



Sobre el desmembramiento constitucional*

On Constitutional Dismemberment

Sobre o desmembramiento constitucional

Carlos Bernal-Pulido**

* Traducido al español por Raquel Sarria A.

** <https://orcid.org/0000-0003-1310-8398>. Editor, Universidad de La Sabana, Colombia. carlos.bernal@unisabana.edu.co

DOI: 10.5294/dika.2025.34.1.16

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Carlos Bernal-Pulido, "Sobre el desmembramiento constitucional", en *Dikaion* 34, 1
(2025), e3411. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2025.34.1.16>

Resumen

El artículo examina críticamente la doctrina del “desmembramiento constitucional” propuesta por Richard Albert. Tras reconstruir sus cuatro tesis — conceptual, descriptiva y dos normativas—, el artículo muestra el aporte del concepto para describir cambios constitucionales que alteran la estructura básica sin romper la continuidad jurídica ni confundirse con el constitucionalismo abusivo. A continuación, formula siete objeciones. En el plano conceptual, cuestiona la connotación negativa del término “desmembramiento” y la pretensión de neutralidad valorativa del análisis, apoyándose en la idea dworkiniana de la inevitabilidad de juicios normativos. En el plano normativo, critica la “regla de la simetría” y la teoría del poder constituyente que la sustenta, por sobrevalorar la continuidad jurídica y permitir desmembramientos democráticamente deficitarios. Finalmente, propone un estándar alternativo de control judicial de los cambios estructurales, fundado en la protección de los elementos esenciales del constitucionalismo democrático y en el grado de cumplimiento de las exigencias de la democracia deliberativa.

Palabras clave

Desmembramiento constitucional; reformas constitucionales; poder constituyente; continuidad jurídica; constitucionalismo democrático; control judicial.

Abstract

This article provides a critical examination of Richard Albert’s “constitutional dismemberment” doctrine. After reconstructing the four theses this concept entails—one conceptual, one descriptive, and two normative—the article shows this notion’s contribution to describing constitutional changes that alter the basic structure without breaking legal continuity or collapsing into abusive constitutionalism. It then sets out seven objections. At the conceptual level, it questions the negative connotation of the term “dismemberment” and the claim of value-neutral analysis, drawing on Dworkin’s idea of the inevitability of normative judgments. At the normative level, it critiques the “rule of symmetry” and the constituent power theory underpinning it, arguing that they overvalue legal continuity and permit democratically deficient dismemberments. Finally, it proposes an alternative standard for judicial review of structural changes, grounded in the protection of the essential elements of democratic constitutionalism and in the degree to which the requirements of deliberative democracy are met.

Keywords

Constitutional dismemberment; constitutional amendments; constituent power; legal continuity; democratic constitutionalism; judicial review.

Resumo

O artigo examina criticamente a doutrina do “desmembramento constitucional” proposta por Richard Albert. Após reconstruir suas quatro teses — conceitual, descritiva e duas normativas —, o artigo mostra a contribuição do conceito para descrever mudanças constitucionais que alteram a estrutura básica sem romper a continuidade jurídica nem se confundir com o constitucionalismo abusivo. Em seguida, formula sete objeções. No plano conceitual, questiona a conotação negativa do termo “desmembramento” e a pretensão de neutralidade valorativa da análise, apoiando-se na ideia dworkiniana da inevitabilidade dos julgamentos normativos. No plano normativo, critica a “regra da simetria” e a teoria do poder constituinte que a sustenta, por supervalorizar a continuidade jurídica e permitir desmembramentos democraticamente deficitários. Por fim, propõe um padrão alternativo de controle judicial das mudanças estruturais, baseado na proteção dos elementos essenciais do constitucionalismo democrático e no grau de cumprimento das exigências da democracia deliberativa.

Palavras-chave

Desmembramento constitucional; reformas constitucionais; poder constituinte; continuidade jurídica; constitucionalismo democrático; controle judicial.

I

En su texto *Constitutional Amendment and Dismemberment* (Reforma y desmembramiento constitucional), Richard Albert sostiene cuatro tesis principales: una conceptual, una descriptiva y dos normativas.

La tesis conceptual es que existe un tipo especial de cambio constitucional formal: el desmembramiento constitucional. Un desmembramiento constitucional deroga elementos esenciales de una constitución –relacionados con su estructura, identidad o derechos fundamentales nucleares– y los reemplaza con características opuestas sin romper la continuidad jurídica. Un desmembramiento constitucional se diferencia tanto de una reforma constitucional, como de la promulgación de una nueva carta. Mientras que una reforma busca mejorar una constitución existente, un desmembramiento pretende deshacerla; mientras la promulgación de una nueva constitución necesariamente implica la ruptura de la continuidad jurídica, un desmembramiento implica, necesariamente, no romper con dicha continuidad.

La tesis descriptiva sostiene que el “desmembramiento constitucional” es un concepto descriptivo, no normativo. Un desmembramiento puede tanto mejorar como debilitar el constitucionalismo democrático. Por lo tanto, no debería ser necesariamente objeto de crítica ni de elogio.

La primera afirmación normativa es que los diseñadores de reglas para el cambio constitucional deberían someter los desmembramientos constitucionales a lo que Albert llama “la regla de la correlación”. Según esta regla, un desmembramiento constitucional solo debería ser permisible si se lleva a cabo mediante el mismo procedimiento que se utilizó para promulgar la constitución existente. De esta manera, debería haber al menos dos vías para el cambio constitucional formal: una para las reformas y otra para los desmembramientos. La existencia de una vía para el desmembramiento podría fomentar la continuidad jurídica en tiempos de crisis.

La segunda tesis normativa sostiene que los jueces constitucionales no deberían invalidar los desmembramientos constitucionales si cumplen con la regla de la correlación. Esta reivindicación de autocontención judicial se basa en la siguiente suposición: siempre que un desmembramiento constitucional cumpla con la regla de la correlación, entonces es el poder constituyente quien ha cambiado la constitución. Los jueces constitucionales no deberían invalidar la obra del poder constituyente.

II

La tesis conceptual implica contribuciones doctrinales notables, al proponer y desarrollar el concepto de “desmembramiento constitucional”. Los cambios

constitucionales formales implican una modificación en una o más disposiciones constitucionales cuyo efecto es la modificación de un conjunto completo de normas constitucionales válidas. Anteriormente, los académicos se habían referido a la promulgación constitucional, la reforma y la derogación explícita como los tipos convencionales de cambio constitucional formal. Además, la literatura y la jurisprudencia de diversas jurisdicciones han utilizado los conceptos de “reemplazo”, “revisión” y “sustitución” para designar cambios constitucionales formales que se han llevado a cabo mediante los procedimientos de reforma constitucional, pero que implican una alteración de la estructura básica de la constitución. Algunos de esos cambios también pueden dar lugar a lo que David Landau denomina “constitucionalismo abusivo”, es decir, “el uso de mecanismos de cambio constitucional para hacer que un Estado sea significativamente menos democrático de lo que era antes”.¹

El concepto de desmembramiento constitucional de Albert es claro y sofisticado, para dar cuenta de los cambios en la estructura básica de una constitución. El “reemplazo” y la “sustitución” pueden referirse tanto a la alteración de la estructura básica de una constitución como a su derogación y a la posterior promulgación de una nueva. El “desmembramiento constitucional” no es ambiguo en este sentido. Además, debido a su naturaleza descriptiva, el “desmembramiento constitucional” permite explicar cambios constitucionales formales que implican alteraciones en la estructura básica sin que ello equivalga, al mismo tiempo, a un caso de constitucionalismo abusivo. Un ejemplo sería la transformación de una república federal en una república unitaria o de una monarquía parlamentaria en una república, que no implique una alteración de los elementos básicos del constitucionalismo democrático.

Finalmente, de cierta manera, las tesis normativas de Albert pueden interpretarse como intentos de establecer un estándar para alcanzar la legitimidad democrática en los procesos de desmembramiento constitucional. Si una constitución fue promulgada mediante un proceso dotado de pedigrí democrático, el cumplimiento de la regla de la simetría garantizaría un pedigrí democrático comparable en cualquier desmembramiento constitucional. Además, en esos casos, la reivindicación de autocontención judicial aseguraría que los jueces constitucionales no se inserten en el proceso para obstruir los resultados de procedimientos democráticamente legítimos. De este modo, las tesis normativas de Albert implican la defensa de la legitimidad democrática en los cambios constitucionales estructurales, en contra de reformas con déficit democrático y de sentencias judiciales que pretendan oponerse a reformas democráticas del texto constitucional. Así, esta propuesta incluiría, con toda probabilidad, las virtudes de la teoría de las reformas constitucionales inconstitucionales, sin cargar con sus deficiencias. La regla de la simetría salvaguardaría la obra

1 David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *U.C. Davis Law Review* 47, 1 (2013), pp. 189, 195.

del poder constituyente original, tanto de los intentos de los agentes políticos por destruirla, como de los intentos de los jueces por invalidar nuevas manifestaciones del poder constituyente.

III

No obstante, quisiera plantear siete objeciones a las tesis de Albert. En primer lugar, el concepto de “desmembramiento” tiene una connotación negativa que lo vincula con el lenguaje de la destrucción. Por esta razón, hablar de desmembramientos que mejoran el constitucionalismo democrático –por ejemplo, su referencia a las Enmiendas de la Guerra Civil en la Constitución de los Estados Unidos– resulta, cuando menos, extraño. El concepto de “revisión”, utilizado por Albert en un trabajo anterior, puede evitar esta tensión semántica.² “Revisión” puede referirse con claridad a cambios constitucionales formales que implican modificaciones a la estructura básica de una constitución, ya sea para fortalecer o para debilitar el constitucionalismo democrático.

En segundo lugar, la plausibilidad de la tesis sobre la naturaleza descriptiva es dudosa. Albert emprende un análisis del concepto de “desmembramiento constitucional” con el fin de dar cuenta de las propiedades esenciales de este fenómeno. Sin embargo, plantear la tesis de la naturaleza descriptiva pasa por alto el hecho de que la posibilidad de un análisis conceptual normativamente neutral es altamente controvertida.³ Elucidar la naturaleza de un desmembramiento constitucional y determinar si un cambio constitucional constituye un caso de desmembramiento, implica adoptar una posición para justificar o criticar ese concepto o sus referentes. Por ejemplo, Albert elogia el concepto de desmembramiento porque fomenta la continuidad jurídica. El autor asume que la continuidad jurídica es deseable, de este modo, introduce un elemento normativo en la tesis descriptiva. La visión de Ronald Dworkin, según la cual, la descripción de cualquier fenómeno central para el derecho no puede ser normativamente neutral⁴ y constituye más bien una “interpretación” basada en juicios y creencias morales,⁵ resulta aplicable aquí.

En tercer lugar, la regla de la simetría intenta redimir la teoría del poder constituyente. Por un lado, este esfuerzo no parece digno de ser llevado a cabo. Uno de los más grandes teóricos jurídicos sudamericanos de todos los tiempos, Carlos Santiago Nino, afirmó que esta teoría fue la fuente de un “grave

2 Ver Richard Albert, *Reformas constitucionales: elaborar, romper y cambiar constituciones*, Chía, Universidad de La Sabana, 2023; Richard Albert, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

3 Ver Andrei Marmor, “Legal positivism: Still descriptive and morally neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies* 26, 4 (2006), pp. 683-704. Para una discusión más amplia, ver Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso y Diego M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, 2013.

4 Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Belknap Press, 2006, pp. 140-41.

5 Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

desorden conceptual que impactó negativamente en los procesos de pensamiento de académicos y jueces”.⁶ Más recientemente, David Dyzenhaus ha señalado que “la teoría jurídica y constitucional debería evitar la idea de poder constituyente”, porque conduce “a una profunda ambivalencia acerca de si la autoridad se ubica dentro o fuera del orden jurídico”.⁷ ¿Qué podría entonces justificar salvar una teoría defectuosa?

Aun si esta resurrección fuera deseable, no está claro que la regla de la simetría pueda lograr ese objetivo. Teniendo en cuenta el pedigrí no democrático de muchas constituciones, podría ocurrir que lo que en *t1* fue considerado como una manifestación del poder constituyente no pueda ser considerado como tal en *t2*. Por ejemplo, ¿podría un desmembramiento constitucional de la Ley Fundamental alemana llevarse a cabo mediante el mismo procedimiento y por los mismos medios por los que dicha Ley que fue promulgada? Y de ser así, ¿podría considerarse como una manifestación del poder constituyente alemán actual? Un desmembramiento de la Ley Fundamental alemana realizado mediante un procedimiento que replicara los pasos de redacción y promulgación de 1948 y 1949 no podría atribuirse al poder constituyente alemán. El procedimiento inicial incluyó la deliberación entre las tres potencias occidentales que ocuparon Alemania (Estados Unidos, Reino Unido, Francia) y tres de sus países vecinos (Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo), así como una consulta con los Ministerpräsidenten de los *Länder* de Alemania Occidental, una discusión entre los líderes de los *Länder*, la redacción por parte del Parlamentarischer Rat (integrado por sesenta y cinco miembros elegidos por los parlamentos de los *Länder* alemanes) y una ratificación por los parlamentos de todos los *Länder* de la zona de ocupación triple.

En cuarto lugar, Albert atribuye a la regla de la simetría un papel que esta no puede desempeñar. Albert la considera como una directriz normativa. Sin embargo, una observación más detenida revela que se trata de una garantía epistemológica. La regla de la simetría pretende identificar las condiciones en las cuales hay certeza de que el poder constituyente ha realizado un desmembramiento constitucional. Esto carece de todo valor normativo, a menos que la constitución haya sido creada como resultado de un proceso con pedigrí democrático. Así, desde la perspectiva de la legitimidad democrática, la regla de la simetría es normativamente sobreinclusiva. Puede ser utilizada para justificar desmembramientos no democráticos de constituciones que fueron promulgadas de manera no democrática, pero que con el tiempo adquirieron legitimidad.

6 Carlos Santiago Nino, “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, en Eugenio Bulygin (coord.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

7 David Dyzenhaus, “Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power”, *Global Constitutionalism* 1, 2 (2012), pp. 229-260; ver también David Dyzenhaus, “The politics of the question of constituent power”, en Martin Loughlin y Neil Walker (Eds.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 143-45.

En quinto lugar, las tesis normativas de Albert parecen sobrevalorar la continuidad jurídica. Ciertamente, la existencia de una vía de desmembramiento fomenta la perdurabilidad constitucional y esto, a su vez, favorece la continuidad y la estabilidad jurídica. En abstracto, ello se alinea con el propósito del constitucionalismo democrático y con la garantía de los derechos fundamentales y del Estado de derecho a lo largo del tiempo. Sin embargo, en ocasiones, otros valores pueden fundamentar la satisfacción e implementación del constitucionalismo democrático y llegar a pesar más que la continuidad jurídica. Por ejemplo, en circunstancias de anomia, en las que las normas existentes son inadecuadas para guiar a la sociedad,⁸ el proceso de promulgar una nueva constitución podría contribuir a una relegitimación democrática de la sociedad mucho más que un desmembramiento constitucional. Esto también podría suceder cuando un desmembramiento pretende abusar del constitucionalismo. En tales circunstancias, una revolución que conduzca a un proceso democrático de redacción y promulgación de una nueva constitución podría ser preferible a la abolición o al deterioro del constitucionalismo democrático tolerado por procedimientos de desmembramiento, incluso si respetan la regla de la correlación.

En sexto lugar, esta última hipótesis se relaciona con una objeción a la tesis de autocontención judicial. Según la doctrina del desmembramiento constitucional, los jueces no deberían declarar inconstitucional un desmembramiento si respeta la regla de la correlación, incluso si destruye el constitucionalismo democrático. Desde esta perspectiva, esta doctrina ofrece una protección más débil al constitucionalismo democrático que ciertas interpretaciones de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. En otro lugar he sostenido que los jueces deberían declarar inconstitucionales los cambios constitucionales formales cuando desnaturalizan la constitución –por ejemplo, cuando eliminan la rigidez de los derechos fundamentales, el Estado de derecho o el principio de separación de poderes–, o porque la convierten en una constitución sin constitucionalismo.⁹ Además, al controlar la constitucionalidad de los cambios constitucionales formales, los jueces deberían utilizar un criterio que respete las competencias de los ciudadanos, parlamentos y demás instituciones y agentes políticos que los llevan a cabo. Según este criterio, cuanto menos sea un cambio constitucional formal resultado de un procedimiento que observe los requisitos de la democracia deliberativa, más intenso debería ser el control judicial. De manera similar, cuanto más sea una reforma constitucional el resultado de un procedimiento que observe los requisitos de la democracia deliberativa, menos intenso debería ser el control judicial. Este

8 Sobre el concepto de anomia, ver Émile Durkheim, *Le suicide. Étude de sociologie*, 1897, pp. 264-311.

9 Carlos Bernal, "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *International Journal of Constitutional Law* 11, 2 (2013), 339-357.

estándar garantiza mejor la legitimidad democrática en los cambios constitucionales que alteran la estructura básica de la constitución que lo que lo haría la regla de la correlación.

En séptimo lugar, la doctrina del desmembramiento constitucional pretende salvar la teoría del poder constituyente fomentando la simetría y la continuidad jurídica en los cambios constitucionales estructurales formales. Este objetivo no alcanza la meta de las teorías normativas del cambio constitucional, que debería ser la de salvaguardar el constitucionalismo democrático. Existen varias versiones de la teoría del poder constituyente.¹⁰ Su elemento común es la tesis de que el poder de creación constitucional es fundacional, jurídicamente ilimitado y soberano.¹¹ De la doctrina de Albert se seguiría que los desmembramientos constitucionales que cumplan con la regla de la simetría deberían satisfacer estos criterios. Por lo tanto, los jueces carecerían de la competencia para invalidarlos. Esto no salvaguarda suficientemente el constitucionalismo democrático frente a intentos de socavarlo mediante cambios constitucionales estructurales formales. Pueden existir desmembramientos que cumplan con la regla de la simetría y que, al mismo tiempo, conduzcan a la transformación de una constitución democrática en una iliberal. En este sentido, la doctrina del desmembramiento constitucional puede enmascarar o legitimar episodios de constitucionalismo autoritario. Las teorías constitucionales normativas deberían intentar diseñar pautas útiles para la preservación de los elementos esenciales de una constitución democrática durante los procesos de cambio constitucional. La doctrina del desmembramiento constitucional claramente se queda corta en ese objetivo.

Referencias

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

Albert Richard, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, 2019. <https://doi.org/10.1093/oso/9780190640484.001.0001>

Bernal, Carlos, "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *International Journal of Constitutional Law* 11, 2 (2013), 339-357, <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>

10 Antonio Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999.

11 Ver Joel I. Colón-Ríos, "Five conceptions of constituent power", 130 L.Q. Rev. 307 (2014).

- Colón-Ríos, Joel I. Five Conceptions of Constituent Power, 130 *L.Q. Rev.* 307 (2014).
- Durkheim, Émile, *Le suicide. Étude de sociologie*, 1897.
- Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press.
<https://doi.org/10.4159/9780674059337>
- Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Belknap Press, 2006.
- Dyzenhaus, David, "Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power", *Global Constitutionalism* 1, 2 (2012), pp. 229-260. <https://doi.org/10.1017/S2045381712000032>
- Dyzenhaus, David, "The politics of the question of constituent power", en Martin Loughlin y Neil Walker (Eds.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 143-45, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552207.003.0008>
- Landau, David, "Abusive Constitutionalism", *U.C. Davis Law Review* 47, 1 (2013), pp. 189, 195.
- Marmor, Andrei, "Legal positivism: Still descriptive and morally neutral", *Oxford Journal of Legal Studies* 26, 4 (2006), pp. 683-704, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqi028>
- Negri, Antonio, *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999.
- Nino, Carlos Santiago, "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica", en Eugenio Bulygin (coord.), *El lenguaje del derecho: homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.