la retórica y el componente mítico y simbólico de la "vía constituyente", que como se verá estuvo muy presente tanto en la experiencia constituyente venezolana de 1999, como en la experiencia constituyente colombiana de 1991, la realidad es que, debido a su carácter esencialmente absoluto e ilimitado, el poder constituyente es, salvo en los casos de creación ex nihilo de un Estado, una realidad política contraria a la finalidad jurídica de toda constitución y marco institucional derivado de ella, a saber: la limitación del poder en resguardo de los derechos fundamentales de las personas.

¹ Pereira Meneaut, Antonio-Carlos. *Teoría Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, pp. 22 y 23.

² Contreras Vásquez, Pablo y Coddou Macmanus, Alberto, "Nueva constitución y asamblea constituyente la experiencia de 'Marca tu voto'", en *Anuario de Derecho Público*, N.º. 1, 2014, p. 129.

Para autores como Genaro Carrió carece de sentido, en términos lógicos, hablar desde el derecho o con alguna pretensión de normatividad, de "poder constituyente", en especial si se le añade el adjetivo "originario", ya que esa noción es, por definición, excluyente y reacia a todo intento de subordinación a normas: "el poder constituyente originario es inicial, autónomo e incondicionado. Es inicial porque encima de él no hay, ni en los hechos ni en el derecho, ningún otro poder. Su autonomía no es sino el corolario de su carácter inicial. Es incondicionado, pues en su cometido no se subordina a ninguna regla de fondo ni de forma (...) está siempre fuera del orden jurídico. Su naturaleza misma es la insubordinación. Aparece en períodos de crisis, cuando la colectividad desborda los cuadros políticos y sociales de manera revolucionaria"³.

Por más que académicos del derecho constitucional y teóricos de la ciencia política, para aliviar temores, insistan en el carácter "democrático" del poder constituyente originario, lo cierto es que el rasgo que mejor lo define, en general, es su carácter absoluto y total.

Así lo describe De Vega: "...respecto a la naturaleza del poder constituyente, no admite duda alguna que se trata de un poder absoluto y total (...) de la calificación del poder constituyente como poder soberano e ilimitado, derivarán, cuando menos, dos consecuencias importantes. En primer lugar, que mientras los poderes constituidos tienen su fundamento en la Constitución, y desde ella se explican sus posibilidades y modos de actuación, el poder constituyente se justifica por sí mismo. Su fundamentación no es jurídica, sino ontológico-existencial (...) En segundo término hay que advertir, igualmente, que, a diferencia de los poderes constituidos que, en cuanto poderes jurídicos, tienen establecidos sus modos de actuación, en la Constitución el poder constituyente, en cuanto poder pre-jurídico, *res facti, non iuris*, no es sólo ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio"⁴.

Nada de extraño tiene que así se conciba el poder constituyente. Pues no hay que olvidar que sus defensores, entre ellos el abate Emmanuelle J. Sieyés, necesitaban crear, a partir de la idea de soberanía popular y voluntad general de la nación, un concepto político, con ribetes míticos, con el cual enfrentar y derrotar la legitimidad política de siglos de los monarcas absolutistas europeos, para así hacer posible el nacimiento de repúblicas en que la ciudadanía fuera siempre la depositaria de la soberanía.

De allí que se afirme: "...para el abate, la nación se forma por el solo derecho natural en una definición de lo que ella

es y de lo que ella debe ser. Es decir, que la nación, siendo anterior a toda prescripción de las leyes positivas, existe y se despliega sin la intervención de elementos *ab extra* para ser comprendida como unidad voluntaria de orden racional de todos los asociados en un contexto de justificación moralmente equitativo. Para Sieyés, este sentido moralmente equitativo viene dado porque la nación, como un todo ético, y en su unidad soberana, no designa a una persona o un grupo de personas representantes"⁵.

Considerando la alta simbología y emotividad política que desde sus orígenes despierta en las personas la noción de poder constituyente originario, se entiende cómo una propuesta política, que debería ser evaluada racionalmente según sus costos, beneficios, principios y fines, rápidamente es absorbida por las pasiones y urgencias de quienes sienten que toda la institucionalidad en la que viven está en crisis y es ilegítima, por lo que en poco tiempo adquiere la condición de mito político.

Por tal categoría entiéndase "no una simple ficción de tiempos primitivos, sino un elemento indispensable para entender cómo otros pueblos asumieron la historia, el universo y la realidad y, por tanto, un contenido que no puede ser desdeñado científicamente con tanta premura por parecer superfluo o inexacto"⁶. Tal característica supone un extraordinario desafío para los críticos tanto de la noción de poder constituyente originario, como de su instrumento de aplicación, la asamblea nacional constituyente (en lo que sigue, ANC), ya que polariza a la sociedad y hace ver a sus adversarios como reaccionarios o contrarios al "progreso social".

Lo anterior explica por qué "...debe reafirmarse que, en sentido propio el principio del poder constituyente del pueblo (o de la nación) no posee fundamento en la realidad objetiva (...) [y que] resulta inevitable reconocer la razón que asiste a Bidart Campos e Isensee, entre otros, cuando atribuyen a tal principio la categoría de mito"⁷.

A esa noción política absoluta e incondicionada del poder constituyente, debe sumarse en el caso de cualquier país latinoamericano la comprensión e influencia que en esta noción y su aplicación práctica ha tenido, al menos desde el proceso venezolano de 1999, el enfoque del llamado "nuevo" constitucionalismo latinoamericano, impulsado desde la Universidad de Valencia por los académicos Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, entre otros.

3 Carrió, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. P. 245

4 De Vega, Pedro. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. Pp. 28-29.

5 Noria, Omar. *La teoría de la representación política del abate Sieyés*. La idea de la voluntad constituyente. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1999. Pp. 112.113.

6 Garzón, Camilo. "La génesis de la Constitución Política de Colombia de 1991 a la luz de la discusión sobre el Mito Político", en *Desafíos*, Bogotá, (29-1): 109-138, semestre I de 2017. Consultado el 28.11.19 en: <https://bit.ly/357rycG>

7 Castaño, Sergio Raúl. *El Poder Constituyente entre Mito y Realidad*. Santiago: Universidad Santo Tomás, 2016. P. 77.

A continuación, algunas breves citas para dejar claro cómo el referido enfoque promueve los procesos constituyentes en Latinoamérica: "...en la práctica ha sido en América Latina donde han tenido lugar los últimos intentos de realización práctica de este modelo, fruto de las condiciones sociales y políticas presentes en determinados países -constitucionalismo necesario- por medio de asambleas constituyentes, plenamente democráticas, que han traducido a los textos constitucionales la voluntad soberana de los pueblos. Se trata de la transformación del relegado y subordinado constitucionalismo latinoamericano a un nuevo constitucionalismo latinoamericano (...) su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la constitución sino, incluso en un primer orden, sobre la legitimidad democrática de la constitución"⁸.

Para estos autores "...el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente, y la constitución, entendida en su sentido amplio como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales. Desde este punto de vista, el nuevo constitucionalismo reivindica el carácter revolucionario del constitucionalismo democrático, dotándolo de mecanismos que pueden hacerlo más útil para la emancipación y avance de los pueblos, al concebir la constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido"⁹.

El objetivo de este enfoque contrario al constitucionalismo tradicional o liberal, es incluir en la constitución resultante del proceso constituyente el reconocimiento de amplios derechos sociales y, en general, de prestación monopólica o principal por parte del Estado. Además del reconocimien-

to como pueblos o naciones de comunidades indígenas, aumento de los poderes del gobierno para dirigir la economía, conversión de la democracia representativa en participativa y protagónica, dando lugar a formas "directas" como el poder popular o "comunal" y la integración regional latinoamericana a partir de principios antihegemónicos y multipolares en el ámbito de las relaciones internacionales, como alternativa a lo que identifican como la unipolaridad capitalista.

Sirva lo antes señalado acerca del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano para que el lector tenga en cuenta que sus postulados muy probablemente estarán presentes entre las futuras propuestas para la nueva constitución política de Chile, en caso de que finalmente se elija avanzar hacia ese escenario de cambio constitucional, en los términos del acuerdo político del pasado 15 de noviembre de 2019.

Justamente, con el propósito de aportar insumos a la actual discusión sobre qué escenarios, riesgos y resultados puede esperar la ciudadanía chilena del eventual proceso constituyente a activarse en el país en 2020, el presente informe expone una comparación entre dos experiencias constituyentes latinoamericanas de fines del siglo pasado. En primer lugar, la de Venezuela en 1999, considerada para muchos un mal ejemplo por los resultados del mismo, más allá del texto constitucional; y en segundo lugar, la de Colombia en 1991, considerada en cambio como un buen ejemplo de proceso constituyente, justo por sus diferencias con el caso venezolano. El orden de exposición y análisis de los casos, no cronológico, permitirá al lector ir haciendo paso a paso el contraste entre la experiencia negativa y la supuesta experiencia positiva.

8 Viciano, Roberto. y Martínez, Rubén. "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano" en Estudios Sobre El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. Pp. 16-17.

9 Viciano y Martínez, op. cit., p. 20.

2. CONTEXTO E INSTALACIÓN DE LA ANC EN VENEZUELA Y EN COLOMBIA

2.1 Condicionantes del proceso constituyente: el peso de lo simbólico y de los actores políticos no tradicionales

Venezuela

El origen del proceso constituyente venezolano debe situarse a fines de la década de los 80 e inicios de la década del 90 del siglo pasado, y permite apreciar cómo la idea de poder constituyente originario desempeñó un poderoso papel simbólico y mítico a favor de la propuesta y proyecto político revolucionario impulsado por Hugo Chávez Frías, luego de fracasar en su intento de tomar el poder mediante un golpe de Estado, en febrero de 1992.

Para las décadas señaladas, alcanzó su punto máximo la crisis de legitimidad del sistema político democrático que el país venía padeciendo al menos desde la primera gran devaluación de la moneda nacional en 1983. En ese período tuvieron lugar el “Caracazo”, la revuelta vandálica popular desarrollada entre el 27 de febrero y el 04 de marzo de 1989 y los dos intentos de golpe militar el 4 de febrero y el 27 de noviembre de 1992. Todo ello refleja el colapso del sistema partidista instalado en el año 1958, con el conocido Pacto de Punto Fijo, que dio lugar posteriormente a la Constitución de 1961 (en adelante C61), y cuya raíz más de fondo fue la quiebra del sistema clientelar de conciliación populista de élites, cuyo respaldo principal fueron los altos precios del petróleo en el mercado mundial.

Con la puesta en vigencia de la C61 retornó la democracia a Venezuela, luego de una década de dictadura militar, y rápidamente se va consolidando la democracia representativa, que con el pasar de los años fue siendo monopolizada cada vez más por los partidos. La pluralidad partidista se redujo hasta convertirse en un sistema bipartidista donde el poder se repartía con alternancia entre los partidos Ac-

ción Democrática (AD) y el Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI), de ideas socialdemócratas y socialcristianas, respectivamente.

La crisis percibida en la inflación, el desempleo, la corrupción, la pobreza y la falta de acceso a servicios fue consecuencia del colapso del Estado petrolero, que acostumbró a las masas a recibir de forma lícita e ilícita dádivas para vivir y que una vez cesaron, generaron rabia, resentimiento y ánimo de venganza en una parte importante de la sociedad venezolana.

Para muchos el sistema democrático era una gran farsa y era indispensable que alguien fuera de la clase tradicional “pusiera orden”, restableciera la “justicia social”, castigara a los corruptos y diera a Venezuela un resurgir de su “ruina total”, a través de una transformación radical de las instituciones y la relación entre el poder y la gente.

En ese contexto, ante el rechazo y la condena de la clase política tradicional y dominante, surgió como una forma de evadir y acabar con el sistema ilegítimo del bipartidismo la noción del poder constituyente originario y la propuesta de una ANC, como oferta electoral del entonces candidato -antisistema- a la Presidencia de la República, Hugo Chávez, apoyada por actores políticos marginados por el bipartidismo y por la sociedad civil en sentido amplio, para que fuera “directamente” el pueblo, titular de la soberanía nacional, el que se diera un nuevo texto constitucional. De este modo, el rol de los actores políticos no tradicionales, con el arquetipo del caudillo redentor a la cabeza, fue determinante en el caso examinado¹⁰.

¹⁰ Brewer-Carías, Allan R. Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente. Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999.

Todo ello explica la redacción de parte de la primera pregunta del referéndum de consulta sobre la procedencia o no de convocar a una ANC, en la cual se ordenaba a aquella "...transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa", así como el apoyo que esa pregunta tuvo en una parte de la sociedad venezolana.

Nunca se explicó qué de malo tenía la C61, en general estatista, intervencionista, ideal para la acción de gobiernos de ideas socialistas. No se explicó qué cosa de la C61 impedía mejorar la situación institucional y social, qué de ella generaba los mayores problemas para la gente y, menos aún, cómo todo ello se podía mejorar o superar con una nueva constitución. La sentencia estaba dictada, y para una parte estimable de venezolanos, la causa de la crisis pasó a estar en la constitución "puntofijista".

Colombia

El comienzo del proceso constituyente colombiano también muestra el peso de lo simbólico en la política contemporánea¹¹, en especial cuando de "refundar" estados o repúblicas se trata. Ante el asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán en 1989, un grupo de estudiantes en Bogotá lideró una marcha estudiantil de luto el día del entierro del ex líder liberal, acto en el cual pronunciaron un mensaje de apoyo a las instituciones democráticas en su lucha contra las fuerzas que pretendían desestabilizar la sociedad (el narcotráfico, la guerrilla, los paramilitares y otros).

En ese mensaje incluyeron un llamado directo al pueblo colombiano para reformar "las instituciones que impiden que se conjure la crisis actual". Así nació el movimiento "Todavía podemos salvar a Colombia", que fue, en el inicio, el actor principal del proceso constituyente de ese país¹².

El proceso constituyente colombiano de 1990-1991, cuyo único producto fue una nueva constitución vigente al día de hoy -que derogó la Constitución de 1886 (C86)- fue el resultado de múltiples y variadas causas internas y externas, políticas, ideológicas, económicas y sociales, y en ningún caso la imposición de un sector sobre todos los demás de la vida nacional, ni tampoco parte de un plan personalista o revolucionario, que tuviera por objeto romper con toda la tradición constitucional precedente.

Entre las causas internas, cabe señalar la violencia política, la pobreza, la falta de acceso a servicios básicos, el miedo, la inestabilidad y la desconfianza en la capacidad del Estado de asegurar la vida y demás derechos a los ciudadanos. Entre las externas, resalta la necesidad de Colombia, a ini-

cios de los años 90 del siglo XX, de aplicar una política estructural de ajustes al rol del Estado en la economía, para adecuarse a las exigencias de las instituciones financieras internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio), de acuerdo a los lineamientos del Consenso de Washington, a fin de obtener financiamiento al desarrollo de obras y otros fines de interés social.

Así, mientras el interés de la sociedad civil y actores no tradicionales de la política colombiana tenían como prioridad atender las causas internas de la crisis, la clase política tradicional, sin perjuicio de la importancia de dar respuesta a aquellas, tenían muy presente la necesidad de atender y satisfacer también a las externas, para así lograr el apoyo económico para el país.

Esto explica que tanto el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990) como el del presidente César Gaviria (1990-1994) en lugar de oponerse a la vía constituyente y a la elaboración de una nueva Constitución, la apoyaran y trataran de liderar, al ver en ella una oportunidad política de superar los problemas que la Constitución de 1886 generaba por su estatismo e intervencionismo económico en la obtención de financiamiento internacional.

Para ello, la vigencia desde 1984 de un estado de sitio en el país, debido a la creciente violencia política, fue de la mayor utilidad, ya que, como se explica más adelante, fue a través de decretos legislativos presidenciales que se fijaron las bases jurídicas de la convocatoria, elección y el funcionamiento de la ANC en este caso.

En Colombia tampoco se indicó con precisión qué impedía hacer la C86 ante el desafío de derrotar a la violencia política que sacudía los cimientos de la convivencia democrática, y quizá la más clara explicación de la necesidad de su cambio integral venga por la incompatibilidad que la misma presentaba, a juicio de organismos multilaterales de financiamiento para los Estados, con las obligaciones que el Estado colombiano asumiría de recibir créditos internacionales.

2.2 Camino a la instalación de la ANC: rol de las instituciones

Venezuela

El camino formal a la instalación de la ANC de 1999 comenzó con las sentencias del 19.01.99 de la Corte Supre-

¹¹ Garzón Martínez, Camilo Andrés, "La génesis de la Constitución Política de Colombia de 1991 a la luz de la discusión sobre el Mito Político", en *Desafíos*, Bogotá, (29-I): 109-138, semestre I de 2017.

¹² Sobre las causas del proceso constituyente colombiano véase Garzón, Camilo, "La génesis de la Constitución Política de Colombia de 1991 a la luz de la discusión sobre el Mito Político" en *Desafíos*, Bogotá, (29-I): 109-138, semestre I de 2017.

ma de Justicia (CSJ) conocidas como las sentencias casos Referéndum I y Referéndum II, en las cuales, a partir de interpretaciones ambiguas y duramente criticadas por la doctrina jurídica¹³, la CSJ concluyó que el poder soberano siempre reside en el pueblo y que éste puede a través de referéndums consultivos plantearse el usar vías no previstas en la constitución, en ese caso en la C61, para cambiarla.

En concreto, la CSJ concluyó que se podía usar una asamblea constituyente para elaborar una nueva Constitución. La C61 disponía expresamente dos vías para su cambio (total o parcial) que eran la reforma -por referéndum consultivo- y la enmienda -por asambleas legislativas de Estados-.

Posteriormente Hugo Chávez, ganador de la elección presidencial de 1998, asumió el poder el 02.02.99 prestando el siguiente juramento: "Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo, que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro". Condenaba con su juramento la entonces vigente C61 y lo hacía no sólo movido por su objetivo político de cambiarla, sino también amparado en las sentencias del 19.01.99 de la SPA de la CSJ.

El mismo día en que asumió el poder, Chávez dictó el decreto sin rango de ley No. 3, en el cual convocó a referéndum consultivo para que "el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente" y fijó las preguntas que deberían hacerse en la consulta. Estas preguntas las formuló así:

- "Primera: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?"
- Segunda: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?"

Ante tal proceder, la entonces autoridad en la materia, el Consejo Supremo Electoral (CSE), se pronunció sobre la legalidad del decreto No. 3, primero a través de la reso-

lución 990217-32 de 17.02.99, mediante la cual se fijó la realización del referéndum consultivo para el 25-04-1999 y en cual se reprodujo casi íntegramente lo dispuesto en el decreto No. 3.

Sin embargo, tanto el decreto No. 3, como la resolución recién mencionada fueron objeto de recursos de nulidad ante la CSJ, en especial contra la pregunta 2 que delegaba en Chávez la decisión de fijar de forma unilateral las bases comiciales. Ello llevó a que Hugo Chávez dictara otro decreto sin rango de ley el 10.03.99, en el cual no fijó de una vez las bases, sino que las "propuso" de nuevo ante el CSE.

Este último, sin objetar como correspondía la pretensión presidencial unilateral de fijar las reglas de elección, modificó su resolución inicial e incluyó la "propuesta" de Chávez. Empero, por sentencia del 18.03.99, la SPA anuló la pregunta número 2 e instó al CSE a dictar una nueva resolución sobre el referéndum.

En "acatamiento" de la sentencia de la SPA, el CSE dictó la resolución 990323-70 de 23.03.99 en la cual, de forma sorprendente, reprodujo las bases comiciales propuestas por Hugo Chávez y ratificó la realización del referéndum para el 25.04.99. La única limitación que tuvo esta acción presidencial se encuentra en una sentencia del 13.04.99, en que la CSJ ordenó suprimir la frase "como poder originario que recoge la soberanía popular" que se atribuía a la ANC en la base comicial octava. Pero, como se verá, ya el daño estaba hecho.

El 25.04.99 se realizó el referéndum consultivo con la participación del 37,8% de los electores inscritos en el CSE, correspondiente a 4.137.509 electores, siendo la abstención del 62,2%. Los votos a favor del "sí" fueron de 92,4%, mientras que los votos a favor del "no" fueron de 7,6%.

Sólo en este momento se habría podido, políticamente, dificultar al menos a la futura ANC declararse "originaria", si el CSE y la CSJ hubieran presionado hasta lograr que en las bases se indicara, de forma expresa, que el mandato dado por el pueblo en ese referéndum era para elaborar una nueva constitución y no para intervenir o para desconocer el poder constituido. Pero eso no se hizo¹⁴.

La elección de los integrantes de la ANC, los "constituyentes", tuvo lugar el 25.07.99, ahora con una abstención del 53,7% de los electores inscritos en el CSE, lo que deja este proceso en este caso de Venezuela muy lejos de la idealización hecha por los teóricos del derecho constitucional y

¹³ Las críticas mejor fundadas, desde el punto de vista jurídico, a la decisión tomada por la CSJ, se encuentran en los estudios de PIACENZA, Eduardo, "Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica", en Roque Carrión (comp.), *Crisis y acción política*, Valencia: CELIJS, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, 2000, pp. 145-167, y "¡Cuidado con la lógica! A propósito de un argumento de Alf Ross", en Ramón Escovar León (edit.), *Libro de Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, tomo II (Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001), y de PACE, Alessandro, "Muerte de una Constitución (Comentario a

la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999" en Revista Española de Derecho Constitucional No. 57 (Septiembre/Diciembre 1999).

¹⁴ Hernández-Mendible, Víctor Rafael, "Contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, de la democracia y el Estado de Derecho", en Jesús María Casal y Alma Chacón Hudson (Coord.), *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

otras disciplinas, acerca del carácter superior en calidad democrática de la vía constituyente. De acuerdo con las bases comiciales, se eligieron 131 miembros: 24 de la circunscripción nacional, 104 de las 24 circunscripciones regionales y 3 representantes de las comunidades indígenas.

El Polo Patriótico (Movimiento V República y demás partidos apoyados por Chávez, no que apoyaban a Chávez) obtuvo el 65% de los votos y los partidos u organizaciones no agrupados en torno a Chávez, esto es, la "oposición", obtuvieron el 22,1%, a causa del muy reprochable sistema de postulaciones establecido por Hugo Chávez con el visto bueno tanto del CSE, como de la CSJ. La ANC quedó con 125 candidatos favorables a Chávez y sólo 6 para el país no chavista.

Colombia

El movimiento estudiantil denominado "Todavía podemos salvar a Colombia", promovió en las elecciones de corporaciones públicas y alcaldes municipales del 11.03.90, depositar en las urnas la denominada "séptima papeleta", que textualmente decía: séptima papeleta "voto por Colombia Sí a una asamblea nacional constituyente". La base jurídica de esta propuesta derivó de la respuesta que el Registrador Nacional del Estado Civil dio a ese movimiento cuando se le consultó sobre la legalidad de esa propuesta a la ciudadanía colombiana, según la cual "esa papeleta no causaba la nulidad de los votos legalmente depositados en esas elecciones".

Una vez realizado el proceso electoral, el presidente Barco aceptó contabilizar los votos a favor de la convocatoria mediante un decreto legislativo en el que ordenó a las autoridades electorales efectuar el conteo. Tal orden fue cuestionada ante el poder judicial, pero la Corte Suprema de Justicia la declaró exequible -constitucionalmente válida-, en sentencia de 24.05.90, argumentando, de nuevo en el marco del estado de sitio, que "no abrir los caminos para registrar esa voluntad (...) conduciría a impedir tomar medidas que fortalezcan el orden institucional para enfrentar con eficacia los hechos perturbadores de la paz pública"¹⁵. Así, el apoyo a la convocatoria formal de una ANC fue respaldada en una elección en la que participaron más de cinco millones de votantes.

El 03.03.90 se realizaron elecciones presidenciales para el período constitucional 1990-1994, en las que resultó elegido César Gaviria Trujillo, candidato del Partido Liberal en el Gobierno Nacional y en esa oportunidad también se votó por la ANC, resultando que el 88% de los participantes apoyaron la convocatoria.

El 02.08.90, César Gaviria logró la suscripción de un primer "Acuerdo político sobre la asamblea constitucional" convocando, en su condición de Presidente de la República electo y de Director Nacional del Partido Liberal, a Álvaro Villegas Moreno, presidente del Directorio Nacional Social Conservador; Rodrigo Marín Bernal, en representación del Movimiento de Salvación Nacional, y Antonio Navarro Wolf, en representación del Movimiento Alianza Democrática M-19. Luego, ya como Presidente en ejercicio, César Gaviria promovió la suscripción el 23.08.90 de un segundo "Acuerdo Político", con las mismas fuerzas políticas del primero, para hacer ajustes al texto del anterior.

En estos dos "Acuerdos Políticos" están contenidos los antecedentes de la convocatoria de la ANC, las bases para su elección, organización, agenda y su objeto, es decir, que la acción presidencial fue más que determinante en las reglas a seguir durante el proceso constituyente.

Y tal situación no sufrió mayor alteración a causa de la declaratoria de inconstitucionalidad hecha por la Sala Plena de la CSJ en sentencia del 09.10.90 de los "Acuerdos Políticos" de 02 y 23.08.90. Esto, porque el Presidente Gaviria, en ejercicio de las facultades extraordinarias atribuidas por el artículo 121 de la Constitución de 1886 y del estado de sitio vigente en todo el territorio nacional, mediante decreto legislativo No. 1926 de 19.08.90, convocó de forma directa, la elección de la ANC para el 09.12.90, "con el objetivo de reformar la vigente Constitución Política de 1886 y sus reformas".

Hay consenso en cuanto a que el decreto legislativo No. 1926 y sus contenidos fueron "la pieza central de carácter jurídico-político de la convocatoria de la Asamblea Constitucional"¹⁶, ya que él asumió el contenido esencial del "Acuerdo Político" del 02.08.90 y de los cambios que se le hicieron el 23.08.90. Este acto presidencial con rango de ley contenía las bases de la integración de la Asamblea, los requisitos para ser delegatario y el texto de la papeleta que debía votarse.

Este decreto legislativo, a diferencia de lo ocurrido con los "Acuerdos", fue declarado constitucional por la sala plena de la CSJ en sentencia de 09.10.99. En dicha sentencia la CSJ declaró que era válida la convocatoria de la Asamblea Constitucional como procedimiento para reformar la Constitución. Esta decisión tuvo catorce votos a favor y doce en contra, de los 26 magistrados de la Corte Suprema. Ello se explica al considerar que la Constitución de 1886 establecía en su artículo 218 que los actos legislativos expedidos

¹⁵ La Corte aplicó una interpretación de las competencias del presidente de la República para dictar decretos legislativos bajo el estado de sitio que no pretendió ni por asomo subsumir los hechos juzgados en los supuestos normativos del artículo 121 de la Constitución de 1886. Particularmente claras resultan las motivaciones reales de los magistrados en la Sentencia 59 de 1990, del 24 de mayo, donde la Corte constata la existencia de un "clamor popular" derivado del recuento informal de la séptima papeleta en las elecciones de 11 de marzo de 1990 y, acudiendo a la aclaración de voto

del magistrado Gonzalo Vargas Rubiano, a la sentencia de julio 3 de 1984, reclama la necesidad de "desbordar los cuadros de la pura estimativa jurídica para situarnos en el plano de la realidad social".

¹⁶ Vidal citado por Matías, Sergio en "La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano" en Bogotá D.C Colombia, (N° 44): 29-44. Junio 2016.

por el Congreso de la República eran el “único procedimiento de reforma” de la Constitución.

El 09.12.90 se realizó la elección de los integrantes de la ANC, que hasta ese momento se llamaba “Asamblea Constitucional”. La abstención fue del 84%. Quienes participaron en la elección, se indica, lo hicieron esperanzados en ampliar la democracia y eliminar “los factores de violencia, que habían llegado a sus más degradadas expresiones, con asesinatos de campesinos, obreros, estudiantes y dirigentes sociales, de jueces, un procurador, tres candidatos presidenciales (Luis Carlos Galán, Bernardo Jaramillo y Carlos Pizarro), la toma y retoma del Palacio de Justicia por parte del M19 y del Ejército Nacional, que dejó como resultados el incendio y la destrucción de sus instalaciones, la muerte de magistrados y funcionarios de las más altas Cortes, de guerrilleros y civiles, la captura, tortura, asesinato y posterior desaparición de trabajadores de la cafetería, guerrilleros y visitantes, por parte del Ejército Nacional”¹⁷.

La ANC colombiana quedó formada por 70 asambleístas, de los cuales 19 eran de la Alianza Democrática-Movimiento 19 de abril (AD-M19), partido político que surgió del grupo guerrillero M-19 luego del proceso de paz; 2 provenían de la Unión Patriótica, partido de izquierda; 2 representaban a estudiantes; 2 a comunidades indígenas y otros 2 a cristianos no católicos, de modo que más del 40% de los asambleístas no pertenecían a los partidos liberales y conservadores, pero equivalían a casi el 60% de su conformación total.

Lo anterior ha llevado a afirmar a algunos que “...los antecedentes de los 70 miembros de la Asamblea muestran que muchos de ellos habían ocupado con anterioridad po-

siciones importantes dentro del Estado. En realidad, puede considerarse que buena parte de ellos se ajusta a la ‘clase política’ en el sentido peyorativo con que con este término se ha utilizado en los eventos políticos recientes del país”¹⁸.

¹⁷ Matías, Sergio en “La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” en Bogotá D.C Colombia, (N° 44): 29-44. Junio 2016.

¹⁸ Matías, Sergio, op. cit.

3. FUNCIONAMIENTO, ACTOS E IMPACTO DE LA ANC EN VENEZUELA Y EN COLOMBIA

3.1 Actuaciones y decisiones de la ANC: actos constituyentes y redacción del texto constitucional

Venezuela

El 3 de agosto de 1999 se instaló la ANC y el 8 de agosto comenzó a sesionar para preparar y poner en vigencia de inmediato su Estatuto de Funcionamiento. En tal Estatuto, la ANC -con mayoría chavista- se autoproclamaría soberana y originaria, es decir, desvinculada de cualquier normatividad existente, con poderes ilimitados y por encima de los poderes constituidos, declarando expresamente que todos los poderes quedaban “subordinados” a la ANC.

Estableció además que las decisiones sobre la nueva constitución se tomarían por mayoría absoluta (mitad más uno) de los asistentes, siendo el quorum obligatorio para sesionar la mitad más uno. Así, cualquier decisión podía quedar aprobada por el 25% de los representantes de la ANC.

La declaratoria de “originaria” en el caso venezolano no fue simbólica, ni para evitar someter a referéndum el texto constitucional que fuese elaborado por la ANC. Se declaró de esa manera, en línea con lo expuesto en la introducción de este informe, para proceder a dictar los llamados “actos constituyentes”, entre otros más, los contenidos, por ejemplo, en el “Decreto mediante el cual se declara la Reorganización de todos los órganos del Poder Público”, de 12.08.99; el “Decreto del Régimen de Transición del Poder Público” de 22.12.99 y el “Estatuto Electoral del Poder Público” de 30.01.00. De este modo, se materializó lo que algunos consideran un golpe de Estado¹⁹.

Mediante estos “actos constituyentes”, dictados por la ANC luego de declararse a sí misma “originaria” y lograr el reconocimiento de tal condición en una parte de la sociedad venezolana y en las autoridades responsables del

orden público en el país (militares, policías, jueces, fiscales, etc.), la ANC avanzó en su plan de intervención y disolución de los poderes públicos, de intervención de autoridades regionales y municipales, aprobación de leyes orgánicas “supraconstitucionales”, designación de personas para ocupar los cargos creados por la nueva Constitución y la adopción de reglas “supraconstitucionales”.

Tan grave como la intervención y disolución o control de los órganos del poder constituido (congreso, tribunales, alcaldías, etc.) fue la puesta en vigencia de una serie de normas. Estas, además de regular el régimen de transición que debía permitir el paso de la constitución a derogarse a la nueva constitución por aprobar -tema que debe estar en las disposiciones transitorias de la nueva constitución y ser aprobadas por las personas en plebiscito-, estarían vigentes, con rango superior a la Constitución, por tiempo indefinido, esto es, sin la posibilidad de ser derogadas por otras normas dictadas por el nuevo poder legislativo, ya que éste no dicta normas de rango supraconstitucional. Todo ello a través de los actos constituyentes. Estos actos se dictaron entre agosto de 1999 y enero de 2000.

El 15 de diciembre de 1999, luego de un mes de terminada la discusión por la ANC, el texto sancionado, con más de 300 artículos, se sometió a elección popular. No sólo con poco tiempo para que la gente pudiera conocer y analizar el texto que sería sometido a consulta, sino que las elecciones se hicieron en medio de la conocida “tragedia de Vargas” que devastó a la región aledaña a Caracas dejando a miles de muertos y familias sin hogar.

Con una abstención del 54,74% de los electores inscritos en el registro y un padrón electoral que superaba los diez

¹⁹ Brewer-Carías, Allan R. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

millones de inscritos, la nueva Constitución quedó aprobada por casi 3 millones de votos. La Constitución se publicó en la gaceta oficial de Venezuela el 30.12.99 y se volvió a publicar el 24.03.00 con inclusión de la Exposición de Motivos que, hasta ese momento, incluso quienes votaron por el nuevo texto constitucional, no conocían. La excusa para esta reforma ilegítima del texto, que sufrió importantes modificaciones entre el 15.12.99, el 30.12.99 y el 24.03.00, fueron “errores materiales del ente emisor”.

El mismo día que se sometió a referéndum el nuevo texto constitucional, si no mucho antes -por ejemplo, al remitir al CSE el texto para la preparación del referéndum-, la ANC debió cesar en sus funciones, es decir, debió quedar disuelta al haber cumplido su objeto. Pero en lugar de ello, siguió funcionando, dictando más actos constituyentes y hasta una “exposición de motivos” por los que era contraria a normas de la Constitución aprobada, hasta el 30.01.00.

Ello se debió, entre otras razones, a que en las bases del referéndum del 25.04.99 no quedó definido con detalle, ni el período máximo de funcionamiento de la ANC, ni tampoco el momento en el que se entendería que dicha instancia cesaría en sus funciones por cumplir con su objeto, esto es, con su propósito.

Colombia

Es importante destacar que en el caso colombiano se predicó el carácter “constituido” de la ANC en el decreto legislativo No. 1926. Sin embargo, ello no impidió que luego la ANC se asumiera como un poder originario, ejercicio del poder constituyente, y exenta del control de los poderes constituidos, y sólo limitada políticamente por los lineamientos previstos en los “Acuerdos Políticos” impulsados por el presidente Gaviria, anexados al decreto de convocatoria referendaria.

Al estar “controlada” dada su composición por la “clase política tradicional”, cabe indicar que ese carácter constituyente u “originario” de la ANC no tenía por finalidad el permitirle dictar actos contra los poderes constituidos, como ocurrió en Venezuela, sino justificar la ausencia de un referéndum de aprobación final del texto constitucional sancionado por la ANC. Esto, porque siendo la ANC el pueblo mismo actuando como poder constituyente originario, era innecesario someter “nuevamente” al pueblo la aprobación mediante referéndum.

En efecto, convocada al inicio como Asamblea Constitucional por el decreto legislativo No. 1926, el 05.02.90 inició sus sesiones y el 09.05.91 se declaró ANC, por medio del acto constituyente No. 1 de esa fecha. Ese acto declaró: “Artículo 1o. Tienen carácter constitucional las disposiciones contenidas en el reglamento de la Asamblea Nacional

Constituyente, así como sus modificaciones y adiciones. Artículo 2o. Los actos que sancione y promulgue la Asamblea Nacional Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno”. Su trabajo se llevó a cabo entre el 5 de febrero y 4 de julio de 1991.

El 04.07.91, la ANC, clausurada por su principal impulsor, el presidente César Gaviria, sancionó la Constitución Política de Colombia, y la promulgó (publicó) el 06.07.91. Entró en vigencia ese mismo día y con ello quedó derogada la Constitución de 1886 que, a diferencia de la vigente Constitución de Chile, estuvo “originalmente orientada por los principios del liberalismo lasseferiano, [y] posteriormente por el intervencionismo de Estado en la economía”²⁰, de modo que una razón para su modificación no fue el contar con normas que ampliaran la intervención del Estado en la economía y la sociedad, pues ello lo permitía esa Constitución derogada, igual que lo permitía la Constitución de Venezuela de 1961.

3.2 Los textos constitucionales resultantes de los procesos constituyentes

Venezuela

El texto constitucional de 1999 fue un traje a la medida del proyecto revolucionario de Hugo Chávez, quien logró establecer en él tanto las competencias como las instituciones que le permitieron, con apariencia de derecho, implementar en Venezuela un régimen autoritario y contrario a toda democracia moderna. Todo lo democrático, liberal y participativo que se pueda encontrar en ese texto, fue rápidamente anulado o desnaturalizado a través de la incontable cantidad de decretos presidenciales con rango de ley que, primero Chávez y luego Nicolás Maduro, han dictado entre 1999 y 2019.

La reelección presidencial, los fueros militares, el control de la economía, el presidencialismo, el centralismo y la implementación del socialismo del siglo XXI bajo la denominación “bolivarianismo” que adoptó ese texto, fueron instrumentos de batalla política para el régimen emergente de la ANC de 1999, y al mismo tiempo elementos que evidenciaron lo poco de Constitución que tenía ese texto.

Justo por lo anterior, es de sentido común suponer que ese texto de 1999 no brindó a Venezuela estabilidad, efectividad y seguridad ante el poder. Primero porque son innumerables las “sentencias” de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las que el espíritu, letra y fin de ese texto, en especial allí donde era favorable a las personas y la democracia, fue desconocido o torcido, para justificar el proceder autoritario del régimen revolucionario²¹. Segundo, por-

²⁰ Matías, Sergio, op. cit.

²¹ Al respecto ver Herrera Orellana, Luis Alfonso y otros. *El TSJ al Servicio de la Revolución: la toma, los números y los criterios del TSJ venezolano* (2004-2013). Caracas: Editorial Galipán, 2014.

que actualmente y desde el año 2017 se instaló una nueva Asamblea Constituyente²², promovida por Nicolás Maduro y que de inmediato se declaró originaria y por encima de los poderes constituidos.

Cabe señalar que en la C99 se fijó el procedimiento para convocar Asambleas Constituyentes, procedimiento que fue desconocido por Maduro al convocar la actual ANC, pero que de haberse cumplido habría igualmente contradicho el espíritu de toda Constitución el cual es su permanencia en el tiempo, lo que otorga estabilidad a los ciudadanos que no pueden vivir constantemente en procesos de cambios de las bases de su institucionalidad.

Asimismo, a través de los decretos leyes presidenciales y, en especial, a través de los llamados Plan Socialista de la Patria I y II, la Constitución de 1999 no ha tenido real aplicación, estando así en la categoría de constitución semántica que el constitucionalista Karl Löwenstein reservó a aquellos casos en que la letra del texto no tenía correspondencia alguna con la realidad a la que supuestamente se aplicaba.

Colombia

El texto constitucional de 1991 es reflejo de las circunstancias nacionales e internacionales que dieron lugar a la vía constituyente colombiana. También la correlación de fuerzas que integró la ANC. De allí que algunos destaquen su "naturaleza contradictoria", ya que, en su versión original, junto a un importante catálogo de derechos sociales y mecanismos de acción "social" del Estado, se introdujeron contenidos que respondían a exigencias de los organismos multilaterales prestamistas.

Entre otros, expertos como César Rodríguez, citado por Matías Camargo²³, afirma que en este texto se observa una coexistencia del "neoliberalismo global" y del "neoconstitucionalismo global", el cual encuentra en el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano su versión regional (derechos sociales, democracia participativa y protagónica, reconocimiento de pueblos originarios o Estado plurinacional, Estado director de la economía, justicia constitucional progresista y activista, etc.).

En cuanto a la estabilidad, efectividad y legitimidad de la Constitución colombiana de 1991, cabe inferir que ha sido bastante pobre en general, pues mientras la Constitución de 1886 tuvo hasta 70 reformas en 104 años de vigencia, la de 1991 ha sufrido 52 reformas en tan sólo 28 años, entre otras razones, porque esas reformas tienen un procedimiento de aprobación muy flexible y no están sujetas para su validez jurídica a la aprobación mediante referéndum, es

sólo el Congreso el que las elabora y aprueba, debilitando con ello la necesaria rigidez y supremacía de la Constitución, y acercándola a la noción de "constitución desechable" en los términos del historiador Niall Ferguson.

3.3 Balance general de los textos constitucionales aprobados

No es factible en este informe realizar una comparación normativa y de aplicación de cada uno de los textos constitucionales resultantes de los procesos constituyentes de 1999 en Venezuela y de 1991 en Colombia.

Sin embargo, es posible destacar la presencia, en ambos textos, de algunas disposiciones normativas que, en mayor o menor medida, permiten explicar por qué en esos países el desarrollo económico y social ha sido imposible -Venezuela- o mucho más moderado -Colombia- que el logrado en Chile, y así poder reflexionar en torno a la inconveniencia que sean incluidas disposiciones similares en una hipotética nueva constitución chilena.

En Venezuela se incluyeron en la Constitución de 1999 artículos como los siguientes:

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta.

Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.

²² Sobre esta situación ver García Soto, Carlos. "La Asamblea Nacional constituyente en Venezuela. Origen y situación actual de un proceso fraudulento" en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, No. 14, 2017.

²³ Matías, Sergio, op. cit., p. 40.

Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.

Artículo 304. Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.

Por su parte, en Colombia se incorporaron artículos como los que se citan a continuación:

Artículo 49 (modificado por el Acto Legislativo 2 de 2009, artículo 1°). La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.

Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberán indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Si ya la incorporación populista de “derechos” de prestación, de cuotas o de contenido indeterminado era un grave problema que generaban estas constituciones, la inclusión de las disposiciones citadas agrava mucho más la situación. Cada una de ellas, además de debilitar la protección jurídica de la libertad económica y la propiedad privada en tanto derechos fundamentales de la persona esenciales en su ejercicio para lograr el bien común, otorga a los Estados -y más en concreto a los gobiernos-, poderes casi ilimitados para intervenir en la economía, no para regularla sino para dirigirla, organizarla y en definitiva, someterla a los fines de la clase política que en cada momento histórico ostente el poder político, mediante la reserva -creación de monopolios estatales por ley-, y/o mediante la instrumentalización de la propiedad de las personas.

Es casi imposible que tales poderes no sean atribuidos por asambleas constituyentes a los Estados, ya que en ellas, en realidad, operan actores con vocación de poder que a futuro, en forma directa o indirecta, esperan ejercer esos poderes en su propio beneficio y en el de sus sectores aliados, así como en perjuicio de sus adversarios políticos, por lo que carecen de incentivos reales para incluir en la constitución lo que en ella es indispensable que esté: reglas que limiten el poder del Estado en beneficio de las personas, los grupos intermedios y el Estado de Derecho. La economía es una de las áreas que en esos límites debe existir desde el texto constitucional.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En ambos procesos se observa la creencia generalizada en la sociedad de que se estaba viviendo una crisis terminal del sistema político imperante, que estaba en riesgo la existencia misma de la nación y que sólo acudiendo a una vía extraordinaria muy potente, capaz de renovar la esperanza -las emociones- en las personas se podía “salvar” al país.

Tal creencia, unida al rechazo a aceptar la tesis más verosímil de que el problema estaba tanto en la dirigencia política del momento, como en el tipo de políticas públicas y legislación aplicadas en cada país, potenció en venezolanos y colombianos la urgencia de hallar una fórmula total y efectiva, casi mágica, que permitiera la renovación de la dirigencia política y la adopción de normas que solucionaran los problemas sociales, siendo esa fórmula la “vía constituyente”.

Tanto en Venezuela, como en Colombia, la vía constituyente operó como mito político moderno, racionalista y voluntarista, acerca de cómo llevar a cabo la refundación política de una sociedad frente a un orden político ilegítimo imperante, ante el cual aquella surge -desde la soberanía popular fuente de toda legitimidad superior- como subordinada e ilimitada en cuanto a su poder de decisión.

En los dos casos examinados la vía constituyente surgió al margen y en contra del sistema político, siendo evidencia de ello el que en ninguno de los dos países la figura de la ANC estaba contemplada en la Constitución vigente para el momento en que dicha vía se activó.

La gran diferencia entre ambos casos, a pesar de esta vocación antisistema de la propuesta constituyente, es que en Venezuela se mantuvo con ese carácter hasta el final por surgir de un proyecto político revolucionario que no logró ser sofocado ni absorbido por el sistema político imperante, en tanto que en Colombia el carácter antisistema se debilitó al punto de ser absorbida por el sistema político imperante la propuesta constituyente, gracias a que, de fondo, era contra la violencia más que contra ese sistema, que surgió esa propuesta.

Mientras en el caso venezolano el carácter antisistema de la propuesta se afianzó tanto en el plano simbólico como sobre todo en el práctico, debido a la negativa de la clase política a asumirlo como realidad política y a participar en él, en parte porque el blanco a liquidar por la vía constituyente era esa misma clase política, en el caso colombiano ese carácter se mantuvo en el plano simbólico, pero se debilitó en el nivel práctico, al ser asumido y en gran medida conducido el proceso constituyente por la misma clase política tradicional, a través del partido liberal y del partido conservador, los cuales lograron mostrarse como parte de los aliados de la ciudadanía en la superación de los graves problemas políticos y sociales del país.

Aunque la vía constituyente se activó sin que las Constituciones de 1961 de Venezuela y de 1886 de Colombia lo permitieran, y por lo tanto, podría considerarse que en ambos casos se actuó de hecho y no de derecho, con ruptura del orden institucional, sólo en el primer caso se verificó tal ruptura y no así en el segundo, siendo ello la explicación principal si se quiere saber por qué luego de 1999 en Venezuela se instauró un régimen que fue de a poco liquidando la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales; mientras que en Colombia continuó funcionando un sistema democrático con división de poderes y respeto en general a los derechos de la persona.

En Venezuela la ruptura del orden constitucional se produjo cuando en la práctica la ANC como poder constituyente “originario” dictó y ejecutó actos contra el poder constituido. En Colombia esa ruptura no ocurrió, en parte porque se utilizó políticamente el estado de sitio vigente en ese país para darle base jurídica al proceso y por ser sólo simbólica y no práctica la declaratoria de “originaria” de la ANC de 1991, pues con ello sólo se buscó evitar tener que someter a referéndum aprobatorio el texto constitucional sancionado por la ANC y no dictar actos constituyentes contra el poder constituido, con miras a instaurar un nuevo sistema político revolucionario.

La razón última de por qué en Venezuela el proceso constituyente careció de límites y terminó siendo revolucionario,

de ruptura con el antiguo orden institucional y dando paso a un Estado autoritario; y por qué en Colombia ese proceso no condujo a un resultado similar, es básicamente política y no jurídica.

En el primer caso, el Presidente que conducía el proceso tenía fines revolucionarios, la clase política tradicional no participó en él y las instituciones que debían presionar para que en las bases de elección y funcionamiento sometidas a referéndum se limitara el futuro poder de la ANC no ejercieron esa presión. En el segundo caso, el Presidente que lideró el proceso no tenía fines revolucionarios, la clase política participó en él y las instituciones que debían presionar para que se mantuviera dentro de causas institucionales hicieron su trabajo, de modo que fueron los "Acuerdos Políticos", impulsados por César Gaviria, los que impidieron futuros excesos de la ANC.

Los textos constitucionales resultantes de ambos procesos constituyentes resultan de baja calidad y no han brindado estabilidad institucional ni a Venezuela ni a Colombia. Ello, a pesar del abultado catálogo de derechos sociales, ambientales, de pueblos originarios, etc., que ambos textos reconocen, así como de la cantidad de poderes que atribuyen a los gobiernos de esos países para intervenir en la economía y dirigirla, según la ideología política que esté en el poder.

En el primer caso, porque la Constitución de 1999, a pesar de su centralismo, estatismo económico y militarismo, no era el instrumento revolucionario que en realidad necesitaba el proyecto de Hugo Chávez, sólo ofrecía tiempo y algunas vías para avanzar en ese proceso, a través del control político de la Sala Constitucional y de la reelección presidencial, pero muy pronto se volvió insuficiente y por ello, la propuesta en 2007, del mismo Chávez, de reforma -en realidad nueva Constitución- del texto por él apoyado en 1999, y luego la urgencia de aprobar mediante referéndum una enmienda en 2009 para lograr la reelección presidencial indefinida.

En el segundo, porque la Constitución de 1991, de un lado, es un documento contradictorio, que contiene dos formas diferentes y excluyentes entre sí de comprender el rol del Estado, los derechos y la sociedad, en tanto producto no de una deliberación racional, democrática, pública y participativa, como pontifican los defensores de las vías constituyentes, sino de pactos políticos y compromisos basados en intereses concretos, ajenos a la real finalidad jurídica de una Constitución; y de otro, porque permite su modificación por una vía bastante sencilla de activar para el poder constituido, a través del Congreso de la República, al punto que ya ha sido objeto de más de 50 reformas.

La experiencia constituyente venezolana puede considerarse muy negativa, en tanto implicó una ruptura institucional y sirvió de instrumento para la consolidación de un régi-

men autoritario de concentración ilimitada en el tiempo del poder; mientras que la colombiana podría valorarse como positiva, en tanto no implicó una ruptura tal y no dio paso a la instalación de un régimen contrario a la democracia y derechos fundamentales. Sin embargo, ambas experiencias han resultado negativas.

El enorme sacrificio para las dos sociedades en tiempo, recursos e inseguridad jurídica para soportar un proceso constituyente y la elaboración de un nuevo texto constitucional, no ha supuesto en los hechos mejor calidad de vida para los ciudadanos, mayor estabilidad institucional y mucho menos la solución de los problemas sociales que, supuestamente, ayudarían a superar.

Mientras en Venezuela la pobreza, la inseguridad, la corrupción y la perversión política han crecido exponencialmente y se la han sumado otros problemas muy graves, en Colombia la violencia política, el narcotráfico, la pobreza, la inseguridad, el problema de los servicios, entre otros, continúan, debiendo destacarse que las mejoras logradas en algunas ciudades o regiones de este país en algunas de estas materias, se deben más a la buena gestión de autoridades regionales o locales que al contenido de la Constitución de 1991.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aveledo, Ramón Guillermo, "Sobre los riesgos de reformar la Constitución por medio no establecido en ella (visión del proceso constituyente venezolano de 1999), en Jesús María Casal y Alma Chacón Hudson (Coord.), *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- Brewer-Carías, Allan R. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Brewer-Carías, Allan R. *Poder Constituyente Originario y Asamblea Nacional Constituyente. Comentarios sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la naturaleza, la misión y los límites de la Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1999.
- Bushnell, David, Colombia. *Una nación a pesar de sí misma. Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy*. Bogotá: Editorial Planeta, 2001.
- Carrió, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- Castaño, Sergio Raúl. *El Poder Constituyente entre Mito y Realidad*. Santiago: Universidad Santo Tomás, 2016.
- Cepeda Ulloa, Fernando. *Fortalezas de Colombia*. Bogotá: Editorial Ariel, 2004.
- Contreras Vásquez, Pablo y CODDOU MACMANUS, Alberto, "Nueva constitución y asamblea constituyente la experiencia de 'Marca tu voto'", en *Anuario de Derecho Público*, N.º. 1, 2014.
- De la Calle, Humberto. *Contra todas las apuestas. Historia íntima de la constituyente de 1991*. Bogotá: Planeta, 2004.
- De Vega, Pedro. *La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.
- Garzón Martínez, Camilo Andrés, "La génesis de la Constitución Política de Colombia de 1991 a la luz de la discusión sobre el Mito Político", en *Desafíos*, Bogotá, (29-1): 109-138, semestre I de 2017. Consultado el 30.11.19 en: <https://bit.ly/357rycG>
- Hernández-Mendible, Víctor Rafael, "Contribución del Poder Judicial a la desaparición de la Constitución, de la democracia y el Estado de Derecho", en Jesús María Casal y Alma Chacón Hudson (Coord.), *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- Herrera Orellana, Luis Alfonso y otros. *El TSJ al Servicio de la Revolución: la toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*. Caracas: Editorial Galipán, 2014.
- Matías Camargo, Sergio Roberto, "La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano", en *Diálogo de Saberes: investigaciones y ciencias sociales*, No. 44, 2016. Consultado el 30.11.19 en: <https://bit.ly/35aFUJm>
- Noguera-Fernández, Albert, y CRIADO DE DIEGO, Marcos, "La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina", en *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 13, Núm. 1 (2011). Consultado el 30.11.19 en: <https://bit.ly/2NZknh0>
- Noria, Omar. *La teoría de la representación política del abate Sieyès. La idea de la voluntad constituyente*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1999.
- Pace, Alessandro, "Muerte de una Constitución (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999)", en *Revista Española de Derecho Constitucional* No. 57 (Septiembre/Diciembre 1999).
- Pereira Meneaut, Antonio-Carlos. *Teoría Constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur, 1998.
- Piacenza, Eduardo, "¡Cuidado con la lógica! A propósito de un argumento de Alf Ross", en Ramón Escovar León (edit.), *Libro de Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, tomo II. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2001.
- Piacenza, Eduardo, "Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n.º 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica", en Roque Carrión (comp.), *Crisis y acción política, Valencia: CELIJS, Facultad de Derecho*, Universidad de Carabobo, 2000.
- Viciano, Roberto. y MARTÍNEZ, Rubén, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Roberto Viciano y Rubén Martínez (comp.), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.



LIBERTAD Y DESARROLLO