



RESEÑA

Una lectura de la obra de Richard Albert: *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitution*¹

Milton César Jiménez Ramírez²

-
- 1 Reseña. Una versión más amplia y en inglés de este trabajo fue publicada en *National Law School of India Review* en el marco de un simposio académico (febrero, 2021). Véase: https://nlsir.com/changing-the-constitution-interpreting-the-book-constitutional-amendments-making-breaking-and-changing-constitutions-by-richard-albert/?fbclid=IwAR2f7fdDSBz4RnR86lMD_mBD1asMs4noyZKj9xz1Vdy_E4HF4mBbMJJFyks
 - 2 Doctor en Derecho. Docente investigador de la Universidad de Caldas, Manizales, Colombia. E-mail: milton.jimenez@ucaldas.edu.co ORCID: 0000-0003-1149-4723

Cómo citar: Jiménez Ramírez, M. C. (2022). Una lectura de la obra de Richard Albert: *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitution*. *Estudios de Derecho*, 79 (173), 308-315

Doi: 10.17533/udea.esde.v79n173a12

Fecha de recepción: 16/08/2021 **Fecha de aceptación:** 30/10/2021



La reforma constitucional es uno de los tópicos más importantes del derecho constitucional, ya que fomenta que las constituciones no se conviertan en textos inertes, desactualizados o distantes de las dinámicas de los hechos sociales y de las expectativas de las generaciones y sus lecturas de la Constitución. La reforma constitucional responde a episodios contemplados por la propia Constitución, para que siguiendo determinados procedimientos se ejecute un cambio en su texto sin que se pueda afectar su estructura, su identidad y derechos (Albert, 2019).

El cambio constitucional no es una potestad totalmente discrecional del poder constituyente derivado (generalmente en cabeza del legislador y de la ciudadanía cuando es convocada a decidir o elegir representantes), es una actividad que debe realizarse bajo procedimientos específicos y manteniendo la coherencia respecto a las definiciones hechas por el constituyente originario (generalmente al frente de la ciudadanía llamada a autorizar y elegir una asamblea nacional que estudiará, redactará y aprobará una nueva Constitución), como disposiciones fundacionales de la Constitución.

Como el derecho mismo, el poder de reforma puede ser usado de forma abusiva o desproporcionada (Landau, 2015), fomentando que se produzcan reformas que superan las expectativas del diseño constitucional y en muchos casos de la sociedad misma; enmiendas que deshacen, descomponen o desintegran la Constitución y sus elementos esenciales; esto se ha denominado como *desmembramiento constitucional*, un fenómeno que traza una diferenciación entre el objetivo de una enmienda, que podría verse como un cambio racional y limitado, pero que al final supera los límites previstos por el régimen constitucional vigente hasta el punto de promover o establecer uno nuevo.

Este escrito tiene como objetivo evidenciar y dialogar con algunos de los principales aportes hechos por el profesor Richard Albert en su libro: *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Al efecto, se presentan brevemente los conceptos de desmembramiento, la legitimidad sociológica como concepto aplicable a las reformas constitucionales y su revisión judicial. Finalmente se hacen unas breves conclusiones. Todo lo expuesto responde a una lectura respetuosa y personal.

La Constitución mediada: reforma y desmembramiento

Las constituciones requieren un diseño que asegure las mejores instituciones para el funcionamiento de un Estado, como los derechos fundamentales, la separación de poderes, el Estado de derecho y el principio democrático; también aquellos que aseguren una adecuada participación y decisión de la ciudadanía y que permitan la operatividad del sistema jurídico, político y económico (Schmitt, 1983); también, cada sociedad incorpora principios y valores frente a los cuales profesa cierta pertenencia. Empero, el diseño constitucional que puede ser regularmente repetitivo y concurrente con las experiencias marco del constitucionalismo (americano y europeo), descuida crear una estructura detallada sobre la manera cómo debe proceder el poder de reforma, cómo hacer la reforma y cómo evaluarla respecto a su coherencia con los fundamentos de la Constitución vigente (Albert, 2017). Esta premisa es clave en la tesis propuesta por Albert. Particularmente porque en la manera como se construye la reforma constitucional, tanto en su procedimiento como en su coherencia y deliberación, radica la legitimidad y racionalidad del sistema constitucional. No puede comprenderse la Constitución y menos su reforma sin concebirlas como parte de un solo concepto.

Las constituciones deben ser mediadas por mecanismos de reforma estructurados, transparentes que permitan modular el poder democrático radicado en los mecanismos de reforma, generalmente encarnado en el legislador y en el pueblo a través del referéndum o la asamblea nacional constituyente. Mantener la coherencia entre la estructura básica de la Constitución, el procedimiento y el contenido de las reformas supone mantener un diálogo entre las generaciones y el poder institucional del creador de la Constitución y el poder instituido que puede reformarla. En esto reside el significado de la reforma constitucional, la que en cualquier caso revela un momento trascendental y de gran energía política y democrática en la vida del Estado constitucional (Albert, 2019).

El desmembramiento constitucional impone un ejercicio excesivo del cambio constitucional, uno que distorsiona los fundamentos originarios de la Constitución y niega el diálogo coherente entre el surgimiento de la esta y su desarrollo (Albert, 2018); este fenómeno implanta nuevos elementos normativos y filosóficos que superan positiva o negativamente el diseño original, lo que más allá del resultado de la reforma genera cuestionamientos sobre la competencia del autor de la reforma, quién al ejercer el procedimiento de cambio constitucional se extralimita, suplantando el rol del poder creador de la Constitución cuando solo posee un poder derivado o de enmienda.

La legitimidad sociológica

El cambio constitucional requiere de legitimidad, de un nivel de coherencia o de corrección impuesto por la propia Constitución y sus fundamentos. Pero la legitimidad no proviene solo de reproducir los procedimientos constitucionales, proviene del significado intrínseco que posee la Constitución y del análisis y evaluación de los actores institucionales y sociales que promueven su modificación. Se da un dictamen social impulsado por la política, la economía, por las tensiones sociales y por los intereses de los diversos factores de poder, quienes tratan de modular la Constitución y sus disposiciones, de influenciarla conforme a su interpretación (Albert, 2017).

Existen hechos que rodean la Constitución y que explican su persistencia en el tiempo, o su cambio recurrente o moderado. Ese tipo de hechos muestran la existencia de una legitimidad sociológica, una que explica el nivel de incidencia y pertinencia de la ciudadanía en la vida, integridad, exigibilidad e interpretación de la Constitución. Bajo el concepto de Albert (2019), existe una legitimidad sociológica cuando el pueblo la acepta, la defiende y la mantiene, bien fruto de una tradición o bien de una decisión propia generada desde su práctica política. Sin embargo, el pueblo también puede cambiar como resultado de nuevas situaciones sociales o momentos constitucionales (Ackerman, 1991), o por el impulso que generan algunos sectores, mayorías o minorías para transformarla e incrementar su protección.

Esta legitimidad sociológica también podría explicar la cultura reformista de algunos países (p. ej. México y Colombia), incluso como algo funcional para el sistema político, más allá de su corrección; dándose que muchas reformas, e incluso la rigidez o la negativa al cambio constitucional, se ven justificadas en la ausencia de dinamismo de las fuerzas políticas para controlarse entre sí, pero también en el conservadurismo o en la flexibilidad ciudadana y del sistema político. En todo caso, es complejo que pueda darse una reforma constitucional sociológicamente legítima si no se aplican las reglas que limitan el poder de los órganos de reforma y si estos no respetan la estructura, identidad y derechos de la Constitución (Albert, 2019); el resultado sería necesariamente el desmembramiento constitucional, la creación sucesiva de constituciones o enmiendas distantes y contrarias del diseño vigente.

Así mismo, pudiendo gozar de legitimidad sociológica, de aprobación o tolerancia social, de darse un cambio constitucional en la realidad, pero sin que el texto cambie, se estaría en presencia de una reforma sin sujeción a las reglas de cambio, o por fuera de la Constitución y, por tanto, podría ser una reforma sin control, una mutación (Jellinek, 2018). Este cambio constitucional es uno sin codificación, uno en el que se impone el poder político del ejecutivo o el legislativo, o el prestigio de los Tribunales Constitucionales, quienes a través de procedimientos ordinarios reescriben la Constitución sin estar investidos de capacidad para

impulsar y aprobar una reforma constitucional; es decir, usan su poder material y se extralimitan, imponiendo en la práctica una modificación, bien procedimental o sustancial, una que no goza del procedimiento de reforma señalado y menos del control y la legitimidad jurídica y social requerida (Albert, 2019).

Esta problemática muestra la necesidad de una legitimidad complementaria, una política-deliberativa (Habermas, 1992), que fomente la evaluación del poder de reforma y sus propuestas de modificación; una legitimidad que permita patentar a través de la opinión pública y el conocimiento social el respeto por la Constitución y el control a la desintegración constitucional y a la extralimitación de poder, que permita mantener el equilibrio entre Constitución y reforma, lo que al final no es más que respeto por la primacía constitucional y el Estado de derecho.

Un asunto público como la Constitución amerita una discusión entre iguales, diversa y extensa, que permita lograr conclusiones sobre la conveniencia de una enmienda y frenar los avances de quienes desean imponer su poder.

Cambio constitucional y revisión judicial: ¿a quién pertenece la Constitución?

El desmembramiento constitucional es un exceso en el ejercicio del poder de reforma constitucional; supone una transformación trascendental (total o parcial) de los principios, valores y compromisos esenciales de una Constitución como proyecto social; implica un abuso o el desconocimiento de las reglas de cambio constitucional y del posicionamiento social y jurídico de la Constitución, todo en detrimento de la democracia liberal (Albert, 2019). ¿Quién debe evaluar este fenómeno y determinar su adecuación a los límites constitucionales? Para Albert, las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales siguen posicionados como guardianes de la Constitución, y pese al peligro de convertirse en supremos o de imponer su criterio judicial sobre aspectos públicos o populares, han mostrado en diversas experiencias comparadas, como en la India, Colombia y Brasil, que pueden instaurarse criterios de evaluación que permitan vigilar la legitimidad procesal de las reformas (Albert, 2019).

Parte de la evaluación de las reformas involucra la idea de que la Constitución posee una estructura básica que limita el poder de reforma (Albert, 2019), que pese a no ser evidente, puede identificarse en casos concretos frente a los cuales el juez no puede resultar indiferente³; o bien, a través de la defensa de los principios esenciales de la Constitución, como cláusulas que definen la competencia del constituyente derivado, específicamente la imposibilidad de

3 La doctrina de la estructura básica de la Constitución responde a una propuesta jurisprudencial de la Corte Suprema de la India, la cual es reconocida a nivel mundial.

hacer una nueva Constitución, reescribirla, cambiar su estructura e identidad, y limitar desproporcionadamente los derechos humanos (Albert, 2019). Esto supone una insistencia en las limitaciones y la racionalidad que la Constitución y el Estado de derecho le imponen al poder constituyente derivado como poder instituido⁴.

Más allá de la conveniencia del control judicial al poder de reforma, es claro que tal revisión debe ser ejercida bajo un carácter prudente, uno que fomente que una Corte pueda convertirse en suprema no por imponerse sobre los demás poderes públicos y sobre la sociedad, sino por su deferencia democrática y por la promoción de las garantías de participación, deliberación y debido proceso democrático. Sin embargo, las Cortes se convierten en supremas generalmente por tener la capacidad de defender la Constitución y alternamente reescribirla (jurisprudencia constituyente), lo que podría convertir la revisión judicial de las enmiendas constitucionales en una justificación extensiva y sin límite para que el poder judicial se apropie de la Constitución y establezca su autoridad (Albert, 2019), desde luego en detrimento de la construcción colectiva del significado de la Constitución y de la legitimidad de las decisiones que se toman sobre ella, y en favor de una creciente dificultad contramayoritaria (Bickel, 1986; Jiménez, 2021).

La obra del profesor Albert es prolífica en el abordaje de problemas fundamentales y en la motivación de nuevas reflexiones acerca del estudio de la reforma constitucional. Una de esas reflexiones puede estar focalizada en el problema que supone que los jueces reescriban la Constitución y establezcan principios fundamentales de la misma únicamente basados en su juicio. Este problema implicaría menguar la legitimidad sociológica y sustituirla por las preferencias judiciales, estén fundadas o no, e incluso sean acogidas o celebradas popularmente. El peligro de que los jueces creen con sus dictámenes una *jurisprudencia constituyente*, es decir, una jurisprudencia antidemocrática y que sustituya la legitimidad sociológica y deliberativa, que disponga cambios en el texto o una interpretación autoritaria de las cláusulas constitucionales, debe modularse con la construcción de una legitimidad inspirada en la diversidad discursiva y social de la participación ciudadana y en la discusión extensa de lo que significa reformar la Constitución.

4 La sustitución de la Constitución es una doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional que pretende mantener los grados de competencia entre el poder constituyente originario y el derivado, o poder de reforma, a quien solo le está dado modificar la Constitución, más no reemplazarla, abolirla o limitar excesivamente sus derechos.

Conclusión: reforma constitucional y democracia

Los diseñadores de las constituciones deben comprender el valor esencial de los procedimientos de reforma y de su impacto en la vida democrática y pertenencia social por la Constitución. Deben comprender la necesidad de una doble función: preservar el texto de carta magna y tolerar y promover su cambio de forma democrática y recurriendo a la codificación, evitando por convicción y transparencia que tal tarea sea una cuestión desordenada y confusa que descifren las generaciones futuras y el poder público. Para esto, Albert (2019) presenta cuatro métodos que permiten comprender y codificar las reformas: *appendative, integrative, invisible and disaggregative*, además de un *Blueprint for Amendment Design*, que se constituyen en guías fundamentales para que los diseñadores constitucionales, o quienes deban reformularlos o confrontarlos, puedan responder al desafío recurriendo a la experiencia de otros procesos de creación y cambio constitucional.

El debate sobre la reforma constitucional es un debate sobre la democracia constitucional, sobre la pertinencia del diseño constitucional para guiar el disenso social y mantener el orden y la protección de los mejores principios y valores; pero también es una discusión sobre la necesidad de respetarlo y repensarlo bajo los canales democráticos y constitucionales dispuestos. Así mismo, es un indicador sobre el lugar que tiene la Constitución en una sociedad y el papel del poder público y la ciudadanía en su definición, interpretación y persistencia en el tiempo.

La reforma constitucional y su diseño pueden revelar si la democracia constitucional funciona o se ve desplazada por el poder presidencial, el carácter representativo del legislador, las relaciones de poder, o la necesidad de guardianes judiciales de la Constitución; pero especialmente, muestra que como ciudadanos estamos al filo de la oportunidad de construir una mejor democracia; una capaz de realizar y respetar la Constitución, una que transforme el mito de la soberanía en oportunidades concretas de decisión ciudadana. Esto exige la apertura de foros interdisciplinarios y de un diálogo entre actores sociales e institucionales que difunda realmente el poder y la Constitución en el pueblo y que contenga la creciente tentación de la autocracia.

Referencias bibliográficas

- Ackerman, B. (1991). *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- Albert, R. (2017). *Formas y función de la enmienda constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad Externado.

- Albert, R. (2018). Constitutional Amendment and Dismemberment. *The Yale Journal Of International Law*, 43, 2-84. <https://bit.ly/3I1ZNGL>
- Albert, R. (2019). *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford: Oxford University Press.
- Bickel, A. (1986). *The least dangerous branch: The supreme court at the bar of politics*. New Heaven: Yale University Press.
- Habermas, J. (1992). *Between norms and facts: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: The MIT Press.
- Jellinek, G. (2018). *Reforma y mutación de la Constitución*. Bogotá: Leyer.
- Jiménez, M. C. (2021). *El constitucionalismo procesal débil. Una posible síntesis entre la Constitución y la democracia*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional. la influencia de la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Editorial Universidad Externado.
- Schmitt, C. (1983). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.