

RESEÑAS

Reforma y desmembramiento constitucional

ALEJANDRO OLVERA FUENTES

Escuela Federal de Formación Judicial, México

alex.olvera.f17@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7876-2852>

<https://doi.org/10.36105/iut.2023n38.07>

ALBERT, Richard, *Reforma y Desmembramiento Constitucional*, trad., de Andrés Mauricio Gutiérrez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, 173 pp. ISBN 9789587904888

En un esfuerzo hecho por la Universidad Externado de Colombia en conjunto con la extraordinaria labor de traducción del catedrático Andrés Mauricio Gutiérrez, nos presentan la obra traducida del profesor Richard Albert. Desde la introducción de la obra, el autor nos plantea que su propuesta es brindarnos una idea innovadora que venga a abonar al siempre controvertido tema de las reformas constitucionales. Es más, su propuesta de desmembramiento constitucional es una teoría que busca llenar un vacío conceptual y que puede ser utilizado por los tribunales cuando evalúan reformas constitucionales, para tal fin, el autor nos da unas precisiones conceptuales que sirven como base al desarrollo de su tema.

El argumento detrás del desmembramiento constitucional consiste en que algunas reformas constitucionales no son como tal una reforma, pues hay cambios tan profundos a la Constitución que llegan a dismantelar la estructura básica del ordenamiento vigente e instauran uno nuevo con bases distintas. Es ahí donde cobra vital relevancia la propuesta del autor, en identificar cuando estamos frente a una reforma constitucional ordinaria —el autor las nombra enmiendas— y cuando

estamos ante transformaciones constitucionales que cambian radicalmente el texto e incluso llegan a sustituirlo en su esencia.

Así, el autor hace una precisión conceptual acerca de los tipos de reformas constitucionales que hay: correctivas o profundizadoras. Las primeras consisten en buscar mejorar los propósitos de una constitución y las segundas son un proceso de construcción constitucional muy congruentes con el mismo texto. Por el contrario, un desmembramiento constitucional "... es incompatible con el marco existente de una constitución porque persigue un objetivo que resulta antagónico. De manera deliberada, pretende desmontar alguno, o algunos, elementos esenciales del texto superior."¹ Esto es así porque el desmembramiento constitucional altera un derecho fundamental o trastoca la identidad constitucional o es un cambio que puede resultar inconsistente con el resto del texto.

Por ello, el autor es contundente al señalar que desmembrar una Carta Magna es deshacer el texto constitucional, lo cual, para algunos autores como Rawls es insostenible. En efecto, para la teoría clásica constitucional es impensable que sean válidas reformas constitucionales que desmonten un pilar fundamental de la Constitución porque eso significaría perder la esencia misma que sostiene el texto. De ahí la importancia de este texto porque brinda una alternativa teórica que analiza reformas constitucionales que implican un desmembramiento del texto constitucional vigente y que contrasta con toda la teoría clásica constitucional.

En su primer capítulo, el profesor explica que algunos cambios constitucionales son más importantes que otros, pues un proceso de reforma constitucional puede ser tan profundo que logra desconstruir, reconstituir o remplazar pilares constitucionales. No obstante, estos procesos e incluso remplazar a la Constitución colisionan y no son reconocidos por la teoría del poder constituyente que sostiene que sólo el pueblo puede aprobar una Constitución mientras que los representantes del pueblo sólo están autorizados para modificar el texto constitucional de manera congruente con los propios términos del texto, por lo que, no pueden desmembrar el texto constitucional. El pueblo recae en el poder constituyente y el poder constituido incluye a las instituciones creadas por la Constitución.

Sin embargo, el autor señala que esta teoría del poder constituyente presenta dificultades y una de ellas consiste en que no distingue la

¹ Albert, Richard, *Reforma y Desmembramiento Constitucional*, trad. de Andrés Mauricio Gutiérrez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 22.

forma en qué válidamente actúa dicho poder para reformar la Constitución, ya que, su actuar dependerá de las reglas dadas de cada país. A pesar de esto, los tribunales se han creído capaces de reconocer cuándo un cambio constitucional es hecho por el poder constituyente y cuándo no, así como han utilizado la teoría del desmembramiento para evaluar la validez de las reformas constitucionales. El autor ejemplifica con las resoluciones de tres países: Colombia, Taiwán e India.

Ricos son sus ejemplos para sustentar sus argumentos, lo que hace muy actual y dinámica la explicación de su tesis. Así, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha creado la doctrina de “sustitución de la Constitución”, que consiste en sólo autorizar al Congreso para reformarla y no incluir cambios que impliquen una derogación ni reemplazo del texto constitucional, pues la sustitución sólo está reservada para el pueblo como poder constituyente primario. En uno de sus fallos, la Corte Constitucional estableció que el poder de reforma es un poder constituido y como tal, no estaba autorizado para derogar la Constitución de la que deriva su competencia.

Por su lado, la Corte Suprema de la India ha desarrollado “una doctrina de la estructura básica” que la faculta para revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Por esto, la Corte de la India declaró que el poder de reforma no debía ser usado para vulnerar la estructura básica de la Constitución, estructura básica que se encuentra conformada por principios que incluyen la supremacía constitucional, la forma de gobierno democrática y republicana, el carácter secular del Estado, la separación de poderes y el federalismo.

Ahora bien, el autor sostiene que existen disposiciones en algunos textos constitucionales que autorizan el desmembramiento constitucional mediante los procesos de creación constitucional y lo hacen sin ninguna fractura del ordenamiento jurídico constitucional. Por ejemplo, la constitución de Suiza distingue entre enmiendas de forma “parcial” o “total”, entendiendo a la forma total como cambios que transforman a la Constitución de lo que actualmente es, distinción que atiende tanto al procedimiento como al contenido porque no sólo evalúan el contraste con los pilares constitucionales, sino que también hay distintos procesos para validar una enmienda parcial o total. No obstante, bien apunta que uno de los problemas de las teorías de reforma constitucional es que no distinguen entre modificaciones que reparan o profundizan disposiciones constitucionales frente aquellas que reconstruyen o reemplazan las mismas.

Peor aún, las cortes son inconsistentes en distinguir entre desmembramiento constitucional y una enmienda. Uno de estos casos es Turquía, pues la Constitución de dicho país faculta a la Corte para invalidar modificaciones constitucionales cuando violan el proceso de reforma constitucional, pero no la faculta para evaluar la congruencia de su contenido con el texto superior. En 2008, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de un conjunto de reformas sobre el uso de velo en las universidades, declaración que no respondió a violaciones al procedimiento de reforma constitucional, sino que la Corte vía interpretación sostuvo que había principios inmodificables en la Constitución, y uno de estos es el secularismo, el cual, habría sido vulnerado con el conjunto de reformas.

Así, la Corte tuvo que hacer un esfuerzo para hacer valer las restricciones inmodificables de la Constitución dentro del estrecho margen del control de procedimiento al que sólo se faculta a dicho tribunal. Por tanto, bajo la teoría del poder constituyente, la Corte turca sostuvo que dicha reforma al secularismo sólo podía ser impulsada por el poder constituyente. No obstante, en una decisión de 2016, en donde se le planteo la revisión de constitucionalidad de una reforma que despojaba a los integrantes de la Asamblea Nacional de su inmunidad cuando estaban siendo investigados por la fiscalía, el tribunal declaró que sólo puede analizar la constitucionalidad de las reformas constitucionales desde la vista procedimental, esto es, analizar si dichas reformas alcanzaron las mayorías requeridas para su aprobación.

De ahí que, en esta última resolución la Corte turca dio una respuesta muy contraria a su precedente, lo cual, para el profesor Richard es preocupante porque no hay una teoría clara para analizar el tema. Por eso, explica que la teoría estándar del poder constituyente promueve la inestabilidad porque no hay distinción entre los procedimientos de reforma constitucional frente a creación constitucional, pues realizar esta última acción implica seguir un proceso formal para el surgimiento de un nuevo texto con el riesgo de romper la continuidad jurídica. De igual manera, la teoría estándar no proporciona herramientas contra la manipulación judicial de las reglas de reforma constitucional porque ven factible ampliar sus facultades para analizar las modificaciones constitucionales.

En la segunda parte del libro, el autor nos señala que el desmembramiento constitucional es una doctrina judicial que tiene como objeto de estudio a los cambios constitucionales y proporciona un catálogo de opciones sobre la manera como los actores deben actuar para modificar

la Constitución. En este apartado se explica cómo ocurre y por qué sucede el desmembramiento constitucional, así como su tesis resulta aplicable para constituciones codificadas o no codificadas. Una enmienda es diseñada para ayudar a la Constitución a conseguir de mejor manera sus propósitos, mientras un desmembramiento constitucional implica una transformación fundamental de uno o varios de sus compromisos torales. Y para entender tal distinción propone tres ejemplos ocurridos en Japón, en Reino Unido y Canadá.

Sí, los tres cambios transformaron sus respectivas constituciones de una manera más profunda que una simple corrección, transformaron su núcleo y le pusieron un nuevo propósito. Formalmente, no hubo una nueva constitución, pero experimentó un cambio fundamental el texto constitucional que fue implícitamente el surgimiento de uno nuevo. Esto es así porque el desmembramiento altera una o más características esenciales de la Constitución como lo pueden ser sus derechos, su identidad y su estructura. Este concepto al trastocar la estructura implica una ruptura clara de cómo actualmente el texto constitucional organiza la distribución de poder, cómo se ejerce la autoridad o cómo funcionan las instituciones públicas. Cuando toca la identidad resulta en la anulación de un compromiso constitucional esencial o en la adopción de uno nuevo como pueden ser valores que nos permiten la jerarquía de normas, detectar principios morales o políticos, e influyen en las decisiones e interpretaciones de los actores políticos y los jueces.

Como ejemplo del desmembramiento de derechos constitucionales, el autor nos señala que en Brasil prospero una reforma constitucional para restringir el crecimiento del gasto anual a la cifra correspondiente a la tasa de inflación del año anterior, pues tenía como objetivo limitar el gasto público para enfrentar el déficit presupuestario que ha sufrido el país. Como sabemos, la Constitución brasileña tiene rubros en donde desarrolla a conciencia el contenido de los derechos sociales, es muy progresista con el derecho a la salud y a la educación, así como brinda una gama amplia de derechos a los trabajadores. No obstante, con la entrada en vigor del tope al gasto gubernamental se compromete en demasía el garantizar los derechos sociales, por lo que, no es una enmienda cualquiera, es un desmembramiento constitucional.

Un desmembramiento de identidad sucedió en el Caribe. En 2001, varios países caribeños firmaron el acuerdo de creación de una Corte de Justicia del Caribe, Corte que vino a reemplazar al Comité Judicial del Consejo Privado de Londres como tribunal superior de apelaciones de la región. Por ello, la aparición de la Corte fue el ocaso de influencia del

gobierno británico en la zona y se reconoce una genuina independencia poscolonial. Hay países que se adhirieron al acuerdo a través del proceso de reforma de enmienda formal de su país como fue el caso de Barbados, pues en este país, reformaron formalmente la Constitución eliminando todas las referencias al Comité Judicial del Consejo Privado de Londres y en su lugar, sostuvieron que las decisiones de la Corte de Justicia del Caribe son definitivas y no pueden someterse a ninguna apelación o recurso de otro tribunal.

No obstante, ante la magnitud del tema, el autor se pregunta ¿cómo identificar a los desmembramientos constitucionales de cualquier enmienda ordinaria? La respuesta consiste en que una reforma es un desmembramiento cuando los actores relevantes son conscientes que están desmantelando una parte toral de la Constitución mientras de una forma están poniendo otro cimiento a la misma. El desmembramiento surge cuando los actores relevantes son autoconscientes de que son parte de una transformación sobre un derecho, de la estructura e identidad constitucionales sin importar si produce mejores resultados democráticos o los está mermando. Aquí radica el criterio innovador de la obra en la teoría constitucional para identificar un desmembramiento constitucional.

Así, para el autor uno de los problemas de la teoría estándar radica en que los actores aprueban transformaciones constitucionales sin el suficiente respaldo popular consecuencia de que dicho diseño rara vez distinguen entre simples enmiendas frente a desmembramientos, pues hay muy pocos diseños, el autor los nombra modernos, que distinguen entre enmiendas y desmembramientos. La Constitución sudafricana es un ejemplo perfecto, pues dispone diversos umbrales para los cambios constitucionales. El umbral más alto requiere la aprobación de tres cuartas partes y dos tercios de los órganos legislativos cuando se quieren reformar las reglas de reforma constitucional y la declaración de los valores constitucionales. El umbral intermedio exige la aprobación de dos tercios de ambas cámaras legislativas cuando se quiere reformar las competencias o las funciones del Consejo Nacional de Provincias. El umbral más bajo exige la aprobación de dos terceras partes de un solo órgano legislativo para todo aquello que no aplique a los anteriores umbrales.

Ante la dificultad de diseños como el sudafricano, el autor propone el seguimiento de la regla de reciprocidad, regla que significa que cuanto sea más importante la modificación, debe ser más complejo el procedimiento. El grado de dificultad va en aumento cuando una reforma es

más transformadora, teniendo el grado más complejo cuando se deba exigir simetría entre el procedimiento requerido para desmembrar la Constitución y el procedimiento originalmente empleado para ratificarla. La teoría del desmembramiento promueve la evolución y la transformación de los ordenamientos garantizando la continuidad legal, así como evita las tentaciones para que las reformas constitucionales actúen fuera de las reglas puestas por la Constitución.

El autor propone el restablecimiento del concepto de poder constituyente en complemento con la regla de reciprocidad y usándola como regla residual cuando haya silencio en la Constitución, esto es, los personajes que integraron el poder constituyente original para ratificar la Constitución deben ser los mismos personajes que desmiembren la Constitución, umbral solicitado en aquellos casos en donde no haya distinción entre enmienda y desmembramiento constitucional para su aprobación.

La regla de reciprocidad contiene cuatro escenarios, los cuales, ayudan a distinguir y legitimar al desmembramiento del texto. El primer escenario es la diferenciación, usado sólo para aprobar enmiendas porque sólo se pide que la reforma sea aprobada con un umbral más bajo al usado originalmente en la ratificación de la constitución. El segundo es la unificación que establece cuando el umbral establecido para la reforma constitucional es el mismo empleado para la ratificación de la Constitución; podemos interpretar que ambos poderes, el de enmienda y el de desmembramiento, están incorporados bajo el umbral unificado en cuestión.

El tercer escenario es la simetría, elemento que debe entenderse como el mismo umbral de ratificación original de la Constitución que debe ser requerido para el desmembramiento constitucional. La decisión de transformar o deshacer la Constitución debe ser validada por el mismo consenso que se usó para aprobar el texto constitucional. El cuarto es el reconocimiento: el techo en el umbral requerido para un desmembramiento puede ser disminuido al usado para ratificar la Constitución cuando las élites políticas y el pueblo reconocen la legitimidad de un desmembramiento dado.

En su tercer capítulo, el autor reconoce que hay una preocupación en el mundo por la degeneración democrática, la cual consiste en que los actores políticos están utilizando los mecanismos de reforma constitucional para minar los valores liberales, situación que para algunos debe ser evitada. Sin embargo, el autor comenta que no se puede limitar la reforma constitucional para proteger los valores democráticos-

liberales porque las constituciones tienen propósitos funcionales diversos y aspiraciones diferenciadas.

Para esto, hace una diferencia conceptual entre Constitución y constitucionalismo para concluir que los estudiosos fallan en no reconocer que el constitucionalismo democrático liberal es sólo una de las muchas variantes del constitucionalismo. Las constituciones no están determinadas a utilizar ciertos valores, ya que, tienen la libertad de tomar cualquier valor moral que le dé forma a su estructura política. Por tanto, el que se busque anular reformas constitucionales degenerativas de la democracia, revela que existen presupuestos normativos que no son universalmente compartidos.

Por otro lado, el autor toma el concepto de Ran Hirschl de la juristocracia, término acuñado que explica la judicialización de la política, pues a pesar de que los tribunales carecen de legitimidad democrática, ellos discuten y deciden sobre temas económicos, de seguridad, identidad nacional entre otros temas. El autor sostiene que el control judicial no debe ser usado para obligar a un pueblo a ceñirse a valores democráticos liberales, sino que su principal misión debe ser que el pueblo y sus representantes expresen un juicio meditado sobre los cambios que desean realizar. En sus palabras, el autor señala que “El objetivo del tribunal no debería ser defender la democracia liberal, sino defender la propia Constitución”.²

Lo tribunales en lugar de anular la reforma o desmembramiento constitucional, deberían de trabajar de forma colaborativa con los actores que ejercen la facultad de reforma para establecer si aquella es producto de un juicio meditado del pueblo, usando la idea de intertemporalidad. Esto es, los tribunales deben evitar que los actores políticos estén modificando la Constitución explotando mayorías temporales para introducir cambios profundos en la Constitución, sin estar seguros de que esas mayorías representan auténticamente la voluntad del pueblo. La clave consiste en evaluar a las mayorías por su mantenimiento en el tiempo, por su perdurabilidad. La idea de intertemporalidad reconoce que la fortaleza de las mayorías es directamente proporcional a su estabilidad en el tiempo. El mero respaldo de una súper mayoría no puede otorgar legitimidad democrática a cualquier decisión popular, pero una súper mayoría sostenida en el tiempo implica una fuerte representatividad.

Los tribunales pueden confirmar la intertemporalidad sugiriendo a los actores que confirmen su proceder de insertar una transformación

² *Ibidem*, p. 109.

constitucional, confirmación que podría llevarse con al menos dos votaciones separadas en el tiempo, la inicial atendiendo el umbral constitucional requerido para aprobar la reforma y la confirmatoria, observando el mismo umbral. Secuenciar las votaciones crea oportunidades para la discusión pública y para el enriquecimiento de la deliberación legislativa, invita al pueblo a manifestar su opinión y pone a prueba la perdurabilidad del respaldo que se ofrece a una determinada reforma constitucional. Así, se evita el riesgo de que una súper mayoría efímera capture momentáneamente el proceso de reforma.

Por tanto, es enfático el profesor Richard al señalar que el papel del tribunal no es anular, sino poner el foco de atención en una reforma constitucional de gran calado, pues los jueces señalan a la comunidad constitucional que algo digno de su atención está por ocurrir, aunque el tribunal no debe frenar el proceso de reforma. Por ello, la doctrina del desmembramiento constitucional sostiene que los tribunales conservan el poder de revisión judicial de la legislación ordinaria, pero no tendrían autoridad para invalidar una enmienda constitucional. Su papel ahí sería de naturaleza asesora y su influencia debe ser más en el campo de la política que en el del Derecho, pues emitiría fallos consultivos sobre la índole de la transformación que los actores están proponiendo y sobre la dimensión del consenso que a su juicio sería necesario para legitimar la modificación.

Por otro lado, el autor sostiene que el desmembramiento constitucional fomenta la durabilidad de las constituciones porque permite hacerle cambios radicales e incluso permite prácticamente crear una nueva con los procesos establecidos en el actual texto constitucional, y con ello se evita una discontinuidad que puede marcar el inicio de un periodo de inestabilidad que crean vacíos jurídicos, sumado a que tiene la ventaja de que las democracias solidas reemplazan muy pocos sus constituciones.

Finalmente, señala que el desmembramiento constitucional refuerza la idea de resiliencia en la medida en que ofrece a las constituciones una forma de mantener la continuidad legal en el evento en que una transformación constitucional ocurra, como consecuencia de una crisis interna o externa. Esto ayuda a que la Constitución tenga la capacidad de poner en marcha los mecanismos constitucionales internos que la permitan adaptarse a las nuevas presiones sociales, sin recurrir a acciones extra constitucionales.

Por todo esto, el autor busca que la teoría del desmembramiento constitucional sea un canal estructurado para que de forma deliberada

se pueda modificar los derechos fundamentales, la estructura o identidad de una Constitución recurriendo a las reglas ordinarias de la enmienda constitucional sin romper la continuidad jurídica. Propone que los tribunales deben ser catalizadores del análisis de la reforma constitucional, pues su función es colaborativa y constructiva, no obstaculizadora mediante la anulación de las mismas. Su papel es ver que el cambio constitucional sea producto de un juicio meditado de pueblo y sus representantes.

Su teoría propone también que los desmembramientos constitucionales cuenten con legitimidad democrática, por lo que, desarrolla la regla de reciprocidad con sus cuatro escenarios recuperando la teoría del poder constituyente como herramientas legitimadoras. Cada uno de ellos, necesario para justificar una transformación constitucional. No impone un modelo de Constitución, por lo que, es deferente con la soberanía de cada nación y enfatiza el papel que debe jugar el Poder Judicial como defensor de la Constitución usando su teoría para evitar la discrecionalidad judicial e identificar un desmembramiento constitucional para seguir los pasos planteados en su obra. Por todas estas propuestas innovadoras, vale la pena leer su texto porque sin duda viene a abonar ideas entorno a la forma de estudiar las reformas constitucionales.