



Una constitución inmaculada: una aproximación al desmembramiento constitucional

An Untainted Constitution: An Approach to Constitutional Dismemberment

Uma constituição imaculada: uma abordagem sobre o desmembramento constitucional

Milton César Jiménez Ramírez*

* <https://orcid.org/0000-0003-1149-4723>. Universidad de Caldas, Colombia.
miltonjimenezabogado@gmail.com

Recibido: 24/06/2024. Enviado a pares: 25/07/2024
Aceptado por pares: 28/02/2025. Aprobado: 26/03/2025

DOI: 10.5294/dika.2025.34.1.3

Resumen

No es una derrota del constitucionalismo que las constituciones puedan y deban ser enmendadas e incluso suprimidas. Se trata de algo natural. El fin de una constitución no puede ser impedir la lectura, crítica, análisis y cambios de las generaciones del futuro; empero, resulta pertinente guiarse por la institucionalidad del cambio, esto es, su legalidad y legitimidad como pauta para su admisión en un Estado democrático y de derecho. Este trabajo tiene como objeto analizar la figura del desmembramiento constitucional, como un fenómeno que describe un cambio constitucional excesivo, capaz de adoptar transformaciones extremas respecto del proyecto original de la constitución, en su estructura, derechos e identidad. Para ello, partiendo de un ámbito general, se introducirá la idea de la constitución como un objeto y una obsesión, y su relación con la posibilidad de realización de una reforma o supresión constitucional. Posteriormente, se identificará el concepto de desmembramiento constitucional propuesto por Richard Albert, específicamente para evidenciar que el carácter de la constitución como código abierto no implica admitir cualquier cambio, lo que debe motivar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional; así mismo, brevemente se propondrá la necesidad de acompañar la garantía jurisdiccional de la constitución con un esquema de evaluación integral del cambio constitucional y un tópico necesario para su diseño. En otro aparte, se determinarán algunos casos generales que podrían generar la inconstitucionalidad de un cambio constitucional por desmembramiento. Se concluirá sobre la necesidad de construir una legitimidad progresiva del cambio constitucional desde las bases de la constitución, la deliberación y el Estado de derecho.

Palabras clave

Cambio constitucional; desmembramiento; constitución; legitimidad.

Abstract

It is not a defeat of constitutionalism that constitutions can and should be amended and even abolished. This is a natural process. The purpose of a constitution should not prevent the reading, criticism, analysis and changes of future generations; however, it is crucial to be guided by the institutional framework for change—meaning its legality and legitimacy—as a standard for its acceptance in a democratic, rule-of-law state. The purpose of this paper is to analyze the figure of constitutional dismemberment, a phenomenon that describes an excessive constitutional change, one capable of adopting extreme transformations with respect to the original project of the constitution, either in its structure, rights, and identity. To this end, starting from a general scope, the idea of the constitution as an object and an obsession and its relationship with the possibility of carrying out a constitutional reform or suppression will be introduced. Subsequently, the concept of constitutional dismemberment proposed by Richard Albert will be identified, specifically to show that the character of the constitution as an open code does not imply admitting any constitutional change, which should motivate the unconstitutionality of a constitutional reform; also, the need to accompany the jurisdictional guarantee of the constitution with a scheme of integral evaluation of constitutional change and a necessary topic for constitutional design will be briefly proposed. In another section, some general cases that could generate the unconstitutionality of a constitutional change by dismemberment will be determined. This paper will conclude on the need to build a progressive legitimacy of constitutional change from the foundations of the constitution, deliberation and the rule of law.

Keywords

Constitutional change; dismemberment; constitution; legitimacy.

Resumo

Não representa uma derrota para o constitucionalismo o fato de as constituições poderem e deverem ser alteradas ou até mesmo revogadas. Trata-se de algo natural. O objetivo de uma constituição não pode ser o de impedir que as gerações futuras a leiam, critiquem, analisem e modifiquem; no entanto, é pertinente que tais mudanças se orientem pela institucionalidade do processo de alteração constitucional, ou seja, por sua legalidade e legitimidade, como critério para sua admissibilidade num Estado de Direito democrático. Este artigo tem como objetivo analisar a figura do desmembramento constitucional, compreendido como um fenômeno que descreve uma mudança constitucional excessiva, capaz de produzir transformações extremas no projeto original da constituição --, quer em sua estrutura, quer em seus direitos ou em sua identidade. Para isso, parte-se de uma perspectiva geral, introduzindo a ideia de constituição como objeto e obsessão, e a sua relação com a possibilidade de reforma ou supressão constitucional. Em seguida, apresenta-se o conceito de desmembramento constitucional proposto por Richard Albert, com o intuito de demonstrar que o caráter da constituição como código aberto não implica aceitar qualquer mudança constitucional -- o que deve motivar a inconstitucionalidade de uma reforma constitucional. Também se propõe, ainda que brevemente, a necessidade de acompanhar a garantia jurisdicional da constituição com um modelo de avaliação integral da mudança constitucional, bem como a consideração de um tópico fundamental para seu delineamento. Numa seção específica, apontam-se alguns casos paradigmáticos que podem conduzir à inconstitucionalidade de uma mudança constitucional por desmembramento. Conclui-se defendendo a necessidade de construir uma legitimidade progressiva das transformações constitucionais, fundamentada na própria constituição, na deliberação democrática e no Estado de Direito.

Palavras-chave

Mudança constitucional; desmembramento; constituição; legitimidade.

Sumario: Introducción. La constitución como objeto y obsesión. 1. Desmembramiento constitucional. 1.1. ¿Un código incompleto admite cualquier respuesta? 1.2. Un paradigma complementario: el guardián al evaluador de la constitución. 1.3. ¿Quién podría evaluar la constitución? 1.4. Evaluación de la constitución como actividad institucional y cooperativa. 2. Cambio constitucional inconstitucional por desmembramiento. 3. Conclusión. ¿Puede ser legítimo un desmembramiento constitucional? Bibliografía.

Introducción. La constitución como objeto y obsesión

Las constituciones se han consolidado como un instrumento común de la vida política en múltiples sociedades;¹ su labor central consiste en definir los principios fundamentales para el funcionamiento del Estado, el control de los poderes público y privado, y la garantía de los derechos humanos. La constitución debe expresar una cualidad básica para garantizar las relaciones horizontales entre los ciudadanos y las instituciones; debe contar con una estructura y división para el poder público,² un sistema de pesos y contrapesos, un diseño institucional para la administración pública y para el ordenamiento territorial, y las garantías necesarias para hacer primar el poder civil sobre el poder militar, así como asegurar la transmisión del poder institucional entre los ciudadanos y el desarrollo de la ley de forma general, impersonal y abstracta³; esto es, un Estado de derecho, una lógica racional para garantizar servicios básicos para la coexistencia social y modular el monopolio de la fuerza estatal⁴ y, a la par, justificar toda acción desde la vigencia de los derechos humanos y la democracia. El Estado de derecho debe asegurar la existencia de procedimientos para la adopción de decisiones por el poder instituido, desde sus competencias y conforme a los mecanismos establecidos; es la legalidad mínima que debe imponer una organización sociojurídica para fomentar su legitimidad y vigilancia.

Es un diseño clásico que ha sido precisado y mutado después de la Segunda Guerra Mundial, y que cada práctica trata de afianzar o transformar. Es un dilema: replicar el modelo para cualquier sociedad, o que cada sociedad aplique y modifique el modelo según su idiosincrasia. Puede ser un constitucionalismo por trasplante o por mutación –las prácticas son impredecibles–, no un resultado necesario fruto de aplicar un diseño. De hecho, la constitución no asegura tener constitucionalismo o una cultura institucional, pues el elemento central para que el diseño florezca es el principio democrático, como garantía de la difusión del poder en la población, su capacidad de autogobernarse, participar y deliberar.⁵ Este principio puede evidenciar el éxito de la constitución y

1 Mark Tushnet, *¿Por qué la constitución importa?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

2 Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, México, Editora Nacional, 1952.

3 Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 28.

4 Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 2008, pp. 1056-1060.

5 Robert Dahl, *La democracia y sus críticos*, Buenos Aires, Paidós, 1991, pp. 386-392.

la cultura que requiere para su realización. Olvidamos que las constituciones deben ser creadas, aprobadas, promulgadas, modificadas y suprimidas desde la democracia. Este es el sentido de la constitución como objeto.

Las creencias en torno a este objeto, bien una cultura afianzada, la militancia política, el impulso social o las tensiones u opiniones entre algunos sectores institucionales y sociales, pueden convertir a la constitución, de ser objeto a una obsesión. Esa obsesión se puede expresar en decisiones políticas, administrativas, legislativas o judiciales, o en opiniones sociales, que buscan que las decisiones públicas se adecuen a la constitución y que reconozcan su primacía normativa, institucional y axiológica. Empero, también desde diversos sectores se puede impulsar su inalterabilidad (una especie de mutación en pro de la petrificación) que trata de salvaguardar los principios, las instituciones y restricciones que se estiman como una conquista social (por ejemplo, el caso de Colombia con la Constitución de 1991); se cree que la constitución podría ser ofendida o desconocida por el otro, el contrario, el opositor. Se podría predicar que todos interpretan la constitución, que se requiere una sociedad abierta de intérpretes constitucionales,⁶ pero existen tesis que pueden atentar contra la constitución y la forma como se concibe.

Esto presenta a la constitución como un ámbito de interés, lo que es apropiado en una sociedad democrática; el punto crítico puede estar en que el creyente, defensor o militante no llegue a admitir el deber de convencer o de tolerar ser convencido, y, en su lugar, se convierta en un defensor extremo e irreflexivo, o al menos poco dúctil, que no evalúa ni critica la constitución y su diseño, independiente de su ejecución en la vida real, lo que puede hacer que la obsesión entregue niveles de abstracción y demagogia, pese a la corrección de lo que se invoca. Se puede usar la constitución como justificación abierta, como fundamento suficiente para adoptar cualquier decisión, pero si no se acompaña de medios propios de la política ordinaria para consolidar los fines constitucionales, o una política constitucional,⁷ se terminará impidiendo la comunicación y la generación de síntesis para construir la versión más democrática e institucional posible de la constitución, aún más en comunidades políticas como las latinoamericanas.

Una parte fundamental de una constitución como instrumento de control del poder y garantía de los derechos de las personas y para la coexistencia social, es establecer procedimientos y órganos competentes para adoptar decisiones con la racionalidad y razonabilidad más alta posible. Así, el problema de obsesionarse con la constitución será generar su inalterabilidad, y su virtud será advertir y controlar cualquier episodio de constitucionalismo abusivo.⁸ La in-

6 Peter Haberle, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, pp. 63 y ss.

7 Bruce Ackerman, *We the people: foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

8 David Landau, "Abusive constitutionalism", *U.C Davis L Rev.* 47 (2013). El constitucionalismo abusivo puede definirse como un fenómeno propio de la erosión democrática y del desplazamiento social e institucional de

alterabilidad puede llevar a dogmatismos, una constante reticencia y sospecha frente al cambio constitucional, justo uno de los componentes esenciales de la constitución. Tal situación puede ser dañina frente a la evaluación de la carta como un elemento necesario, pero poco material, de la práctica constitucional. Así, si la constitución es un bien público, una cosa pública, por qué sus titulares y destinatarios no pueden reformarla, repensarla constantemente, para constituirse como evaluadores naturales bajo los conductos institucionales establecidos, en un poder popular como constituyente originario, o en un poder instituido como poder constituyente derivado, en todo caso atados o restringidos por la ética de la constitución⁹ y el Estado de derecho.¹⁰

El diseño de la constitución, la estructura, la identidad, la filosofía y los derechos explícitos e implícitos en ella, e identificados de forma pública y objetiva, muestran las posibilidades de desarrollo y cambio constitucional; y, alternamente, que no cualquier proyecto de realización constitucional, o de reforma o supresión, puede ser admisible. El fin de este trabajo será evidenciar el desmembramiento constitucional, la posibilidad de las reformas constitucionales extremas, aquellas que desconocen la estructura, la identidad, los derechos definidos en la constitución de forma tan desmesurada que en la práctica equivalen a una nueva constitución.¹¹ Aun así, esta posibilidad no puede generar una veneración o un carácter inmaculado de la constitución, sino la comprensión de que el cambio constitucional es un fenómeno común, necesario y reglado para evaluar la carta y su capacidad para convertirse en realidad, controlar los factores reales de poder y garantizar los derechos de la población. La única respuesta frente al desmembramiento constitucional, frente a reformas manifiestamente inconstitucionales, u otros fenómenos, no puede ser la veneración y la inalterabilidad, el rechazo y la ausencia de contradicción. No significa que la constitución no deba ser cuidada, debe ser preservada por quienes lo estimen, pero también puede ser criticada y evaluada; esto supone la persistencia en el diálogo incluyente, informado y transparente para cons-

la constitución. La constitución se instrumentaliza y se cumple formalmente para instaurar o desarrollar medidas y políticas que son contrarias a los valores, principios, filosofía e identidad de la constitución. Así, para asegurar la continuidad de determinadas fuerzas políticas en el poder a través de la reelección, se fomentan reformas constitucionales que, aunque cumplen con los procedimientos establecidos, imponen un estado de cosas que erosionan la constitución y los derechos de la ciudadanía y la oposición política. Tales fueron los casos de las reelecciones en Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela, etc.

9 En este escrito se usará la expresión “ética de la constitución” para ilustrar el impacto que los principios, valores y las directrices políticas, además de los derechos humanos que integran la constitución, deben generar sobre el comportamiento institucional, en particular de los servidores y operadores constitucionales, así como de los actores sociales. Esto supone que la constitución debe generar un patriotismo y un vínculo emocional para motivar un mejor servicio público y un carácter funcional de la carta, esto es, que sea práctica y útil para la resolución de problemas reales en los que las mayorías o los más fuertes se limitan o son limitados. A la par, una ética de la constitución se debe extender sobre la evaluación de las reformas constitucionales y sobre los resultados de la constitución como elemento primigenio del sistema jurídico y político.

10 Richard Albert, *Reformas constitucionales. Elaborar, romper y cambiar constituciones*, Chía, Universidad de La Sabana, 2023, pp. 347-350.

11 Albert, *Reformas constitucionales, op. cit.*, pp. 140-148. Richard Albert, “Constitutional Amendment and Dismemberment”, *YJIL* 43 (2018), pp. 2-84.

truir propuestas concretas que se sometan al procedimiento constitucional, lo que finalmente asegurará su legitimidad.

1. Desmembramiento constitucional

1.1 ¿Un código incompleto admite cualquier respuesta?

La reforma y la supresión de la constitución son una parte esencial de la carta, marcan un tránsito racional en su primacía normativa y en la organización y jerarquía del ordenamiento jurídico-político. Por ello, el diseño constitucional debe ser meticuloso en el establecimiento del poder de reforma y de supresión, sus competencias, procedimientos y decisiones. En todo caso, una exigencia de legitimidad sería el respeto por las formalidades establecidas en la constitución. Todo cambio debe partir de la propia constitución, salvo que esta impida el debido proceso democrático. Dadas las cosas, una constitución es un instrumento procesal para definir el intercambio de ideas e intereses sociales y adoptar decisiones y síntesis. El cambio constitucional es un tópico fundamental de cualquier comunidad política, por ello debe estar sujeto a un amplio e informado diálogo.

El poder de reforma no solo detenta una competencia, sino que debe hacerlo bajo estándares de debido proceso, transparencia, información, control y la más amplia deliberación. Se trata de un límite implícito de naturaleza ética. El poder de reforma puede expresarse por medio de mecanismos como el referéndum y la asamblea nacional reformativa, en los que los ciudadanos adoptan una decisión, o autorizan la reforma y eligen una serie de representantes; también el poder legislativo puede reformar la constitución a través de actos legislativos. Tal es la organización del poder de reforma en Colombia. Igualmente, el poder de supresión constitucional debe ser tramitado al interior del poder legislativo con una ley que convoca a los ciudadanos para definir si se aprueba la convocatoria de una asamblea para suprimir la constitución vigente y proceder a la creación de una nueva.

Los diseñadores de una constitución pueden pretender que esta sea inmaculada, intocable, o que lo sea en la menor medida posible, y que todas las pretensiones de rediseño a través de la reforma constitucional se modulen o desistan, pero esto es algo que paradójicamente reduce la democracia, la capacidad de los ciudadanos de decidir los asuntos más básicos de la vida en común, que sus titulares puedan transformarla o adoptar otros medios para dotarla de significados específicos, para no dejarla como un código abierto, genérico o abstracto.¹² A través de la democracia deliberativa se pueden discutir y definir

12 Albert, *Reformas constitucionales*, op. cit., pp. 201-234; 263-275.

los medios para realizar los fines, para establecer relaciones proporcionales, y saber día a día, generación tras generación, *qué es, para qué sirve y qué cosas se pueden hacer con la constitución.*

La tarea de un diseñador será definir con filigrana el debido proceso democrático para el cambio constitucional¹³ para, a través de la definición democrática del diseño constitucional, planear su cambio parcial o total para una democracia constitucional y deliberativa regulada por las reglas constitucionales, así como definir un espacio público para que se consolide la posibilidad de evaluar la constitución, es decir, interpretar, corregir, complementar y optimizar sus disposiciones. También un diseñador debe tomar medidas para evitar que se consolide el desmembramiento de la constitución, o el desvanecimiento de su diseño.¹⁴

La reforma constitucional no se trata solo de un diseño normativo, pues debe estar inspirado, impulsado y evaluado bajo un sistema de valores y principios. El concepto de desmembramiento constitucional propuesto por el profesor Albert evidencia un cambio constitucional por fuera de los fines y medios establecidos en la constitución, una decisión desproporcionada e ilegítima en términos normativos y políticos. Se trata de un cambio que no respeta los límites diseñados, las formas de desarrollo de la reforma o la supresión constitucional, ni los principios, valores y directrices políticas que sustentan la constitución.¹⁵ El desmembramiento posee una teoría de la constitución implícita. Las constituciones poseen una estructura, una identidad y unos derechos que deben ser preservados para mantener su integridad y vigencia, no para ser algo petrificado, intacto e inmaculado, sino para ser una obra intervenida por diversas generaciones y consolidar una obra colectiva. El desmembramiento se centra en la permanencia del Estado de derecho y en la ética del principio de legalidad, del reconocimiento, defensa y ejecución de los límites impuestos al poder de reforma y de supresión constitucional.¹⁶ Así mismo, en la

13 Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 63 y ss.

14 Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 84-92; 217-222; 150-153.

15 Richard Albert, *Formas y función de la enmienda constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 73-119.

16 Conviene señalar que los límites impuestos al poder de reforma constitucional (poder constituyente derivado) son de diversa naturaleza: i) procedimentales, ii) sustantivos. Los primeros se concentran en la satisfacción de los procedimientos, las mayorías, la publicidad y la deliberación requeridas por la constitución para ser reformada e incluso suprimida. Los segundos, en muchos casos no son expresos, como el caso de Colombia, que adolece de una cláusula que exprese cuáles son los principios esenciales de la carta, frente a lo cual se deben buscar fuentes objetivas, tales como el derecho internacional (la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano menciona la separación de poderes, la legalidad, las garantías para los derechos humanos y la democracia); la historia del Estado democrático constitucional; y la jurisprudencia constitucional. En cualquier caso, las doctrinas que promueven la posible declaratoria de inconstitucionalidad de las reformas constitucionales exigen que el proceso de reforma sea racional y razonable, y garante de la práctica constitucional. De otro lado, para el poder constituyente originario se dispone que los límites deben ser: i) procesales, pues deben agotarse para suprimir de la constitución las reglas por derogar, con el fin de mantener la regularidad del sistema constitucional; ii) sustantivos, frente a los cuales se ha entendido que tratándose del poder que instituye el orden jurídico no debe existir límite alguno, pero aun así debe someterse a los principios dispuestos en el derecho internacional.

concepción del proceso constituyente como un proceso público, responsable y deliberativo, ya que a partir de estas virtudes se construye la legitimidad democrática y sociológica.¹⁷

1.2 Un paradigma complementario: del guardián al evaluador de la constitución

El desmembramiento propone un esquema de evaluación de la constitución para identificar sus cualidades básicas y valorar las propuestas de cambio constitucional y su coherencia con la constitución vigente. También puede funcionar como un esquema evaluativo para encontrar el balance entre el plan normativo y los intereses políticos, económicos y sociales que impulsan la reforma o la supresión constitucional, y determinar su calidad, pertinencia y legitimidad. Esto supone que la evaluación del cambio constitucional por medio del desmembramiento constitucional exige concebir la democracia como una fuente de legitimidad fundacional, de materialización y de crisis para la constitución, a fin de determinar su carácter funcional y primacía democrática.¹⁸

El desmembramiento como esquema de evaluación general (social e institucional, no solo judicial) requiere instrumentos procesales para revisar cada etapa del proceso de cambio constitucional: sus fundamentos (fines y medios), lo procedimental (etapas y autoridad)¹⁹ y el resultado. Todo aquello que pueda afectar la ley fundamental en su estructura, la identidad y los derechos. Pese a esto, como muchas teorías sobre la constitución y su cambio, no poseen un esquema evaluativo sobre los resultados.²⁰ No existen procedimientos ni actores para determinar el rendimiento de la reforma, especialmente su utilidad, su impacto práctico en la coherencia normativa, sus efectos políticos y democráticos, su medición (datos) y deliberación integral, y, como consecuencia, si debe proponerse una nueva reforma para derogar, corregir, interpretar o complementar la propuesta inicial. Así, el poder de cambio constitucional debe estar sometido a un poder de revisión constitucional, que puede declarar la inconstitucionalidad de la reforma constitucional, e incluso de la convocatoria a un proceso de supresión, lo que el diseño tradicionalmente asigna a un guardián jurisdiccional,²¹ empero, el diseño no ha contemplado totalmente un evaluador institucional de la constitución.

17 Albert, *Constitutional Amendments*, op. cit., pp. 126-138.

18 Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 326-340.

19 Albert, *Reformas constitucionales*, op. cit., pp. 71-80; 133-138;

20 Incluso la doctrina de la sustitución, o la estructura básica de la constitución, de creación y aplicación judicial, no contemplan la evaluación de los resultados de la carta como parte del proceso de integración del conocimiento social e institucional.

21 Albert, *Reformas constitucionales*, op. cit., pp. 290-296.

1.3 ¿Quién podría evaluar la constitución?

Pensar en la incorporación en el diseño constitucional de un evaluador de la constitución supone reconocer que el conocimiento constitucional no está escrito sobre un monolito, o que consiste en una apreciación aspiracional y poética, sino que debe ser contextual para garantizar que la constitución sea un proceso dinámico y progresivo,²² pues esta no es más que un mecanismo relevante para lograr resultados sociales; por sí sola no asegura buenos resultados. El conocimiento constitucional es valioso porque relata las lecturas y los desacuerdos de los factores reales de poder y de la población en general, de su interacción a través de la historia, y, más aún, de la relación necesaria de la constitución con otros mecanismos institucionales como el Estado de derecho, la separación de poderes, el sistema de pesos y contra pesos, la inclusión territorial y las garantías para la defensa de los derechos humanos.

Si bien la constitución también se puede concebir como un diseño para el poder institucional y social acerca de la manera como se desea organizar una sociedad,²³ sobre cómo esta desea vivir, a su vez, las reformas constitucionales implican rediseños y evaluaciones subjetivas u objetivas de las cosas que no funcionan (relación ineficaz entre los fines y los medios constitucionales) y sobre la manera como deben ser replanteadas; no se contempla un diseño, es decir, ni organismo ni un procedimiento general, para la evaluación de los resultados de la constitución y sus reformas. No existe un elemento crítico interno en el diseño y que facilite la rendición de cuenta a través de la entrega constante y transparente de información para toda la sociedad para promover la adopción de mejores decisiones públicas.²⁴

Así, el diseño de la constitución podría incluir instituciones o actores encargados de la medición constitucional. Es una tarea compleja que no se supedita a una novedad, requiere verificar la mejor posición institucional para generar, recopilar y valorar la información sobre el desempeño constitucional y el impacto de las instituciones públicas en su materialización. Este nuevo debate podría incitar a la tentación de crear un nuevo órgano con plenas competencias dispuestas a través de una reforma constitucional. Empero, la optimización de la constitución no depende necesariamente del cambio constitucional, podría darse a través de una interpretación de las disposiciones que integran la carta, especialmente ejerciendo el principio de la cooperación armónica entre los poderes públicos.

22 Bruce Ackerman, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 89-95.

23 John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 17-25.

24 Jon Elster (ed.), *Deliberative democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 70-82.

1.4 Evaluación de la constitución como actividad institucional y cooperativa

La cooperación interinstitucional resulta necesaria para la optimización de la constitución, a fin de asegurar su funcionalidad y estabilidad, lo cual depende de la sujeción dialógica de las instituciones y los actores sociales a sus principios y decisiones fundamentales; el diseño define las instituciones (roles y funciones) y sus restricciones éticas, e incluso los fines y medios que pueden utilizar para lograr resultados proporcionales. Esta clase de hermenéutica supone una lectura de la planeación constitucional y dotar a los principios, valores y directrices políticas como márgenes de acción de los operadores sociojurídicos, así mismo, como mandatos supremos con el mismo peso y con diferente precedencia.²⁵ Por tanto, en el ámbito del diseño constitucional occidental (p. ej. en el caso colombiano), no supondría un desmembramiento por interpretación, una mutación que reduzca la estructura de la constitución. Empero, de forma positiva supone reconocer el valor como principio estructural, organizador y dinamizador de la colaboración armónica de los poderes públicos y de las instituciones públicas.

Las instituciones (el ejecutivo, el legislativo y el judicial) poseen la mejor posición para evaluar la constitución como una función implícita del diseño constitucional, al igual que para ejercer el sistema de pesos y contrapesos;²⁶ un control que debería complementarse con los discursos políticos, económicos y sociales que surjan en la arena política y con su proceso de deliberación. Aun así, la evaluación de la constitución no debería ser solo una respuesta a momentos críticos o de extrema disidencia moral. Debería ser un proceso de reflexión permanente ejecutado de forma alterna a las funciones dispuestas para cada órgano, significaría una expresión ética institucional, pues en lugar de persistir en aplicar normas que no satisfacen las necesidades sociales, o presenciar su carácter desueto, se emitiría una recomendación para repensar la constitución y justificar un proceso de reforma constitucional.

Pese a que no se ha tratado de un proceso directo y consciente de evaluación de la constitución, existen ejemplos específicos, tales como los casos de la declaración del estado de cosas inconstitucional (desplazamiento, protección de defensores de derechos humanos, hacinamiento carcelario, etc.),²⁷ y el consecuente control judicial de políticas pública por parte de la Corte Constitucional, en los que se evidencia no solo la infracción de la supremacía de la constitución, sino la ineficaz relación entre esta y las instituciones que operan el Estado de derecho. Estos casos pueden ser sobresalientes para evidenciar

25 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999.

26 Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021, pp. 77-89; 135-138.

27 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004, M. P. Manuel José Cepeda.

la necesidad de cooperación interinstitucional, pero también para probar que no toda optimización de la constitución o reclamación social deben finalizar con una reforma constitucional, pues en muchos casos se requieren medidas legislativas o administrativas como aseguramiento concreto de los derechos.

Respecto al poder de reforma constitucional, el pueblo en convocatoria a un referendo o en una asamblea nacional constituyente reformativa, y el Congreso a través de actos legislativos deberían ser los principales evaluadores de la constitución, además convirtiendo el foro legislativo y ciudadano en ámbitos privilegiados para desatar y transformar los desacuerdos. Asimismo, como espacio con mayor capacidad para la integración, participación y deliberación social, incluso más natural y lógica que la que podría adelantar el poder judicial y, particularmente, un tribunal constitucional. Adicionalmente, los foros legislativo y social gozan del privilegio de captar información directa sobre las interpretaciones, valoraciones y aspiraciones constitucionales de los factores reales de poder, de las mediciones de las emociones políticas, las reclamaciones populares y las posibilidades de diálogo político e interinstitucional. Se trata de una función implícita del poder legislativo y del poder concitado en la ciudadanía a través de su patente de autogobierno, y que debería manifestarse para defender la constitución, modificarla o evaluarla.

Un caso más directo de evaluación constitucional y de uso de la reforma constitucional podría ser la eliminación de la reelección presidencial en Colombia.²⁸ Después de la implementación de la reelección presidencial en el año 2004,²⁹ su declaratoria de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional,³⁰ y su ejercicio por parte de los gobiernos de los expresidentes Uribe y Santos, las fuerzas políticas y sociales representadas en el Congreso, diversos movimientos sociales e incluso el gobierno de la época, impulsaron una reforma para reestablecer el equilibrio de poderes en crisis por la acumulación excesiva de poder por parte del presidente. La reforma generó una distorsión democrática

28 Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 02 de 2015, "Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones", *Diario oficial*, 49560, 01 de julio de 2015.

29 Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 02 de 2004, por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones, *Diario oficial*, 45774, 27 diciembre de 2004.

30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1041 de 19 de octubre de 2005, M. P. Manuel José Cepeda, Humberto Sierra Porto y otros. La Corte Constitucional efectuó una evaluación del texto de la reforma constitucional a través de la doctrina de la sustitución de la Constitución, instaurada jurisprudencialmente a través de la Sentencia C-551 de 2003. Así mismo, la Sentencia C-294 de 2021 presenta un balance sobre la doctrina de la sustitución al revisar la inconstitucionalidad de la incorporación de la cadena perpetua. Cabe resaltar que siguiendo el juicio de sustitución de la Constitución, la Corte Constitucional verifica si la reforma no limita en exceso o elimina los principios esenciales de la carta, de manera que se consolide una usurpación de las competencias del poder constituyente originario, o creador de la Constitución, por parte del poder de reforma. Pese a su diferencia con el desmembramiento, ambas teorías aseguran una evaluación de la preservación de las bases fundamentales de la Constitución, de la proporcionalidad y regularidad de las reformas constitucionales, sin embargo, ninguna hace una revisión de esta en los términos propuestos. Por ello, cabe diferenciar entre las doctrinas que evalúan las reformas constitucionales y pueden fomentar la declaración de una reforma constitucional inconstitucional, y la necesidad de un evaluador de la constitución, como garantía de una evaluación de su desempeño, sus resultados y el impacto que puede tener en el funcionamiento de la constitución, la democracia y el Estado de derecho.

tan importante que logró exacerbar las deficiencias del diseño originario de la Constitución, que ya concebía un hiperpresidencialismo tal, que el presidente intervenía de forma directa o indirecta en decisiones fundamentales para la igualdad y el pluralismo político, la selección de jueces o de los órganos de control. La práctica y los efectos adversos de la reelección sobre la Constitución y la democracia generaron un consenso social y político para eliminar esa reforma constitucional a través de una nueva reforma, la cual, como símbolo de aprendizaje, reforzó las dificultades para volver a implantar tal figura, exigiendo la prohibición de reelección, que solo puede ser abolida por un referéndum de origen popular o una asamblea constituyente.

Lo expuesto puede evidenciar que la defensa de una constitución, o el patriotismo que exista por ella, no pueden expresarse en un ciego originalismo, sino que requieren una revisión contextual, histórica y que integre múltiples fuerzas institucionales y sociales, en una obra cooperativa para generar la mejor práctica democrática y constitucional posible.

2. Cambio constitucional inconstitucional por desmembramiento

El desafío democrático que genera el proceso de cambio constitucional y la ocurrencia de un desmembramiento va más allá de la satisfacción procedimental, de la concurrencia cuantitativa de las mayorías, e incluso de una refrendación popular; supone verificar elementos cualitativos sobre la calidad, pertinencia, coherencia y legitimidad de la propuesta.³¹ Es necesario sobrepasar la concepción de que el control de las reformas es únicamente un asunto de forma o fondo, a manera de un dilema que los diseñadores trasladan al texto normativo. Se trata de una lectura integral, moral, política, social y económica de los fundamentos básicos de la constitución, el procedimiento y el contenido de las reformas, lo que exige un diálogo y un control entre los factores reales de poder que imperan en una sociedad a través de las generaciones.

Esa posibilidad de control institucional, político y social puede activar un contrapeso deliberativo al cambio constitucional (reforma o supresión), y denunciar cuando se pretende materializar un constitucionalismo abusivo:³²

- a. Reformas que desconocen el diseño constitucional y las codificaciones de las reglas de cambio, o las reducen a una formalidad desprovista de finalidad.

31 Albert, *Constitutional Amendments, op. cit.*, pp. 268-271.

32 Varias de estas posibilidades fueron mencionadas en el estudio preliminar a la obra *Reformas constitucionales* del profesor Albert.

- b. Cambios que tratan de desconocer los valores y principios incorporados en el diseño constitucional, o los propios de una comunidad política, particularmente reduciendo el debido proceso democrático, la libertad de expresión, participación y deliberación.
- c. Modificaciones que superan las expectativas del poder constituyente originario y de la sociedad misma.
- d. Enmiendas que deshacen, descomponen o desintegran la constitución, sus elementos esenciales o desvanecen su cualidad, y, en consecuencia, reducen la cláusula democrática o la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.
- e. Reformas que imponen interpretaciones que restringen los derechos o reducen las garantías de los derechos humanos.
- f. Cambios constitucionales amplios y sucesivos que imponen un cuerpo de reformas que generan una nueva constitución dentro de una constitución vigente.
- g. Reformas que crean poderes *ad hoc* o para favorecer a una persona o sector social específico, en detrimento de la igualdad y el Estado de derecho.
- h. Reformas constitucionales de facto o impulsadas a través del carácter popular de un gobierno, o con apoyo institucional o social, en detrimento del procedimiento constitucional aplicable, bien en favor de un proceso de mutación o desplazamiento de la constitución,³³ en busca de una legitimidad de coyuntura dada por las mayorías sociales por vía de las protestas y posteriormente en las urnas.
- i. Reformas que constitucionalizan proyectos políticos, modelos económicos o sociales en detrimento de la diversidad y la deliberación en el espacio público.
- j. Reformas que modifican la constitución para incluir elementos ya presentes, o que se derivan objetivamente de los principios, valores y directrices políticas; o que podrían desarrollarse a través de leyes ordinarias o especiales.
- k. Reformas que representan fines, medios o una relación desproporcionada entre ellos, o que pretenden regular sus efectos de forma retroactiva o ultraactiva, en detrimento de los derechos o el carácter funcional de la constitución.

Esta clase de fenómenos pueden representar un desmembramiento constitucional, pues en lugar de reformar, modificar, enmendar, interpretar, complementar, optimizar, corregir, u otros objetivos racionales y limitados, realizan un cambio que traspasa las restricciones previstas en el sistema constitucional

33 Carlos Bernal y Richard Albert, *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

vigente hasta llegar a establecer uno nuevo. En esos casos, debe declararse por parte del tribunal constitucional la inconstitucionalidad de la reforma, o de la norma que pretende convocar al poder constituyente. A la par, paradójicamente, esa clase de episodios conllevan una crisis constitucional que debe crear un precedente necesario para evaluar las nuevas lecturas que de la constitución hagan los factores de poder.

3. Conclusión. ¿Puede ser legítimo un desmembramiento constitucional?

El desmembramiento constitucional es una distorsión del poder de cambio constitucional. De un lado, la reforma constitucional representa una extralimitación en el uso de las potestades concedidas a los órganos que ejecutan el poder constituyente derivado, incluso usurpando al poder originario; de otro, el poder de supresión constitucional puede presentar un exceso cuando se quiere imponer una nueva constitución despreciando el procedimiento exigible y sin la discusión social necesaria, o desplazando la constitución para imponer una mutación, una constitución material dictada por la realidad que impone un determinado sector social. El desmembramiento implica un cambio incompatible con el marco general de la constitución y sus fundamentos originarios; así mismo, desconoce la prudencia y proporcionalidad que exige la deliberación coherente entre el establecimiento de la constitución y su desarrollo.

El desmembramiento podría ser positivo o negativo, podría evidenciar un cambio que todos rechazan, una amenaza a la democracia constitucional, a la deliberación; o ser algo avalado mayoritariamente, así como imponer limitaciones coyunturalmente convenientes (como las múltiples reformas para implementar el acuerdo de paz en Colombia), por una clase de cambio constitucional que tiene la capacidad para insertar o menguar la cualidad de la constitución: *su estructura* (destruyendo o reconstruyendo pilares estructurales o principios esenciales), *su identidad* (rehaciéndola) y *derechos fundamentales* (rechazando o reelaborándolos).

Esta clase de cambios deben ser evaluados en todo momento, desde su concepción, discusión, procedimiento y aprobación, pero también en su ejecución. Estas etapas marcarán su legitimidad, una progresiva, esto es, el valor normativo, político, moral y discursivo de la decisión adoptada, pero, especialmente, una sociológica³⁴. Más allá de que un cambio constitucional satisfaga los procedimientos exigidos, debe ser discutido con inclusión y contradicción, con la capacidad de generar síntesis igualitarias entre los actores sociales más afectados³⁵ y, en general, por la población como titular de la patente de auto-

34 Weber, *Economía y Sociedad*, op. cit., pp. 26-30.

35 Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 258-272.

gobierno; asimismo, debe identificarse la proporcionalidad del cambio (fines, medios y relación entre ellos) y su impacto sobre la estructura de la constitución.

Así las cosas, no consiste solo en proponer cambios, sino en leer el momento histórico fundamental, en garantizar el carácter funcional y legítimo del cambio, su aporte para el Estado de derecho y la cláusula democrática. La legitimidad sociológica sobrevendrá como un proceso de lectura social que hace útil, creíble y racional la decisión de un cambio constitucional para la comunidad política.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, *We the people: foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

Ackerman, Bruce, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

Albert, Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Albert, Richard, *Reformas constitucionales. Elaborar, romper y cambiar constituciones*, Chía, Universidad de La Sabana, 2023.

Albert, Richard, "Constitutional Amendment and Dismemberment", *YJIL* 43 (2018).

Albert, Richard, *Formas y función de la enmienda constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Bernal, Carlos y Richard Albert, *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004, M.P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1041 de 19 de octubre de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, Humberto Sierra Porto y otros.

Congreso de la República de Colombia, Acto legislativo 02 de 2015, "Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial*, 49560, 01 de julio de 2015.

Congreso de la República de Colombia, Acto legislativo 02 de 2004, por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial*, 45774, 27 diciembre de 2004.

Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, Buenos Aires, Paidós, 1991.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1999.

- Elster, Jon (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- Haberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2001.
- Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Landau, David, "Abusive constitutionalism", *UC Davis L Rev.* 47 (2013), pp. 189-260.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de la Cultura Económica de México, 1997.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1983.
- Tushnet, Mark, *¿Por qué la Constitución Importa?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, FCE, 2008.