

Revista La Red

Revista Internacional sobre el Derecho
en el contexto de la “Glocalización”

N.º. 5



tirant
lo blanch



© **TIRANT LO BLANCH**

EDITA: TIRANT LO BLANCH

DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc

06100 Ciudad de México

Telf.: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

ISSN: 2792-6877

MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:

<http://www.tirant.net/Docs/RSC Tirant.pdf>

REFORMAS Y MOMENTOS CONSTITUCIONALES: LA TEORÍA DUALISTA INVERTIDA EN AMÉRICA LATINA

Jorge Ernesto ROA ROA¹

jorge.roa@upf.edu

Mario MATARRITA ARROYO²

mariomatarritaarroyo@gmail.com

Alejandro GÓMEZ VELÁSQUEZ³

agomezv1@eafit.edu.co

RESUMEN: Este artículo propone una reformulación crítica de la teoría del dualismo constitucional de Bruce Ackerman, aplicándola a los contextos latinoamericanos contemporáneos mediante la noción de *dualismo constitucional invertido*. A través del estudio comparado de tres casos —la Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela (2017), la proliferación de reformas constitucionales en Colombia sin momentos constitucionales genuinos y la omisión de un nuevo texto constitucional tras los acuerdos de paz— los autores identifican tres formas patológicas de constitucionalismo: autoritario, abusivo y conservador. El texto sostiene que estas distorsiones producen una fractura entre el texto constitucional y la vida social que debilita la legitimidad democrática, la eficacia normativa y la conexión simbólica de la Constitución con la ciudadanía. Como respuesta, se propone una estrategia que combine tanto la mayor participación ciudadana en los procesos de reforma y control constitucional como una reconceptualización de los procesos constituyentes a partir de sus condiciones sociales, políticas y deliberativas reales. Este enfoque permite repensar los estándares de

-
- 1 Doctor en Derecho Constitucional y profesor *tenure track* de la Universidad Pompeu Fabra. Es investigador ICCALlab del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg (Alemania). ORCID: 0000-0003-1117-2302
 - 2 Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, de Barcelona, España. Diplomas de especialización en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa (Italia) e Interpretación y aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Diplomado Internacional en Derecho Público y Protección Multinivel de los Derechos Humanos por las universidades para la Paz (Costa Rica), Heidelberg (Alemania) y el Max Planck Institut (Alemania). ORCID 0000-0003-1652-7176.
 - 3 Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona-España. Profesor titular e Investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Colombia. ORCID: 0000-0002-6354-5708.

legitimidad constitucional en América Latina y ofrece herramientas normativas para evaluar críticamente los procesos constituyentes en curso en la región.

ABSTRACT: This article offers a critical reformulation of Bruce Ackerman's theory of constitutional dualism, adapting it to the Latin American context through the concept of "inverted constitutional dualism." Drawing on three emblematic cases—the 2017 Venezuelan Constituent Assembly, the persistent cycle of constitutional amendments in Colombia lacking genuine constitutional moments, and the absence of a new constitutional order following Colombia's peace agreements—the authors identify three pathological forms of constitutionalism: authoritarian, abusive, and conservative. These distortions sever the link between the constitutional text and social reality, undermining democratic legitimacy, normative efficacy, and the symbolic resonance of the constitution with its people. In response, the article proposes increasing citizen participation in constitutional reform and judicial review, while reconceptualizing constituent processes based on their actual social, political, and deliberative conditions. This framework invites a rethinking of constitutional legitimacy standards in Latin America and equips scholars and practitioners with normative tools to critically assess current constitutional reform efforts across the region. Combining rigorous theoretical inquiry with empirical grounding, the article offers a valuable analytical agenda for future research on constitutional change and democratic legitimacy in transitional or contested constitutional regimes.

Palabras clave: Reformas Constitucionales, Momentos Constitucionales, Dualismo, América Latina, Proceso Constituyente.

INTRODUCCIÓN

La distinción que surge de la identificación de momentos de política ordinaria y momentos de política constitucional o momentos constitucionales es esencial para la teoría sobre el dualismo constitucional acuñada por BRUCE ACKERMAN. En ese marco teórico, la existencia de un momento constitucional implica muchos más elementos que un proceso formal de cambio constitucional. En efecto, un momento constitucional es el resultado de un proceso complejo en el que suceden las movilizaciones sociales, políticas e institucionales ocurridas en seis diferentes fases y que —eventualmente— pueden conducir a un cambio del texto constitucional.

Ahora bien, desde el punto de vista fáctico, pueden ocurrir momentos constitucionales sin cambios constitucionales. Asimismo, se pueden producir cambios constitucionales sin momentos constitucionales. La falta de adecuación del cambio constitucional formal al momento constitucional político y social no es solamente un problema teórico, sino que se proyecta sobre la legitimidad democrática, política y social de las Constituciones. Esa discordancia también impacta su eficacia y el poder de estas para suscitar transformaciones o regular, materialmente, la vida en común.

Una de las razones que puede conducir a cambios constitucionales sin momento constitucional es la instrumentalización de las vías institucionales de reforma. Por ejemplo,

la sustitución o la creación de las Constituciones en función de determinados objetivos contrarios al constitucionalismo liberal. Entre otros, eliminar el Estado de derecho, acabar con la separación de poderes, limitar el sistema democrático o perpetuar en el poder a un determinado partido, movimiento o persona⁴. Según la intensidad de la instrumentalización del cambio constitucional, estos fenómenos pueden constituir expresiones del constitucionalismo *abusivo* o del constitucionalismo *autoritario*, respectivamente.

La reacción extrema frente a estos dos fenómenos de constitucionalismo autoritario y abusivo puede conducir a la clausura de los canales del cambio constitucional. Ello implica impedir un cambio constitucional aún y cuando ocurra un genuino momento constitucional con altos grados de movilización social, política e institucional. Esta reacción puede ser calificada, en contraposición, como una expresión del constitucionalismo *conservador*.

En ese contexto, el objetivo general del artículo es analizar tres casos. En primer lugar, el uso de cambios constitucionales (enmiendas, referendos o procesos constituyentes) para disipar movimientos sociales, políticos e institucionales que impulsan, desde la base, momentos constitucionales. En segundo lugar, la existencia de procesos de cambio constitucional que han ocurrido en contextos sociales, políticos y constitucionales que no satisfacen las condiciones propias de un momento constitucional. Finalmente, la reticencia o temor justificado a convocar un proceso de cambio constitucional cuando hay fuertes indicios acerca de la existencia de un momento constitucional.

En el artículo se propone que el primero de esos casos es un ejemplo de constitucionalismo autoritario, el segundo de constitucionalismo abusivo y el tercero de constitucionalismo conservador. Del mismo modo, en el texto se sugieren mecanismos para contrarrestar cada uno de estos fenómenos y garantizar la adecuación de los cambios constitucionales formales a los momentos constitucionales. Todo ello con el fin de fortalecer la legitimidad democrática y social de los procesos constituyentes y sus resultados.

El esquema de análisis utilizado en este artículo, las conclusiones y las propuestas formuladas tienen el potencial de servir de instrumentos para la realización de estudios similares en otros países de América Latina; en especial, allí donde se han convocado procesos de cambio constitucional formal mediante referendos o asambleas constituyentes. La pregunta que deberían formularse esos estudios es: ¿corresponde el actual proceso de cambio constitucional a un verdadero momento constitucional u obedece, en cambio, a expresiones de constitucionalismo autoritario o abusivo?

4 En el contexto de las recientes derivas autoritarias, Levitsky y Zibatt afirman que “[c]ualquier Constitución por muy bien concebida que esté, puede ser utilizada para fracturar la democracia; en modos que son técnicamente legales”. Steve Levitsky y Daniel Ziblatt. *La Dictadura de la minoría*. Bogotá, Ariel, 2023. p. 61.

Además de proporcionar ese esquema de análisis fundado en tres casos de estudio, este artículo defiende una tesis central: cuando ocurren momentos constitucionales sin reforma constitucional formal, o bien, cuando ocurren reformas constitucionales formales sin la existencia de un momento constitucional, no solo se afecta la legitimidad democrática del texto vigente de la Constitución, sino que este pierde conexión con la sociedad y disminuye, por ende, su potencial para regular la vida social y política; en últimas, el texto constitucional pierde eficacia.

Para demostrar esa tesis, el artículo se divide en cinco partes. En la primera, se hace referencia a la teoría constitucional dualista de BRUCE ACKERMAN, en especial, a la idea de que existen momentos de política ordinaria y momentos de política constitucional. Asimismo, se indicarán los criterios para identificar cada uno de esos momentos. En la segunda parte se sostiene que en Venezuela, en 2017, se inició un proceso de cambio constitucional formal mediante la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) sin que existiera un claro momento constitucional. Todavía más, se indicará que el proceso venezolano de cambio constitucional formal fue iniciado, precisamente, cuando la mayor parte de las fuerzas políticas apostaban por mantener las líneas generales del texto constitucional aprobado en 1999, o bien, por generar un amplio movimiento social que culminaría en un verdadero momento constitucional que reclamaría el cambio de todo el régimen constitucional. Este tipo de fenómeno será considerado un caso de constitucionalismo autoritario, para lo cual se expondrán, asimismo, los principales resultados de ese proceso.

En la tercera parte se señalará que, durante los primeros veinticinco años de vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, se abusó de la reforma constitucional formal en momentos no constitucionales. Además, se indicará que muchas de esas reformas constitucionales obedecieron a manifestaciones propias del constitucionalismo abusivo. Por su parte, en la cuarta parte del artículo se sostiene que los acuerdos de paz, en Colombia, dieron origen a un momento constitucional de alta intensidad dentro del cual no se realizó una reforma constitucional formal de orden estructural. Este es un caso de constitucionalismo conservador. En la quinta sección, se argumenta en torno al núcleo central de la tesis sobre la pérdida de eficacia de los textos constitucionales que se mantienen inmutables a pesar de la existencia de momentos constitucionales, así como de la baja eficacia de los textos o reformas constitucionales aprobadas en momentos no constitucionales. Finalmente se ofrecerán algunas conclusiones sobre el tema.

I. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DUALISTA: LOS MOMENTOS CONSTITUCIONALES Y LOS MOMENTOS DE LA POLÍTICA ORDINARIA

La teoría constitucional dualista formulada por BRUCE ACKERMAN distingue entre dos tipos de decisiones con diferentes grados de legitimidad democrática. Por un lado, se encuentran las decisiones que adopta el pueblo en momentos excepcionales desde el punto de vista temporal y de las condiciones de deliberación. Estas decisiones gozan del máximo grado de legitimidad democrática porque son adoptadas en los *momentos de la política*

constitucional⁵. Un *momento constitucional* es un periodo complejo, difícil de distinguir e incluye seis fases; cada una de ellas sirve para identificar un nuevo desacuerdo social o la intención de la comunidad política de cambiar la forma a través de la cual fue resuelto un viejo desacuerdo (*signaling*) (1). Dentro de ese proceso también surgen las propuestas que conforman los extremos del debate (*proposal*) (2); el pueblo se pronuncia a favor de algunas de esas propuestas, bien sea en consultas populares y referendos o en elecciones parlamentarias y presidenciales (*triggering election*) (3); el movimiento social se activa a favor o en contra de las propuestas (*mobilized elaboration*) (4); ocurren elecciones que confieren prevalencia a las opciones o candidatos que apoyan una de las propuestas (*ratifying election*) (5); y, finalmente, se implementa la nueva decisión (*consolidating*) (6)⁶.

ACKERMAN señala que existen momentos constitucionales que satisfacen las anteriores condiciones, pero en los cuales no se produce un cambio o reforma constitucional. Del mismo modo, pueden existir reformas constitucionales que se aprueban en medio de momentos de política ordinaria. En ese sentido, no toda reforma constitucional refleja o es producto de un momento constitucional y, por otra parte, la ausencia de un cambio formal de la Constitución no anula la existencia de un momento constitucional⁷. De otro lado, las decisiones que toman diariamente el legislador y el gobierno son adoptadas en los *momentos de la política legislativa o gubernamental* y tienen un grado menor de legitimidad democrática. Cuando el pueblo no está de acuerdo con el segundo tipo de decisiones, las puede modificar si vota en las siguientes elecciones por las opciones que representan un cambio de los miembros del gobierno y del congreso, o bien, si convoca a la realización de un proceso de decisión constitucional que se oponga a la decisión adoptada en un momento legislativo o de gobierno. La tipología de las citadas situaciones se contiene en la tabla 1.

Tabla 1. Situaciones de momentos y reforma (o no) constitucional

	Momento Constitucional	Momento de política ordinaria
Con reforma constitucional	Situación 1: momento constitucional conduce a reforma constitucional	Situación 2: reforma constitucional en tiempos de política ordinaria
Sin reforma constitucional	Situación 3: momento constitucional no conduce a reforma constitucional	Situación 4: Política ordinaria, con menor legitimidad democrática en comparación con la constitucional

Elaboración propia con base en ACKERMAN

5 Bruce Ackerman. *We the people. Foundations*. Cambridge, Harvard University Press, 1991, p. 8.
6 Bruce Ackerman. *We the People 3. The Civil Rights Revolution*. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, pp. 63-82.
7 Bruce Ackerman. *We the People 3*. op. cit., pp. 63-82.

Como se puede inferir de la anterior clasificación, entre dos tipos de decisiones que corresponden con los tiempos constitucionales y los tiempos de política ordinaria, hay momentos de la historia de un sistema político en los que el pueblo se involucra más en el proceso de decisión y momentos en los cuales se involucra menos, y, en consecuencia, deja un mayor o menor espacio de discrecionalidad a sus representantes. Ese grado de intervención del pueblo en el proceso de decisión tiene efectos sobre el grado de legitimidad democrática de la decisión misma.

Desde la visión dualista, la función del control judicial de constitucionalidad es asegurar que las decisiones con menor grado de legitimidad democrática (*tiempo legislativo*) sean coherentes con las decisiones de mayor legitimidad democrática (*tiempo constitucional*). Como el propio ACKERMAN señala, la función del *judicial review* es conservadora porque consiste en preservar el estado actual de cosas que se encuentra reflejado en las decisiones adoptadas por el pueblo⁸.

Es importante señalar que ACKERMAN reconoce que los jueces deben someterse a las disposiciones constitucionales aún y cuando estas no hayan sido aprobadas en momentos constitucionales. Esta posición ha sido criticada por su excesivo positivismo y porque involucra una contradicción dentro de la propia tesis dualista de ACKERMAN. En efecto, ACKERMAN aboga por la separación entre dos momentos cualitativamente diferentes: los momentos constitucionales y los momentos de la política ordinaria. Al final, el autor acepta la fuerza vinculante de una disposición constitucional aprobada en un momento de política ordinaria⁹. No obstante, según el esquema dualista, el control de constitucionalidad es un buen mecanismo para hacer efectivas y vinculantes las decisiones de los momentos constitucionales. De esta manera, el *judicial review* no entra en tensión con la democracia, sino que se convierte en un mecanismo para protegerla “cuando preserva derechos constitucionales frente a la erosión por parte de unas élites políticamente influyentes que aún tienen que movilizar al Pueblo para que respalde la revocación de unos principios legislativos superiores previos”¹⁰.

Como es de esperarse, la tesis dualista de ACKERMAN no ha estado ausente de críticas. A manera de ejemplo, autores como Finn¹¹ y Torke¹² han advertido que dicho dualismo es incapaz de distinguir entre cambios constitucionales de revoluciones o

8 Bruce Ackerman. *We the people. Foundations*. op. cit., p. 300.

9 Para ampliar el contenido de esta crítica: Mark Tushnet. “Judicial review of legislation”. En: Peter Cane y Mark Tushnet. *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 168.

10 Bruce Ackerman. *We the people. Foundations*. op. cit., p. 13.

11 John E. Finn. “Transformation or Transmogrification? Ackerman, Hobbes (as in Calvin and Hobbes), and the Puzzle of Changing Constitutional Identity. Constitutional”. En: *Political Economy*, Vol. 10, 1999.

12 James W. Torke. “Assessing the Ackerman and Amar Theses: Notes on Extratextual Constitutional Change”. En: *Widener Journal of Public Law*, 4, 1994.

quiebres constitucionales. En una línea similar, Ballingrud¹³ y Levinson¹⁴ han objetado que la teoría de los momentos constitucionales no dispone de herramientas para distinguir entre aquellos que sean ilegítimos o injustos de los que sí lo son.

A ello podría contestarse que la *piedra de toque* de la tesis de ACKERMAN radica en el consenso que debe acompañar los momentos de política constitucional. En su criterio, el consenso deberá ser suficientemente amplio (*breadth*) y profundo (*depth*)¹⁵. Precisamente en este punto es donde radica la validez y actualidad de la propuesta¹⁶, porque permite identificar momentos estelares donde se da la plena convergencia entre la legitimidad popular y los cambios constitucionales de manera que estos resultan merecedores de mayor estabilidad en el tiempo y protección por parte de los tribunales constitucionales.

II. CAMBIOS CONSTITUCIONALES FORMALES PARA DISIPAR MOVIMIENTOS SOCIALES EN POS DE MOMENTOS CONSTITUCIONALES: EL CONSTITUCIONALISMO AUTORITARIO EN VENEZUELA

El primer y más grave caso patológico de distancia entre un momento constitucional y un cambio constitucional ocurre cuando se activan procesos de cambio constitucional formal (reformas constitucionales, referendos, asambleas constituyentes) sin momentos constitucionales, o bien, cuando se instrumentalizan estos mecanismos de cambio a efectos de evitar la formación de un movimiento social tendiente a una transformación real del régimen constitucional. Buena parte de los estudios especializados señalan que este es el caso venezolano de 2017, momento en que el presidente, Nicolás Maduro, convocó una ANC para, supuestamente, reformar la Constitución de 1999.

El 1.º de mayo de 2017, el presidente de Venezuela anunció la convocatoria a una ANC, de manera que, ese mismo día, expidió el Decreto 2830 con el objetivo de que la indicada asamblea reformara la Constitución Política de 1999. Entre varias de las inconsistencias que pueden señalarse, el decreto en cuestión adolece de vicios de inconstitucionalidad que se suscitan, entre otros aspectos, en la competencia autónoma

13 Gordon Ballingrud. "Public Reason as Highest Law". En: *Law and Philosophy*, Vol. 37(2), 2018.

14 Sanford Levinson. "Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program". En: *Yale Law Journal*, 123, 2004.

15 Bruce Ackerman. *We the People 2. Transformations*. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 272-274.

16 En un reciente artículo, Ballingrud propone que la noción de legitimidad de los momentos constituyentes de Ackerman debería complementarse con el principio de reciprocidad que desarrolla Rawls para responder a las críticas de neutralidad sustantiva que supone la tesis dualista. Gordon Ballingrud. "Legitimacy in Constitutional Moments". En: *Ratio Iuris*, Vol. 37, No. 4, 2024.

del presidente para convocar una ANC; sobre la forma de elección de ese órgano colegiado; y, finalmente, respecto de los poderes reconocidos a este.

En efecto, el Decreto 2830 violó los artículos 347¹⁷ y 348¹⁸ de la Constitución venezolana, disposiciones que prevén la potestad presidencial para convocar al pueblo y que este, a su vez, decida si opta por convocar la ANC a través de un referendo. Es decir, según la Constitución de 1999, el presidente puede llamar al pueblo para que, si a bien lo tiene, convoque una ANC, lo que no significa, en ningún caso, que el presidente pueda convocar por sí una ANC. Esto es, la interpretación armónica de los mencionados artículos 347 y 348 de la Constitución venezolana permite concluir, de forma inequívoca, que la titularidad del derecho de convocatoria de la ANC recae en el pueblo; a pesar de lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) venezolano se adhirió a la interpretación formulada en el Decreto 2830 y, en consecuencia, declaró que el presidente tenía derecho a convocar autónomamente una ANC¹⁹.

Como segundo vicio asociado, los Decretos 2878 y 2889 establecieron las reglas para la elección de la ANC: 8 miembros elegidos por los pueblos indígenas; 173 elegidos por los sectores sociales (entre otros, trabajadores, pescadores, estudiantes, personas en situación de discapacidad); y 364 en los distintos distritos electorales. Esta conformación fue objetada por violar el carácter directo y universal del voto en la medida en que cada sector podía votar únicamente por los candidatos de su grupo²⁰, y, de igual manera, porque, salvo contadas excepciones, cada circunscripción municipal tenía el mismo número de delegados, con independencia de su magnitud demográfica²¹. Además, la mayor parte de la población trabajadora no se encontraba organizada bajo el esquema sectorial, de ahí que no tuvo representación por sectores en las elec-

17 República Bolivariana de Venezuela. Constitución Política 1999. “Artículo 347. El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.

18 República Bolivariana de Venezuela. Constitución Política 1999. “Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el registro civil y electoral”.

19 República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, STSJ 378 de 2017.

20 Hanna Buck. A Constituent Assembly Only in Name? Part II on Venezuela's Constituent Assembly, VerfBlog, 2017/11/23, <http://verfassungsblog.de/a-constituent-assembly-only-in-name-part-ii-on-venezuelas-constituent-assembly/>

21 Allan Brewer Carías y Carlos García Soto. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, pp. 35-36.

ciones de la ANC y, solamente, contó con representación territorial. A todo lo anterior se sumaron las denuncias de fraude en el proceso electoral, opuestas por los propios encargados de su organización tecnológica.

Todas estas críticas fueron obviadas, también, por la Sala Constitucional del TSJ, que finalmente validó esas disposiciones²², a cuyo amparo se realizaron las elecciones de la ANC, el 30 de julio de 2017, sin la participación de los partidos de la oposición congregados en la Mesa de Unidad Nacional (MUD).

De igual manera, desde el primer día de su instalación, la ANC no solo se dedicó a discutir las disposiciones de una nueva Constitución sino que ordenó la destitución de funcionarios públicos; dispuso allanamientos; aprobó “leyes constitucionales” y, en general, asumió la sede física y las funciones de la Asamblea Nacional. Con ello, en ese momento turbulento de la historia constitucional venezolana, la ANC asumió el carácter de cuerpo supra-constitucional, al punto de que, en su primera sesión de instalación (celebrada en agosto de 2017), estableció que su mandato se prolongaría por al menos dos años (a la postre, la ANC se mantuvo activa durante tres, del 4 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2020)²³.

Por último, buena parte de las propuestas formuladas en la agenda de discusión de la ANC (Estado Comunal o Poder Popular) coincidieron con los proyectos consultados al pueblo venezolano, en 2007, y que fueron rechazados mediante referendo. En efecto, en el año 2007, el pueblo rechazó por consulta popular las reformas propuestas por el Ejecutivo a fin de establecer la reelección indefinida del presidente y, en paralelo, otras cien medidas para construir una república socialista. En contra del rechazo popular del año 2007, la propuesta de reelección fue aprobada en 2009, mientras que algunas de esas medidas también objetadas de previo fueron finalmente implementadas por leyes y decretos varios. De igual manera, otras tantas de tales iniciativas integraron, como se dijo, el núcleo de la agenda de la ANC convocada con el Decreto 2830²⁴.

Además de los problemas de legalidad y constitucionalidad que afectaron la legitimidad de la convocatoria, elección y funcionamiento de la ANC, ese proceso de creación constitucional fue excluyente y autoritario. Primero, dentro de la ANC no existió deliberación auténtica o de calidad (déficit de deliberación interna) al tiempo que ese órgano no generó deliberación alguna allende los espacios institucionales (déficit de deliberación externa). En segundo lugar, las tachas de fraude en la elección de los integrantes de la ANC, el poder indiscutible del presidente sobre este órgano y la

22 República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, STSJ 455 de 2017.

23 José Belandria García y Juan Sánchez Lora. Poder constituyente y Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, IberICONnect, 2021/02/2, <https://www.ibericonnect.blog/2021/02/poder-constituyente-y-asamblea-nacional-constituyente-en-venezuela/>

24 Allan Brewer Carías y Carlos García Soto. *Estudios sobre la Asamblea*. op. cit., p. 31.

incertidumbre sobre los resultados de la misma fueron cuestionamientos constantes que, en gran medida, menoscabaron la legitimidad democrática del proceso.

En síntesis, la ANC no tuvo como propósito central la discusión y aprobación de un texto constitucional inédito, antes bien, se trató de un proceso constituyente simulado para, sobre su base, ejercer el poder de forma autoritaria²⁵. Téngase presente que no solo implicó modificaciones constitucionales carentes de su momento constitucional, sino que, además, ocurrió cuando la mayor parte de la movilización ciudadana (favorable o no al Gobierno) se inclinaba a favor del cumplimiento de la actual Constitución. Todavía más, se trató de un proceso desplegado para silenciar a la oposición²⁶, esconder el pluralismo y la polarización política en Venezuela y, en último término, desviar la deliberación pública a través de un uso malicioso de las redes sociales²⁷.

Luego de un largo periodo en el que la oposición rechazó el régimen constitucional establecido en 1999 y se mantuvo al margen de la actividad política —al punto de no participar en las elecciones parlamentarias de 2005—, empezó, finalmente, a jugar, no sin dificultades, bajo las reglas de la Constitución venezolana de 1999; con ello, la oposición al oficialismo obtuvo resultados favorables en las elecciones parlamentarias del año 2015 (6 de diciembre) en las que logró la mayoría calificada (2/3) de la Asamblea Nacional (112 asientos, de 167 disponibles). Ello llevó a que, en 2016, los grupos opositores iniciaran un proceso de recolección de firmas para convocar un referendo, al amparo del artículo 72 constitucional, que fue finalmente bloqueado por el gobierno de Nicolás Maduro.

Las anteriores circunstancias —el triunfo electoral de 2015 y el bloqueo al referendo en 2016— incentivaron, en el gobierno venezolano, una conciencia creciente acerca de la imposibilidad de un eventual triunfo en elecciones democráticas, frente a las candidaturas o propuestas del sector opositor. Esa comprobación suscitó un cambio en la naturaleza del régimen venezolano, que, como respuestas, profundizó la ruptura de la separación de poderes, clausuró las pocas avenidas democráticas que aún se transitaban y, en suma, forzó la activación del proceso de convocatoria de la ANC, a través del Decreto 2830.

25 María Haimeri. A Constituent Assembly Only in Name? Part III on Venezuela's Constituent Assembly, *VerfBlog*, 2017/11/23, <http://verfassungsblog.de/a-constituent-assembly-only-in-name-part-iii-on-venezuelas-constituent-assembly/> Laura Jung. A Constituent Assembly Only in Name? Part I on Venezuela's Constituent Assembly, *VerfBlog*, 2017/11/23, <http://verfassungsblog.de/a-constituent-assembly-only-in-name-part-i-on-venezuelas-constituent-assembly/>

26 *Id.* Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (artículos 11 y 14).

27 Forelle, Michelle C., Howard, Philip N., Monroy-Hernandez, A. y Savage, S. "Political Bots and the Manipulation of Public Opinion in Venezuela". Oxford, Oxford Internet Institute, University of Oxford. <http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/89/2015/08/COM-PROP-2015-1.pdf>

No deja de llamar la atención el hecho paradójico de que, justo cuando la oposición aceptó las reglas de la Constitución Bolivariana de 1999, el Gobierno desplegó estrategias antidemocráticas que redujeron la eficacia de ese texto, todo ello con miras a impedir que la oposición consolidara los éxitos políticos obtenidos bajo el sistema vigente. Así, por ejemplo, el Gobierno y los demás poderes públicos cooptados por el Ejecutivo: i) anularon la elección de tres de los miembros de la Asamblea Nacional para impedir que la oposición aprobara leyes que requerían mayoría absoluta; ii) declararon inconstitucionales todas las leyes aprobadas por la oposición con mayoría simple (una sola excepción); iii) impidieron, a través del Consejo Nacional Electoral, la realización del referendo promovido por la oposición en 2016; iv) pospusieron la celebración de elecciones locales (gobernadores y alcaldes), previstas para 2015; v) eliminaron la inmunidad de los miembros de la Asamblea Nacional; vi) transfirieron los poderes de la Asamblea Nacional al TSJ²⁸; y, vii) transfirieron los poderes de la Asamblea Nacional a la ANC.

De esta manera, cualquier efecto positivo alcanzado con la decisión de la oposición de acatar el régimen constitucional de 1999 —y operar a su amparo— fue revertido con la convocatoria a la ANC; de ese proceso resultó, entre otras nocivas consecuencias, el inicio de las divisiones a lo interno de la MUD, las cuales fueron patentes en las elecciones del 15 de octubre de 2017, para seleccionar 23 gobernadores provinciales, y en las que la oposición estuvo dividida entre un sector abstencionista y uno que participó. De este modo, el gobierno convirtió las elecciones regionales en una forma indirecta de legitimar el proceso constituyente en la medida en que los comicios fueron convocados por la ANC²⁹, los gobernadores electos juraron su cargo ante ese órgano colegiado y, con ello, se comprometieron a mostrar respeto a sus decisiones. En medio de graves acusaciones de fraude, la oposición obtuvo solamente 5 de las 23 gobernaciones, mientras que las restantes 16 fueron ocupadas por militantes del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV).

Este contexto permite inferir que la ANC se convocó en un momento en el que la oposición apostaba, todavía, por un cambio de régimen que expulsara del Gobierno a la coalición chavista-madurista, todo ello sin que el cambio constitucional figurase como una de sus verdaderas prioridades. En ese tanto, de haber accedido al poder, ciertamente, la MUD se hubiese propuesto la reforma del texto constitucional de 1999, o bien, la convocatoria a una ANC; con ello, el principio de un momento

28 República Bolivariana de Venezuela, Tribunal Supremo de Justicia, STSJ 155 y 156 (de marzo de 2017).

29 Al respecto destacó el periodista Alfredo Meza para entonces que, según el oficialismo, “[t]odo el que vote el domingo estará votando por la Asamblea Nacional Constituyente, reconociendo el poder de la ANC. Todo el que salga a votar, porque es la ANC quien los convoca, quien organiza”. Alfredo Meza, “Maduro convierte las elecciones regionales en un reconocimiento a la Constituyente” En: Diario El País, 11 de octubre de 2017. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/10/12/america/1507779306_002047.html. (Consultado 06/07/2025).

constitucional habría sido la llegada al poder de la oposición (*triggering election*) y no la convocatoria de la ANC.

En último término, el proceso supuestamente constituyente de 2017 —al que la ciudadanía venezolana se opuso, en forma regular, durante el funcionamiento de la ANC³⁰— se saldó con resultados disímiles, pero en todo caso cuestionables. En los principales órdenes de su labor, la ANC venezolana legisló en contra del procedimiento previsto en la Constitución de 1999; dispuso designaciones —y ratificó otras tantas— sin contar con las competencias adecuadas, pues usurpó las conferidas a la Asamblea Nacional; y, finalmente, fracasó en su empeño de producir un proyecto de texto constitucional que fuera sometido a discusión y eventual aprobación por el pueblo venezolano.

En cuanto a esas labores, y siguiendo a Belandria García y Sánchez Lora³¹, la ANC operó al margen del texto constitucional venezolano al dictar leyes “Constitucionales”, que no solo resultaron de un procedimiento de aprobación distinto del que se prevé constitucionalmente al efecto, sino que, además, fueron aprobadas valiéndose de una categoría jurídica hasta entonces inexistente, que respondió a una “mera invención” de ese cuerpo colegiado. En efecto, con la implementación de las leyes “Constitucionales” *antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos y contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia*, la ANC implementó cuerpos normativos cuyo contenido y procedimiento, entre otros aspectos, no se encontraban regulados en el marco constitucional dentro del cual ese órgano estaba llamado a operar.

Por su parte, en materia de designaciones y ratificaciones, los autores de cita señalan que la ANC extralimitó sus competencias y, con ello, afectó las de la Asamblea Nacional, a través de la designación y ratificación de funcionarios que integran el comúnmente llamado Poder Ciudadano venezolano; así, sin resultar parte de su ejercicio funcional formal —pues tales acciones de selección y ratificación corresponden a la Asamblea Nacional—, la ANC nombró y confirmó, a través de distintos decretos constituyentes, al Fiscal General de la República, al Defensor del Pueblo y, en dos ocasiones, al Contralor General de la República. Todas esas designaciones, valga señalar, recayeron en personas vinculadas claramente al oficialismo, lo que profundizó el sentir de sospecha y descrédito democrático en relación con el desempeño de ese órgano.

Finalmente, tratándose del encargo primigenio del poder constituyente, cual es, la preparación consensuada de un texto constitucional que aspire a sustituir al vigente, la ANC venezolana nunca produjo los resultados esperados pues, con independencia de su orientación o dirección política, lo cierto es que ese poder no discutió ni redactó —al menos con vocación de ensayo— artículo o disposición constitucional alguna que pudiese ser implementada, eventualmente, por la ciudadanía en un referendo.

30 José Belandria García y Juan Sánchez Lora. Poder constituyente y Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, op.cit.

31 Ibid.

Con todo ello, ha de concluirse que el fenómeno de constitucionalismo abusivo en Venezuela, durante el año 2017, fue una etapa marcada por la simulación de un poder constituyente que, en realidad, nunca desplegó la primordial función para la que, aparentemente, fue convocado por el presidente de la República. Por el contrario, tal proceso generó afectaciones en distintos niveles pues, además de las críticas opuestas desde los ámbitos internacional y doméstico, no solo se desconoció de manera evidente el texto de la Constitución Bolivariana de 1999 —principal damnificada de ese ejercicio abusivo— sino que, por su medio, también implicó el ilegítimo desplazamiento de órganos constituidos, tales como la Asamblea Nacional.

En suma, el proceso constituyente a través del llamado de la ANC, en un momento no constitucional, y el hecho de que se haya convocado a ese órgano mediante actos contrarios a las disposiciones sobre reforma constitucional, establecidas en la Constitución de 1999, permiten afirmar que estamos ante una clara manifestación de un constitucionalismo autoritario y, por tanto, aún hoy, los resultados de la ANC “están viciados de nulidad absoluta insalvable”³².

III. CAMBIOS CONSTITUCIONALES FORMALES SIN MOMENTOS CONSTITUCIONALES: EL CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO EN COLOMBIA

El segundo caso patológico de distancia entre un momento constitucional y una reforma constitucional ocurre cuando se enmienda reiteradamente la Constitución sin que exista un momento constitucional. Esta ha sido una práctica reiterada durante los treinta y cinco años de vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Lo primero que es importante señalar es que la Constitución colombiana es una Constitución formalmente rígida. Eso significa que todos los procedimientos de reforma y cambio constitucional, a saber, a través del Congreso (el mal llamado *acto legislativo*), el Referendo o la Asamblea Nacional Constituyente³³ son mucho más exigentes que los procedimientos necesarios para aprobar o reformar una ley ordinaria³⁴. Sin embargo, la Constitución de 1991 no es efectivamente rígida. Eso quiere decir que, cuando se tienen en cuenta las condiciones políticas, históricas, el régimen de partidos, las coaliciones, el poder del presidente sobre el Congreso y el número de reformas realizadas se arriba a la conclusión de que el Congreso y el presidente pueden incidir, sin mayores dificultades, en la reforma del texto constitucional.

32 Allan Brewer Carías y Carlos García Soto. *Estudios sobre la Asamblea*. op. cit., p. 253.

33 República de Colombia, Constitución Política de Colombia, art. 374 y ss.

34 Tom Ginsburg, James Melton y Zachary Elkins. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Esa distancia entre la rigidez formal y la rigidez efectiva de la Constitución de 1991 explica que ese texto, mundialmente reconocido como vanguardista, haya sido reformado en más de sesenta oportunidades durante sus primeros treinta y cuatro años de vigencia³⁵. De manera que se han modificado más de ciento diez de los trescientos ochenta artículos permanentes que conforman la Constitución. Las reformas realizadas durante ese periodo son de todo tipo e incluyen: dos reformas políticas; una modificación del sistema penal; contrarreformas al ordenamiento territorial y su financiación; la habilitación de la reelección presidencial y el restablecimiento de su prohibición en menos de diez años, entre otras. Por lo tanto, se puede llegar a cuestionar si en Colombia existe más Constitución que constitucionalismo³⁶.

El alto número de reformas constitucionales en un periodo tan corto, así como el contenido trascendental de algunas de ellas, permite inferir que se trata de un fenómeno de constitucionalismo abusivo. En su versión original, David Landau define este fenómeno como el uso de mecanismos de cambio constitucional que hacen a un régimen “significativamente menos democrático”³⁷. Por consiguiente, esta práctica implicaría el abuso del poder de reforma constitucional con el fin de obtener objetivos partidistas de corto plazo, o bien, objetivos políticos iliberales o antidemocráticos. El ejemplo clásico de una reforma constitucional abusiva es el cambio del periodo presidencial o la habilitación de la reelección presidencial para permitir que una persona, partido o proyecto político se perpetúe en el poder.

Frente al constitucionalismo abusivo se ha propuesto que se aumente la rigidez constitucional³⁸, que se activen las cláusulas democráticas contenidas en algunos tratados internacionales, como la Carta Democrática Interamericana³⁹, o que se acuda a la teoría de la democracia militante⁴⁰. Sin embargo, la reacción más extendida frente

35 Hasta junio de 2025, la Constitución Política de Colombia se ha modificado a través de 64 Actos Legislativos, es decir, reformas constitucionales aprobadas por un proceso reforzado por el Congreso de la República. Además de ello, fue un artículo constitucional a través de un referendo constitucional de iniciativa gubernamental en el año 2003.

36 Carlos Bernal Pulido, *Constituciones sin constitucionalismo*. Ámbito Jurídico, 5 de abril de 2017, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/constituciones-sin-constitucionalismo>

37 David Landau. “Abusive Constitutionalism”. En: *University of California, Davis Law Review*, vol. 47, 2013, p. 195.

38 Víctor Ferreres Comella. “Una defensa de la rigidez constitucional”. En: *Revista Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 23, 2000, pp. 29-47.

39 Mariela Morales Antoniazzi. ¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional. En: *La Justicia Constitucional y su Internacionalización*. UNAM, México, 2010.

40 Manuel Aragón. “Reforma Constitucional y Democracia Militante”. En: Manuel Aragón Reyes, Juan José Solozábal Echavarría (Coords.), *El Estado constitucional democrático: Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo*, CEPC, Madrid, 2024, pp. 23-34

a expresiones de esta índole ha sido el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales por parte de los tribunales supremos o constitucionales⁴¹.

Este tipo de facultades para controlar el alcance de las reformas constitucionales existe tanto en países que incluyen cláusulas de intangibilidad en sus textos constitucionales, por ejemplo en Alemania, como en países que carecen de ellas, como India. En Colombia, desde el año 2003⁴², la Corte Constitucional ha desarrollado una interesante, pero también cuestionada, jurisprudencia sobre el *control de constitucionalidad de las reformas constitucionales* mediante el denominado juicio de competencia⁴³. El objetivo de este procedimiento es verificar que el Congreso no exceda sus poderes de reforma mediante la aprobación de una enmienda que quebrante, suspenda, sustituya, o, en casos extremos, suprima o destruya un elemento esencial de la Constitución de 1991⁴⁴. Si el Congreso ha excedido su poder de reforma, según la Corte, incurre en un vicio de competencia que permite invalidar la reforma constitucional⁴⁵.

Desde 2003 a la fecha, la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales siete reformas aprobadas por Actos Legislativos⁴⁶; es decir, reformas constitucionales que fueron realizadas por el Congreso de la República a través de un procedimiento reforzado de doble vuelta y mayoría absoluta. La decisión de inconstitucionalidad de esas enmiendas constitucionales obedeció a que, según la Corte, se sustituyeron elementos esenciales o definitorios del texto constitucional. Lo mismo ocurrió con una ley de iniciativa ciudadana que pretendía convocar un referendo constitucional dirigido a

41 David Landau. "Abusive Constitutionalism", op. cit., pp. 189-260.

42 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003. M.P: Eduardo Montealegre Linett.

43 Carlos Bernal Pulido. "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine". En: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n.º 2, 2013, pp. 339-357. Desde una perspectiva crítica véase: Luis Alejandro Silva y Fernando Contreras. "La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia". En: *Estudios constitucionales*, 2020, vol. 18, n.º 1, pp. 395-434. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002020000100395&lng=es&nrm=iso

44 Sobre estos conceptos véase: República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo o Sentencia C.288 de 2012. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

45 Paula Robledo Silva y Jorge Ernesto Roa Roa. "La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 15, Madrid, 2011, pp. 643-676.

46 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009 M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-1056 de 2012 M.P: Nilson Pinilla Pinilla; C-249 de 2012 M.P: Juan Carlos Henao Pérez; C-740 de 2013 M.P: Nilson Pinilla Pinilla; C-285 de 2016 M.P: Luis Guillermo Guerro Pérez; C-313 de 2016 Ms.Ps: Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-294 de 2021 M.P: Cristina Pardo Schlesinger.

permitir un tercer período consecutivo del presidente de turno. En esa ocasión, la Corte Constitucional (sentencia C-141 de 2010) consideró que dicho intento de reforma desconocía algunos ejes estructurales de la Constitución Política, como el principio de separación de los poderes y el sistema de frenos y contrapesos, la regla de alternancia y períodos preestablecidos, el derecho de igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes; por lo que procedió a declarar su inexequibilidad⁴⁷.

Como estrategias para hacer frente al constitucionalismo abusivo en Colombia, al igual que en América Latina, la activación de la Carta Democrática Interamericana o la adopción de la democracia militante aún se encuentra en ciernes⁴⁸. Por su parte, como se ha visto, si bien se ha desarrollado en Colombia la doctrina del juicio de competencia para evaluar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, su aplicación se muestra insuficiente para evitar el excesivo reformismo constitucional, así como los embates de un constitucionalismo abusivo. Por lo tanto, en relación con el objetivo de este artículo, el punto que interesa destacar es que la mayor parte de las reformas constitucionales son cambios formales sin que haya ocurrido un momento constitucional. Aún más, el constitucionalismo abusivo aprovecha contextos deficitarios de deliberación o los momentos de la política ordinaria para aprobar trascendentes cambios constitucionales sin la necesaria discusión o participación popular.

Asimismo, el constitucionalismo abusivo banaliza o trivializa el cambio constitucional, a tal punto que la sociedad se acostumbra a la aprobación de enmiendas constitucionales con frecuencia y sin deliberación. Con esa normalización, se desestimula la movilización social de base para que ocurra un verdadero momento constitucional o se crea la apariencia de que una reforma constitucional, como resultado de un momento constitucional, es un triunfo muy pobre para la movilización social, política e institucional.

Como se verá en la siguiente sección, el constitucionalismo abusivo también puede ser compatible con períodos de constitucionalismo conservador. En estos últimos, se intenta desestimar la ocurrencia de momentos constitucionales o impedir que se produzcan cambios constitucionales formales como consecuencia de un momento de política constitucional. Eso significa que pueden surgir fenómenos de constitucionalismo abusivo para reformar la Constitución sin especial deliberación y, a su vez, fenómenos de constitucionalismo conservador para evitar la reforma constitucional en momentos de deliberación, movilización y transformación social, política e institucional.

47 República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

48 Alejandro Gómez Velásquez. ¿Hacia una democracia militante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? En: *Ámbito Jurídico*, 21 de abril de 2025. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/actualidad/hacia-una-democracia-militante-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>.

IV. OMISIÓN DE CAMBIOS CONSTITUCIONALES ESTRUCTURALES EN MOMENTOS CONSTITUCIONALES: EL CONSTITUCIONALISMO CONSERVADOR

El tercer caso patológico de disociación entre un momento constitucional y un cambio constitucional ocurre cuando, ante los indicios de que existe un momento de política constitucional, se frena y obstaculiza el cambio. Este escenario es todavía más complejo cuando el momento constitucional exige una transformación estructural y esta se retrasa indefinidamente o se aplaza mediante la aprobación de reformas constitucionales parciales. Esto pudo haber ocurrido en Colombia a propósito de la implementación de los acuerdos de paz firmados con la guerrilla, en 2016.

Uno de los objetivos centrales de la Constitución de 1991 era la búsqueda de la paz y la reconciliación social, fin consagrado, en forma explícita, en la fórmula aspiracional del artículo 22, que establece la paz como un derecho y deber de obligatorio cumplimiento; en los fuertes poderes de control público conferidos al presidente de la República, incluido el poder de negociar con los grupos armados ilegales; y en el generoso catálogo de derechos fundamentales, sociales y colectivos que apostó por la superación de las causas sociales y políticas estructurales del conflicto armado. El proceso de negociación y la firma de un acuerdo para la terminación del conflicto armado supuso una revitalización parcial de la deliberación en Colombia. Además de la realización de un cuestionado plebiscito⁴⁹, el proceso de paz implicó fuertes discusiones sobre los avances del proceso, los acuerdos parciales, el acuerdo final y la aprobación de las leyes y reformas constitucionales para implementar los acuerdos⁵⁰.

La opinión mayoritaria señala que el acuerdo firmado con la guerrilla no apuntaba a una transformación del régimen constitucional configurado en 1991, sino al establecimiento de acuerdos, normas y transformaciones concretas para hacerlo realidad. Si se puede usar una expresión sencilla: “el acuerdo de paz cabe dentro de la Constitución de 1991”. Desde luego, algunas reformas constitucionales puntuales han sido inevitablemente necesarias para implementar los acuerdos de paz. En concreto, hasta el momento se han aprobado cinco enmiendas al texto fundamental cuyo contenido está directamente relacionado con la implementación de los contenidos de ese acuerdo⁵¹.

49 Roberto Gargarella. *Meditaciones democráticas. Consideraciones en torno a los Acuerdos de Paz*. En revista Semana. 30 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.semana.com/opinion/articulo/acuerdo-de-paz-meditaciones-democraticas-por-roberto-gargarella/507511/#google_vignette (Consultado 05/07/2025).

50 Sobre el desarrollo del proceso de negociación véase: Biblioteca Abierta del Proceso de Paz Colombiano, disponible en: <https://bapp.com.co/> (Consultado 05/07/2025).

51 *Vid.* Acto Legislativo 1 de 2016 (por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera; Acto Legislativo 1 de 2017

Sin embargo, también se ha considerado que el proceso de refrendación e implementación de los acuerdos de paz debería finalizar, en el largo plazo, con la promulgación de una nueva Constitución⁵². La idea era que, si el proceso era exitoso, se debía convocar una ANC que incluyera a todos los sectores sociales y políticos, especialmente, a los grupos armados que se desmovilizaron para convertirse en partidos políticos y a los sectores que se opusieron al acuerdo de paz.

De hecho, la idea de una ANC era una de las líneas rojas a las que renunció la guerrilla dentro del proceso de negociación con el Gobierno. En efecto, la guerrilla siempre consideró que la actual Constitución había sido el resultado de un proceso que excluyó su visión política de Colombia y que ocurrió justo cuando se acababa de exterminar a uno de los partidos políticos (Unión Patriótica) afines a su ideario. Para el grupo armado, la convocatoria a una ANC era la consecuencia lógica de un acuerdo de paz que incluyera su desmovilización política, pues este mecanismo encarnaría el espacio idóneo para implementar las reformas convenidas en el acuerdo de paz y re-fundar, así, el régimen constitucional⁵³.

Durante los debates y la negociación en la mesa de diálogos de La Habana (Cuba), la guerrilla renunció a una ANC porque comprendió que había una amplia convergencia nacional en torno a la Constitución de 1991, que los pactos con el Gobierno podían ser implementados bajo la vigencia de esa Constitución y los riesgos de cooptación conservadora de una ANC⁵⁴. Sin embargo, el partido político que surgió de la antigua guerrilla, aspiraba a que se convocara una ANC en la que pudieran participar sus militantes con el fin de discutir y constitucionalizar algunos de los elementos de su proyecto político. Posteriormente, ese mismo partido ha rechazado otras iniciativas

(por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones); Acto Legislativo 2 de 2017 (por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera); Acto Legislativo 3 de 2017 (por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera) y Acto Legislativo 4 de 2017 (por el cual se adiciona el artículo 361 de la constitución política).

52 Jorge Ernesto Roa Roa. "Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia". *Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional*, n.º 47, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

53 Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo. *Doce Propuestas Mínimas para una Asamblea Nacional Constituyente para la Paz*. 20 de diciembre de 2013, Disponible en: <https://www.prensarural.org/spip/spip.php?article12932> (Consultado 05/07/2025).

54 Juanita León, "Gobierno y FARC entierran la constituyente". En: *La Silla Vacía*, 13 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/caribe/gobierno-y-farc-entierran-la-constituyente/> (Consultado el 05/07/2015).

de enmienda constitucional completa de la Constitución de 1991 que no sean conexas con los acuerdos de paz.

Hasta el momento, se ha descartado la convocatoria a una ANC para implementar el acuerdo de paz y se ha optado por la reforma parcial de la Constitución y por el desarrollo legislativo y reglamentario de los compromisos adquiridos en la mesa de negociación. A corto plazo es una estrategia adecuada, pero, a largo plazo, puede resultar insostenible por la dimensión estructural de los pactos con la guerrilla y la inevitable necesidad de fortalecer la legitimidad democrática de todas las normas de implementación; especialmente, después de los resultados negativos del plebiscito realizado en el año 2016.

Este déficit democrático del que padeció el proceso de negociación entre las FARC y el Gobierno ya tiene importantes consecuencias en la implementación de lo dispuesto en el Acuerdo Final. Según el noveno y más reciente informe del Instituto Kroc de la Universidad de Notre Dame, que realiza un seguimiento a lo establecido en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto en Colombia, hasta noviembre de 2024, de las 578 disposiciones del Acuerdo de Paz solo el 34% de ellas habían sido completamente implementadas; mientras que un 19% presentaba un avance intermedio; un 38% registraba un avance mínimo; y un preocupante 9% no había iniciado su implementación⁵⁵. Este notable rezago en la efectivización del Acuerdo Final resulta atribuible, en parte, a que no respondió al momento constitucional que supuso las negociaciones, sumado a la limitación de los mecanismos democráticos utilizados para respaldarlo, lo que materializó, como consecuencia, un ejemplo típico de constitucionalismo conservador.

V. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DUALISTA INVERTIDA Y LA DISTANCIA ENTRE EL TEXTO CONSTITUCIONAL Y LA VIDA SOCIAL

Los tres casos descritos demuestran que el dualismo constitucional y, especialmente, la adecuación entre momentos constitucionales y cambios constitucionales es una aspiración lógica que ocurre con poca frecuencia en la práctica. El propio ACKERMAN lo reconoció de esa manera y señaló varios casos, en los cuales la historia constitucional de los Estados Unidos presentaba cambios constitucionales sin momentos constitucionales y, sobre todo, momentos constitucionales sin cambios constitucionales formales.

55 Instituto Kroc, Noveno Informe sobre la implementación del acuerdo final de paz en Colombia, junio 11 de 2015, disponible en: <https://kroc.nd.edu/news-events/events/2025/06/11/lanzamiento-del-noveno-informe-comprensivo-del-instituto-kroc-sobre-la-implementacion-del-acuerdo-final-de-paz-de-colombia/> (Consultado 05/07/2025).

Bajo la teoría del constitucionalismo dualista, la disconformidad entre los momentos constitucionales y los cambios constitucionales afecta la legitimidad democrática tanto de una Constitución que se resiste al cambio frente a momentos constitucionales como de una Constitución que se reforma sin que exista un momento constitucional. Sin embargo, el objetivo de este texto ha sido dar un paso más y articular esos fenómenos con las tres distorsiones descritas: constitucionalismo autoritario, abusivo y conservador, según se muestra en la tabla 2.

Tabla 2. Distorsiones del dualismo constitucional en los casos analizados

Tipo de distorsión	Definición	Mecanismo principal	Efectos sobre el orden constitucional	Caso ilustrativo
Constitucionalismo autoritario	Uso de procesos constituyentes sin existir un momento constitucional, con el fin de bloquear o suprimir movilizaciones sociales o exigencias democráticas	Simulación de poder constituyente; convocatoria fraudulenta o manipulada de una Asamblea Constituyente	Usurpación del poder constituyente; erosión del pluralismo; ruptura del orden democrático y concentración de poder	Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente de 2017
Constitucionalismo abusivo	Reforma recurrente de la Constitución sin condiciones de legitimidad democrática, con fines partidistas o iliberales	Utilización instrumental del Congreso o referendos para modificar aspectos esenciales de la Constitución en momentos de política ordinaria	Desnaturalización del texto constitucional; banalización de la reforma; debilitamiento del principio democrático	Colombia, reformas por Acto Legislativo (1991–2025)
Constitucionalismo conservador	Bloqueo de reformas constitucionales estructurales pese a la existencia de un momento constitucional legítimo	Inmovilismo institucional; rechazo o aplazamiento de una Asamblea Constituyente	Pérdida de oportunidad de transformación; desconexión entre Constitución y realidad social; deslegitimación por omisión	Colombia, implementación parcial del Acuerdo de Paz de 2016

Elaboración propia

Además, en términos deliberativos, es importante señalar que el inicio de un proceso de cambio constitucional no genera *per se* deliberación pública de calidad. Del mismo modo, un momento constitucional sin una vía de canalización adecuada, mediante un cambio constitucional, puede desperdiciar esa deliberación calificada. También resulta muy difícil transformar un proceso de cambio constitucional en un momento constitucional y es imposible, además, generar deliberación de calidad cuando existe un alto nivel de opacidad e incertidumbre sobre el marco (legal, constitucional y moral) en el que se desarrolla esa deliberación, la ausencia de garantías para implementar los consensos y la existencia de espacios a los cuales no puede acceder la oposición.

La principal idea de esta sección del artículo es que la existencia de momentos constitucionales sin reforma constitucional o de reformas constitucionales sin momento constitucional: disminuye el ya limitado potencial transformador del derecho y del constitucionalismo; reduce la eficacia de las Constituciones para regular la vida en comunidad y para resolver los desacuerdos sociales; y, aleja a la ciudadanía de las instituciones porque éstas pasan a ser percibidas como cuerpos ajenos creados por una élite y ocupados por ella misma.

Si lo anterior es cierto, lo más importante es que los procesos de cambio constitucional formal se correspondan —como señala el dualismo— con momentos constitucionales. Desde luego, no se trata de que la realidad deba ajustarse a una determinada teoría constitucional, en este caso, la teoría dualista de ACKERMAN. Por el contrario, se trata de las consecuencias en términos de legitimidad democrática y de eficacia de los textos constitucionales cuando estos se crean o reforman en momentos no constitucionales.

Aunque es difícil saber cuándo ocurre un momento constitucional, resulta menos complejo determinar que un texto aprobado en un momento no constitucional, o forzando la ocurrencia del mismo, se aleja de la vida de quienes pertenecen a la comunidad política que ese texto pretende regular. Este es el marco que permite analizar los actuales procesos constituyentes que se realizan en América Latina y el momento social de los países del subcontinente para preguntarse, por ende, si ¿cada uno de esos procesos de reforma constitucional se corresponde con un momento social y político constitucional? O si, ¿alguno de los países de la región presenta indicios de momentos constitucionales que no han sido materializados en un cambio constitucional?

Sin embargo, es importante explorar si las instituciones con las que contamos permiten moderar los efectos de cada una de estas distorsiones o si la única opción es esperar a que cada reforma constitucional coincida con un momento constitucional. Por esa razón, es importante analizar el potencial de los jueces constitucionales para remediar algunos de los problemas relacionados con la existencia de momentos constitucionales sin reforma constitucional, así como de reformas constitucionales sin momentos constitucionales.

CONCLUSIONES

Si se aceptan los postulados sustanciales del dualismo constitucional, el ideal regulativo sería que las reformas constitucionales formales ocurrieran en momentos constitucionales y que, concomitantemente, se evite reformar las Constituciones en momentos de política ordinaria. Como ya se ha señalado, eso no solo sería adaptar la vida real a una determinada teoría constitucional, sino que tendría consecuencias en términos de legitimidad democrática y eficacia social. Ahora bien, los tres casos analizados en este artículo demuestran que la realidad es esquiva a adaptarse a los modelos teóricos; por más sólidos que estos sean, incluso, aunque se trate de la teoría dualista de BRUCE ACKERMAN.

En ese contexto, dos cambios institucionales podrían ser útiles para enfrentar el dualismo invertido en América Latina. En primer lugar, ampliar la participación de los ciudadanos ante los tribunales constitucionales (acceso directo) mediante la ampliación de la legitimación activa para acceder a la justicia constitucional y la implementación de espacios deliberativos abiertos a la ciudadanía dentro de los procesos de control de constitucionalidad⁵⁶.

Esta primera propuesta permitiría que los ciudadanos participaran en la deliberación institucional sobre la interpretación de la Constitución con el fin de apoyar interpretaciones evolutivas (cuando no hubo reforma constitucional formal) o exigir mayor deferencia hacia el legislador (cuando hubo cambio constitucional formal sin momento constitucional). Los ciudadanos deben ser los primeros eslabones de la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, ya sea que esa última palabra se encuentre en el Congreso o en los tribunales constitucionales.

La segunda propuesta, como ha sugerido JOEL COLÓN-RÍOS, es aumentar la participación ciudadana en la reforma constitucional⁵⁷ para generar un “sentido de identificación de los ciudadanos con el orden constitucional, lo que les permitiría ver a la Constitución como su propio trabajo en curso, y no simplemente como la encarnación de la voluntad colectiva de un misterioso ‘Pueblo’”⁵⁸.

La mayor participación de los ciudadanos en los procesos de control de constitucionalidad y de reforma constitucional aumenta la probabilidad de adecuar la reforma de la Constitución a la existencia de un momento constitucional. Esta no es la solución a todos los problemas de eficacia constitucional que existen en América Latina, pero sí contribuye a aumentar el poder de las Constituciones para resolver nuestros desacuerdos como sociedad. Y esto no es poco.

56 Jorge Ernesto Roa Roa. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

57 Joel Colón-Ríos. *La Constitución de la democracia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 75-78.

58 Ibid, p. 76.

REFERENCIAS

- Alejandro Gómez Velásquez. ¿Hacia una democracia militante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? En: *Ámbito Jurídico*, 21 de abril de 2025 Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/actualidad/hacia-una-democracia-militante-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>.
- Allan Brewer Carías y Carlos García Soto. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017.
- Bruce Ackerman. *We the people. Foundations*. Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- : *We the People 2. Transformations*. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.
- : *We the People 3. The Civil Rights Revolution*. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.
- Carlos Bernal Pulido, *Constituciones sin constitucionalismo*. *Ámbito Jurídico*, 5 de abril de 2017, disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/constituciones-sin-constitucionalismo>.
- : “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”. En: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n° 2, 2013, pp. 339-357.
- David Landau. “Abusive Constitutionalism”. En: *University of California, Davis Law Review*, vol. 47, 2013.
- Forelle, Michelle C., Howard, Philip N., Monroy-Hernandez, A. y Savage, S. “Political Bots and the Manipulation of Public Opinion in Venezuela”. Oxford, Oxford Internet Institute, University of Oxford. <http://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/89/2015/08/COMPROP-2015-1.pdf>.
- Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo. Doce Propuestas Mínimas para una Asamblea Nacional Constituyente para la Paz. 20 de diciembre de 2013, Disponible en: <https://www.prensarural.org/spip/spip.php?article12932> (Consultado 05/07/2025).
- Gordon Ballingrud. “Public Reason as Highest Law”. En: *Law and Philosophy*, Vol. 37(2), 2018.
- : “Legitimacy in Constitutional Moments”, En: *Ratio Iuris*, Vol. 37, No. 4, 2024.
- Hanna Buck. A Constituent Assembly Only in Name? Part II on Venezuela’s Constituent Assembly, VerfBlog, 2017/11/23, <http://verfassungsblog.de/a-constituent-assembly-only-in-name-part-ii-on-venezuelas-constituent-assembly/>.
- Instituto Kroc, Noveno Informe sobre la implementación del acuerdo final de paz en Colombia, junio 11 de 2015, disponible en: <https://kroc.nd.edu/news-events/events/2025/06/11/lanzamiento-del-noveno-informe-comprensivo-del-instituto-kroc-sobre-la-implementacion-del-acuerdo-final-de-paz-de-colombia/> (Consultado 05/07/2025).
- James W. Torke. “Assessing the Ackerman and Amar Theses: Notes on Extratextual Constitutional Change”. En: *Widener Journal of Public Law*, 4, 1994.

- Joel Colón-Ríos. *La Constitución de la democracia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- John E. Finn. “Transformation or Transmogrification? Ackerman, Hobbes (as in Calvin and Hobbes), and the Puzzle of Changing Constitutional Identity. Constitutional”. En: *Political Economy*, Vol. 10, 1999.
- Jorge Ernesto Roa Roa. *La acción pública de constitucionalidad a debate*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- : “Los retos constitucionales del proceso de paz en Colombia”. *Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional*, n° 47, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- José Belandria García y Juan Sánchez Lora. Poder constituyente y Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, IberICONnect, 2021/02/2, <https://www.ibericonnect.blog/2021/02/poder-constituyente-y-asamblea-nacional-constituyente-en-venezuela/>.
- Juanita León, “Gobierno y FARC entierran la constituyente”. En: *La Silla Vacía*, 13 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/caribe/gobierno-y-farc-entierran-la-constituyente/> (Consultado el 05/07/2015).
- Laura Jung. A Constituent Assembly Only in Name? Part I on Venezuela’s Constituent Assembly, VerfBlog, 2017/11/23, <http://verfassungsblog.de/a-constituent-assembly-only-in-name-part-i-on-venezuelas-constituent-assembly/>.
- Luis Alejandro Silva y Fernando Contreras. “La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia”. En: *Estudios constitucionales*, 2020, vol. 18, n.º 1, pp. 395-434. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002020000100395&lng=es&nrm=iso.
- Manuel Aragón. *Reforma Constitucional y Democracia Militante*. En: Manuel Aragón Reyes, Juan José Solozábal Echavarría (Coords.). *El Estado constitucional democrático: Libro en homenaje a Javier Jiménez Campo CEPC*, Madrid, 2024.
- María Haimeri. A Constituent Assembly Only in Name? Part III on Venezuela’s Constituent Assembly, VerfBlog, 2017/11/23, <http://verfassungsblog.de/a-constituent-assembly-only-in-name-part-iii-on-venezuelas-constituent-assembly/>.
- Mariela Morales Antoniazzi. ¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional. En: *La Justicia Constitucional y su Internacionalización*. UNAM, México, 2010.
- Mark Tushnet. “Judicial review of legislation”. En: Peter Cane y Mark Tushnet. *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Paula Robledo Silva y Jorge Ernesto Roa Roa. “La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 15, Madrid, 2011, pp. 643-676.

Roberto Gargarella. *Meditaciones democráticas. Consideraciones en torno a los Acuerdos de Paz*. En: Revista Semana. 30 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.semana.com/opinion/articulo/acuerdo-de-paz-meditaciones-democraticas-por-roberto-gargarella/507511/#google_vignette (Consultado 05/07/2025).

Sanford Levinson. "Popular Sovereignty and the United States Constitution: Tensions in the Ackermanian Program" En: *Yale Law Journal*, 123, 2004.

Steve Levitsky y Daniel Ziblatt. *La Dictadura de la minoría*. Bogotá, Ariel, 2023.

Tom Ginsburg, James Melton y Zachary Elkins. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Víctor Ferreres Comella. "Una defensa de la rigidez constitucional". En: *Revista Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 23, 2000.

Sentencias

Tribunal Superior de Justicia de Venezuela: sentencias n.º 155, 156, 378 y 455, todas de 2017.

República de Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-551 de 2003 (M.P: Eduardo Montealegre Linett); C-588 de 2009 (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); C-141 de 2010 (M.P: Humberto Antonio Sierra Porto); C-288 de 2012 (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva); C-1056 de 2012 (M.P: Nilson Pinilla Pinilla); C-249 de 2012 (M.P: Juan Carlos Henao Pérez); C-740 de 2013 (M.P: Nilson Pinilla Pinilla); C-285 de 2016 (M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez); C-313 de 2016 (Ms.Ps. Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); C-294 de 2021 (M.P: Cristina Pardo Schlesinger).