

## Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India\*

Constitutional identity: limit on constitutional reform in Germany, Italy and India

Recibido: Febrero 05 de 2015 - Evaluado: Mayo 16 de 2015 - Aceptado: Junio 10 de 2015

Sirley Juliana Agudelo Ibáñez\*\*

### Para citar este artículo / To cite this Article

Agudelo Ibáñez, S. J. (Julio-Diciembre de 2015). Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), (123-154).

## Resumen

Se aborda el control constitucional de las reformas a la Constitución Política, a partir de la protección de su identidad. Se estudia la rigidez constitucional, los límites materiales, y se realiza un análisis jurisprudencial

\* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación “El juicio de sustitución en el control a las reformas de la Constitución Política de Colombia de 1991 –Análisis a partir del estudio jurisprudencial de los tribunales de Alemania, Italia, y la India–, adelantado por el Grupo de investigación de Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, adscrito en la línea de investigación, “Conocimiento, innovación y desarrollo sostenible regional”. Investigador principal: Sirley Juliana Agudelo Ibáñez. Proyecto financiado por la Universidad Libre, seccional Cúcuta.

\*\* Docente Investigadora y de derecho constitucional de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en derecho Constitucional, Candidata a Magister en Derecho Administrativo, adscrita al Grupo de Investigación de Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Correo electrónico: juliana.agudelo@unilibrecucuta.edu.co.

de los tribunales de Alemania, Italia, y la India, quienes a través del estudio de las cláusulas pétreas, límites implícitos, valores y principios supremos y la estructura básica de la Constitución, han condicionado el poder de reforma, garantizando que la Constitución Política se modifique bajo la indemnidad de su continuidad.

**Palabras Claves:** Rigidez constitucional, límites implícitos, identidad constitucional, cláusulas pétreas.

### **Abstract:**

This study tackles the constitutional control of the reforms around the politic constitution, based on the identity protection. Also, it's deal with the constitutional severity, the material limits, and an analysis about the jurisprudential courts of Germany, Italy and India, who through the immutable clause's study, implicit limits, values and the basic structure of the constitution have conditioned the reform power, warranting that the politic constitution be changed with the indemnity of its continuity

**Keywords:** constitutional severity, implicit limits, Constitutional Identity, immutable clause's.

### **Resumo:**

Neste artigo estuda-se o controle constitucional das emendas na Constituição Política, na procura da proteção da sua própria identidade. Estuda-se a rigidez constitucional, os limites materiais e se faz uma análise jurisprudencial dos tribunais da Alemanha, Itália e Índia, tribunais que à través do estudo das cláusulas pétreas, limites implícitos, valores y principios supremos e a estrutura básica da constituição, têm condicionado o poder da emenda constitucional, garantido que a Constituição Política seja modificada segundo a indemnidade da sua continuidade.

**Palavras chave:** Rigidez Constitucional, limites implícitos, identidade constitucional, cláusulas pétrea.

### **Introducción**

La identidad de la Constitución Política como límite a la reforma constitucional, está directamente relacionado con la estabilidad jurídico-política de los Estados y remite a la problemática de los límites materiales

y el control a la reforma constitucional. Fundamentada en la existencia de un núcleo intangible ha sido estudiada por el constitucionalismo alemán e italiano, y como límite competencial en la República de la India, modelo éste, seguido por la Corte Constitucional Colombiana en el desarrollo de la teoría de la sustitución constitucional, adoptada en la sentencia C-551 de 2003, donde señaló que el poder de reforma no tiene competencia para sustituir la totalidad de la Constitución y/o destruir sus elementos definitorios, permitiendo que se reforme bajo la garantía de su continuidad.

La identidad constitucional como límite al poder de reforma de la Constitución Política, implica el abandono de la concepción formalista de justicia constitucional, la aceptación de una Constitución material y la inexistencia de poderes absolutos en un modelo de Estado Constitucional. Es frente a ese concepto “formalista”, que la identidad se impone, advirtiendo que los límites materiales a la reforma, no se encuentran exclusivamente en las cláusulas pétreas e intangibles, se hayan igualmente en los principios y valores que otorgan su esencia, los cuales se pueden identificar de forma explícita o implícita en el texto constitucional.

La investigación concluye que la rigidez constitucional no se limita a la existencia de límites explícitos materiales y procedimentales establecidos para la reforma de la Constitución Política. La rigidez responde en el constitucionalismo contemporáneo a la garantía de su continuidad a pesar de las reformas que se le introduzcan. Así, la identidad constitucional es un verdadero límite al poder de reforma y su identificación no depende exclusivamente de las cláusulas de intangibilidad, sino de la concepción de la Constitución como un sistema material de valores y principios vinculantes.

## Problema de investigación

A partir de un estudio jurisprudencial y doctrinal se pretende establecer ¿Cuál es el alcance de la identidad constitucional como límite al poder de reforma de la Constitución Política, aplicado por las Cortes Constitucionales de Alemania, Italia y la Corte Suprema de la India?<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Es preciso dilucidar que el presente trabajo de investigación no realiza comparación, crítica y/o reflexión sobre las posturas jurisprudenciales de las Cortes Constitucionales de Alemania, Italia y la Corte Suprema de la República India, con la doctrina de la Susti-

## Metodología de Investigación

La investigación es de enfoque cualitativo, se empleó el método teórico hermenéutico, de análisis documental y síntesis. Se analizó jurisprudencia de casos concretos en Alemania, Italia y la República de la India, con el objetivo de identificar las diferentes perspectivas desde las cuales los Tribunales Constitucionales asumen la protección de la identidad constitucional. Así mismo se estudió diferentes aportes doctrinarios referidos al tema.

## Esquema de resolución del problema jurídico

En la primera parte del artículo se explica los conceptos de flexibilidad y rigidez constitucional, determinando la importancia del carácter rígido, no desde una mera concepción formalista, sino de fondo; el concepto de identidad constitucional, poder constituyente y poder de reforma, distinción ésta, a partir de la cual se desarrolla la existencia de límites a la reforma constitucional. Se realiza un estudio de los límites implícitos, exponiendo –entre otros– las posturas de la Karl LOEWENTEIN y su teoría del espíritu o *telos* de la Constitución; Carl Schmitt y las decisiones políticas fundamentales y Germán BIDART CAMPOS, quien se refiere al “techo ideológico de la Constitución”, posiciones que convergen en la protección de la identidad constitucional y la incompetencia del poder de reforma para sustituir o derogar la Constitución vigente.

En la segunda parte se efectúa un análisis jurisprudencial de los tribunales de Alemania, Italia, y la República de la India, quienes a través del estudio de las cláusulas pétreas, límites implícitos, valores y principios supremos y la estructura básica de la Constitución, han condicionado el poder de reforma, garantizando que la Constitución Política se modifique bajo la indemnidad de su continuidad. Finalmente se emiten las conclusiones.

---

tución Constitucional desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia, toda vez, que dicho asunto es tratado en otro artículo que a la fecha se está realizando, producto de la investigación en curso: “El juicio de sustitución en el control a las reformas de la Constitución Política de Colombia de 1991 –Análisis a partir del estudio jurisprudencial de los tribunales de Alemania, Italia, y La India”.

## 1. Rigidez y reforma constitucional

La teoría de la reforma constitucional se fundamenta en dos presupuestos básicos: la estabilidad y permanencia del régimen constitucional (supremacía constitucional) y la posibilidad de adaptar el régimen a los cambios y necesidades históricas (democracia). Bajo estos supuestos, se define como el instrumento jurídico utilizado para adecuar la Constitución a las necesidades sociales y políticas existentes, garantizando su permanencia, sin que se configure una ruptura del ordenamiento constitucional vigente<sup>2</sup>.

Atendiendo la clasificación de las constituciones de acuerdo al procedimiento determinado para su reforma, existen constituciones flexibles y rígidas: las flexibles son aquellas cuyo texto puede ser modificado por el órgano legislativo en la misma forma que una ley ordinaria, mientras que las rígidas requieren de un procedimiento especial y liso para su reforma, siendo estos más complejo que los existente para las leyes ordinarias. BIDART (2001) define la Constitución rígida como aquella “(...) que surgida de un poder constituyente formal, no se puede modificar sino mediante procedimientos diferentes a los de la legislación común... (p. 16)”, se caracteriza por seguir un procedimiento especial para la aprobación de una enmienda constitucional, mientras que una constitución flexible “(...) admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común; por eso, en las constituciones flexibles o elásticas suele decirse que falta la distinción entre poder constituyente y poder constituido...” (p. 16).

KELSEN (1995) refiriéndose a las constitucionales rígidas señala “...este tipo es llamada rígida, estacionaria o no elástica, en oposición a las flexibles, modificables o elásticas, que pueden ser alteradas en la misma forma que las leyes ordinarias” (p. 307) Por su parte, GUASTINNI (2001) indica que solo las constituciones rígidas, cuentan con un régimen jurídico especial, diferente del que tienen las leyes, para su aprobación, expresa que una Constitución rígida ocupará una posición suprema en el ordenamiento jurídico.

Viendo así las cosas, habrá de cuestionarse si la rigidez y flexibilidad constitucional, es un problema de simplicidad o de complejidad, o es un problema de fondo. Se podría concebir entonces, como constitución rígida, aquella que limite sólo el procedimiento de reforma y nada disponga respecto a

<sup>2</sup> Sobre el concepto de ruptura constitucional ver al respecto PISARELLO, G. (2014).

la existencia de límites materiales. Esta concepción circunscrita a la dificultad del procedimiento para su reforma, es una posición formal, que si bien, incide en el carácter rígido de una constitución, no la garantiza; pues al no existir cláusulas pétreas e intangibles, sería dable entender que el poder de reforma está autorizado para modificar cualquier disposición constitucional, e incluso derogar o sustituir la constitución vigente. Refiriéndose a los límites de la reforma COMELLA (2000), manifiesta "...aunque una constitución carezca de cláusulas de intangibilidad, los derechos abstractos que reconoce son inmunes a toda supresión ulterior" (p. 42), explica así, que los derechos operan como límites implícitos.

Se considera que la rigidez constitucional, depende no sólo del procedimiento establecido para su reforma –como lo explica KELSEN– sino que la misma desde un aspecto de fondo, obedece a la garantía y existencia de la continuidad de la constitución a pesar de las modificaciones que se le introduzcan, advirtiendo para el efecto, que una constitución rígida responde en el constitucionalismo contemporáneo, a la garantía de la supremacía constitucional, la vocación de permanencia, y la soberanía del pueblo, diferenciando entre el poder constituyente como soberano y poder constituido como poder de reforma.

Frente al grado de rigidez se pregunta el profesor CARBONELL (1998): "¿cuánta rigidez?", "¿Qué grado de dificultad debe tener el poder de cambiar una Constitución?" (p. 254), al responder advierte que la excesiva rigidez puede jugar en contra de la función misma, pues cuando la modificación se torna imposible, sus preceptos quedan en letra muerta, o se conduce al empleo de medios ilegítimos, que desconozcan la existencia del orden constitucional vigente, lo que equivaldría a su destrucción.

Por lo tanto, abandonando el sentido meramente formal, la rigidez constitucional no debe reducirse a la existencia de cláusulas pétreas e intangibles y/o de un procedimiento dificultoso de reforma de la Constitución. Refiriéndose a los límites formales ARAGÓN (2015) señala que "...el procedimiento no es exactamente un límite, sino una garantía, esto es, una condición necesaria para el válido ejercicio del poder de reforma, asegurando que la constitución ha de reformarse conforme a Derecho". (p. 320) Así pues, el procedimiento es una garantía para el ejercicio del poder, el cual por sí solo no limita materialmente al poder constituido de reforma, de ahí, que una constitución democrática habría de contener límites materiales, aceptando la existencia de

valores y principios (explícitos o no) que deben estar sustraídos a la voluntad de la mayoría política ordinaria<sup>3</sup>.

Es preciso dilucidar en este aspecto, que la irreformabilidad de la constitución, es el primer paso para su propia destrucción, así como la total flexibilización: en el primer caso se podría presentar una ruptura constitucional ante la imposibilidad de adecuarla a los cambios políticos y sociales de una época determinada, y en el segundo, el texto podría convertirse en una carta de batalla<sup>4</sup> sujeta a los intereses de los grupos políticos que detentan el poder. En este sentido, aun cuando la Constitución estipule cláusulas pétreas e intangibles como en Alemania<sup>5</sup> e Italia<sup>6</sup>, ha de entenderse que se protege la continuidad de los principios y valores que contienen dichas cláusulas, sin que ello implique la petrificación y se prohíba su reforma, tal como sucede en Alemania con la forma de Estado Federal, en donde a pesar de estar determinada su intangibilidad, ha sido reformada en varias oportunidades, sin destruir el principio del federalismo. Ahora, respecto a las constituciones donde no se señalen explícitamente límites materiales a la reforma, debe entenderse que el poder de reforma como poder constituido, sólo puede reformar la constitución y por ende, debe garantizar su vigencia a través de la protección y garantía de los valores y principios que conforman su identidad constitucional.

<sup>3</sup> Al respecto señala: “La soberanía de la nación, los derechos fundamentales y la separación de poderes, notas definitorias de la democracia, quedan así garantizadas por la Constitución y por ello sustraídas a la voluntad de los poderes constituidos”. ARAGÓN (2015, p. 315).

<sup>4</sup> VILLA, H. (1987) en su libro “Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano”, advierte como las constituciones en el siglo XIX y XX fueron reformadas y sustituidas constantemente, convirtiéndose en cartas de batalla de los grupos que detentaban el poder.

<sup>5</sup> El artículo 79 consagra la intangibilidad de la forma de Gobierno Federal democrático y social, y el principio de participación de los Estados – Länder – en la legislación, los principios de la soberanía popular, el derecho de resistencia, la dignidad humana y los derechos fundamentales inherentes al hombre como base de toda sociedad humana de la paz y de la justicia.

<sup>6</sup> El artículo 139 estipula: “La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”.

## 2. **Identidad Constitucional: Límite al poder constituido de reforma constitucional**

El tema de los límites a la reforma constitucional ha sido debatido ampliamente por la doctrina constitucional, deviene de la diferencia existente entre el poder constituyente, como poder soberano, quien otorga la Constitución, y el poder de reforma, como un poder constituido que debe actuar dentro de los parámetros fijados en el texto constitucional. Al no plantearse límites se estaría proclamando la identificación entre estos dos poderes (DE VEGA, p. 220. 1985)

En cuanto al apelativo que recibe el poder de reforma, es conveniente seguir a SÁCHICA (1999), quien aduce la contradicción al denominarlo como constituyente constituido o poder secundario o derivado, pues –advierte– no puede tener carácter de constituyente el que nada constituye por sí mismo; por el contrario, ha sido constituido para conservar lo que decidió el auténtico Constituyente, “...si hubiera un constituyente y otro derivado o secundario habría dos soberanos. Y esto no es lógico. Además, ¿cómo puede concebirse un constituyente constituido? Esto es una contradicción en los términos”. (pp. 68, 69).

SÁCHICA se refiere al poder de reforma como una “simple competencia jurídica reglada y limitada por la Constitución” (p. 69), la cual debe efectuar reformas constitucionales para conservar la Constitución vigente, sin que la reforma implique el cambio de lo reformado, en el entendido que los principios y estructuras son permanentes, esto es, el poder constituido de reforma no podrá alterar los elementos esenciales que caracterizan el ordenamiento constitucional. En el mismo sentido ZAGRABELSKY (2002), señala que el poder de revisión tiene su fundamento en la Constitución y por lo tanto “...si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez” (p. 70).

## 3. **Identidad Constitucional como límite a las reformas constitucionales: fundamentos doctrinarios**

La diferencia entre poder constituyente y poder de reforma constituido, concibe la identidad de la Constitución Política como un límite material a la reforma constitucional, que garantiza la estabilidad jurídico-política de



los Estados, al permitir la modificación bajo la continuidad del régimen constitucional. En este orden, los doctrinarios bajo una concepción material de la Constitución Política, coinciden en admitir la existencia de unos valores y principios insustituibles, dentro de los cuales debe enmarcarse la reforma<sup>7</sup>.

SÁCHICA (1999), reconoce la existencia de ciertas disposiciones, valores o principios que no se encuentran explícitamente en la Constitución, pero que aun así limitan el poder de reforma, en lo concerniente DE CABO (2003), indica que “en toda Constitución se encuentra un núcleo que define su identidad así como la (de cuyo mantenimiento depende la) continuidad del Estado, por lo que es, necesariamente, inmodificable” (p. 41), por su parte CARBONELL (1998), señala que toda Constitución debe estar competida con algunos valores mínimos, formulándose el siguiente interrogante “¿Puede el Poder de reforma establecido por la Constitución democrática reformar –hasta desdibujarlo– el sistema democrático?” (p. 264) Respuesta que fue negativa, advirtiendo que ello equivaldría a un golpe de Estado y la destrucción de la Constitución.

La existencia de dichos límites ha sido estudiada por varios autores, SCHMITT (1996), indica que en la formación de la constitución se recibe una decisión política del titular del poder constituyente, en donde identifica los principios fundamentales y determina la organización política de la sociedad. En este sentido, y admitiendo que sólo el poder constituyente como soberano absoluto es quien establece tales decisiones, señala la imposibilidad que tiene el poder de reforma para alterar la identidad y la esencia misma de la Constitución: “(...) la reforma procede sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo. La facultad de reformar la Constitución no (contiene) la facultad de dar una nueva Constitución” (p. 119).

LOEWENSTEIN (1982) al estudiar la existencia de límites a la reforma constitucional, se refiere a la intangibilidad no articulada, límites tácitos o límites inmanentes, y explica que se producen por la inmunidad de ciertos

<sup>7</sup> Sobre límites implícitos consultar, CERRA, J., (2004) La Constitución no es el límite: impugnación de actos legislativos los; límites del poder constituyente. Revista de Derecho, (22), 105-136. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/2845>.

valores ideológicos fundamentales, implícitos, immanentes o inherentes a la Constitución, los cuales no pueden desconocerse, e imponen una prohibición de reforma a partir del espíritu o *telos* de la Constitución, sin que exista una proclamación expresa o una proposición jurídica constitucional. Expone al respecto que cada sociedad posee ciertas "...convicciones comúnmente compartidas y ciertas formas de conducta que constituyen, en el sentido aristotélico de *politeia*, su Constitución" (p. 149), tales convicciones y formas de conducta fundamentan los principios y valores sobre los cuales se erige la relación entre los detentores y destinatarios del poder. Plantea ésta problemática al interrogarse: "¿Existen normas constitucionales anticonstitucionales, cuya inconstitucionalidad radique en el hecho de que el legislador constitucional haya sobrepasado los límites internos que le están impuestos por los valores fundamentales immanentes a una Constitución? (p. 150)".

Finalmente para el profesor BIDART (2001), la Constitución Argentina consagra tanto explícita como implícitamente un sistema de valores y principios que constituyen su núcleo central y conforman el "techo ideológico" o su "filosofía Política-espíritu", manifiesta que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma, y que existen ciertos "contenidos" o "partes" de la misma que si bien pueden modificarse, no pueden alterarse, suprimirse o destruirse. (p. 20)

Como se explicará es el Juez constitucional a partir de la interpretación sistemática de la Constitución quien determina dichos valores y principios, resaltando en este aspecto y conforme a lo sostenido por DE VEGA (1988), que el problema de los límites materiales al poder de reforma constitucional, no es posible resolverlo desde el derecho positivo.

#### **4. Identidad constitucional como límite a las reformas constitucionales: fundamentos jurisprudenciales**

La identidad constitucional es un límite material que se impone en Europa frente al proceso de integración europea y frente a la reforma constitucional. El primer Tribunal Constitucional en proteger la esencia del orden constitucional frente al proceso de integración fue el Italiano, bajo la teoría de *los controlimitte*, posteriormente, amplía la aplicación de la doctrina frente al poder de revisión constitucional, por su parte, el Tribunal Alemán

aplicó la doctrina inicialmente frente al poder de revisión constitucional y posteriormente como garantía frente a la integración (BON, P. 2014, pp. 170 y 183). En la República de la India la protección de la identidad constitucional ha sido ampliamente aplicada para blindar la estructura básica de la Constitución frente al poder de reforma constitucional.

La identidad constitucional se fundamenta en el principio de continuidad y estabilidad del orden constitucional, las constituciones pueden ser reformadas siempre que se garantice su núcleo esencial o elementos estructurales, los cuales se encuentran de forma explícita en el texto constitucional o surgen de una interpretación sistemática del Tribunal Constitucional. Teniendo en cuenta que la identidad de la Constitución, es el fundamento de la doctrina de la sustitución aplicada por la Corte Constitucional en Colombia, a continuación se estudiará las diferentes posturas desarrolladas por la jurisprudencia en Alemania, Italia y la República de la India, precedidos de un breve estudio del concepto de sustitución constitucional.

## **5. Sustitución constitucional: identidad constitucional en Colombia**

La Corte Constitucional Colombiana al adoptar la doctrina de la sustitución como un límite a la reforma constitucional, estudió en la sentencia C-551 de 2003, la teoría de las cláusulas intangibles en Alemania e Italia, y la teoría de la estructura básica de la Corte Suprema de la India, explicando al respecto, que en todas las constituciones existen un núcleo esencial que conforma su identidad. Señaló que, si bien no existen cláusulas intangibles en la Constitución Política de 1991, se debe conservar su identidad y continuidad a pesar de las reformas realizadas. En la sentencia C-1200 de 2003, advirtió que la intangibilidad es ajena al orden constitucional adoptado en 1991, calificando el vicio de sustitución como un vicio competencial de carácter procedimental, bajo los mismos argumentos que fundamentan la teoría de la estructura básica de la Constitución de la República de la India.

En Colombia, la doctrina de la sustitución como vicio competencial, garantiza que las reformas constitucionales respeten la continuidad y permanencia de la Constitución Política, impidiendo la sustitución total por otra integralmente distinta, o el reemplazo de un elemento definitorio de su identidad por otro opuesto, configurándose una sustitución parcial,

sustituciones que solo podrá realizar le poder constituyente como titular de la soberanía.

En estos términos, la identidad de la Constitución Política Colombiana está conformada por unos principios y valores que integran su fisonomía, y sin los cuales no podría entenderse su vigencia. Los elementos esenciales de la identidad constitucional no son intangibles, los mismos pueden ser objeto de modificación siempre que no se introduzcan elementos que sean irreconciliables. La identificación de un elemento esencial lo realiza la Corte Constitucional a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento constitucional, donde determina cuáles son las especificidades e importancia de dicho elemento en la Carta de 1991, situación que amerita una exigente carga argumentativa para contrarrestar el subjetivismo judicial.

En la construcción de la doctrina desde el año 2003 a la fecha, la Corte Constitucional ha señalado como elementos esenciales de la identidad constitucional, el sistema presidencial de gobierno, la separación del poder público, el sistema de frenos y contrapesos, el derecho de igualdad, el principio de meritocracia en la carrera administrativa, el principio de supremacía constitucional, la independencia y autonomía de la jueces de la república, el principio de alternación y períodos preestablecidos, el deber de los congresistas de actuar en todo momento consultando la justicia y el bien común, el principio de moralidad pública, el marco democrático participativo y el principio de Estado social y democrático de derecho. A estos elementos le ha dado diferentes denominaciones: principios definitorios de la constitución (C-1200 de 2003); principios y valores esenciales (C-551 de 2003); valores y principios medulares del Estado Constitucional de derecho (C-153 de 2007); aspectos definitorios de la identidad constitucional (C-588 de 2009); mandatos o principios constitucionales (C-153/07-C-310 de 2010); elementos y principios estructurantes (C-288-2012) y ejes definitorios de la identidad constitucional (C-010/13, C-579 de 2013). Estos elementos definitorios de la Constitución Política son verdaderos límites materiales implícitos al poder constituido de reforma constitucional, quien no podría sustituir total ni parcialmente la Constitución.

## **6. Intangibilidad en la Ley Fundamental de Alemania**

La Ley Fundamental para la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949, regula en el capítulo VII, art. 79, el procedimiento de su reforma, establece las siguientes exigencias:

- “1. La Ley Fundamental sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que expresamente altere el tenor literal de la Ley Fundamental o lo complemente. (...)”
2. La ley de referencia requerirá la conformidad de dos tercios de los miembros del Parlamento Federal y dos tercios de los votos del Consejo Federal.
3. Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los Arts. 1 y 20.”

El primer requisito exige que toda modificación debe constar expresamente y alterar de forma textual de su contenido, evitando con ello, que se presenten mutaciones constitucionales, como las acontecidas bajo la Constitución de Weimar de 1919, la cual sin ser reformada ni derogada, fue sustituida por una constitución material diferente durante el régimen nacionalsocialista. De esta nefasta experiencia la doctrina Alemana, desarrolla la teoría de la mutación constitucional, “*verfassungswandlung*”<sup>8</sup>, consistente en el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que vea alterada su expresión escrita (SÁNCHEZ, 2000, p. 205).

El tercer inciso consagra la intangibilidad de la forma de gobierno federal democrático y social, y el principio de participación de los Estados –Länder– en la legislación, los principios de la soberanía popular, el derecho de resistencia, la dignidad humana y los derechos fundamentales inherentes al hombre como base de toda sociedad humana de la paz y de la justicia. El constitucionalismo Alemán identifica estas disposiciones como principios estructurales del Estado, de la República Federal de Alemania, sin los cuales

<sup>8</sup> Sobre el significado de este término, SÁNCHEZ (2000) expresa en la cita No. 50: “El traductor de la versión castellana hace una traducción literal del término «*Verfassungswandlung*» que hace equivaler a «transformación de la Constitución». Este dato podría confundir a los lectores pues, a pesar de que el término que se utiliza en la traducción es literalmente fiel, no es el equivalente a su traducción más común que es la de «mutaciones constitucionales». Sobre el problema de la traducción del término «*Verfassungswandlung*» ver la Introducción de Pedro Cruz Villalón a la traducción de los escritos de Hesse [KONRAD HESSE: *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. xxvi, n. 60].

la Constitución no tendría su razón de ser y perdería su identidad. HERDEGAN (2005), tomando los postulados de Carl SCHMITT, manifiesta que la tesis de los principios intangibles o sacrosantos de un ordenamiento constitucional, "...nacen de la doctrina constitucional de Alemania bajo la Constitución de Weimar (1919), al considerarse que ciertos principios identificadores del orden constitucional que contienen sus grandes directrices no se podrían sacrificar por una simple reforma constitucional, mientras la misma Constitución continúa vigente" (p. 14).

HESSE (1996), frente a las cláusulas de intangibilidad de la Ley Fundamental Bonn, manifestó:

El art. 79.3 de la Ley Fundamental veda una abolición de los derechos fundamentales por la vía de la reforma constitucional: son inadmisibles reformas de aquellas que afecten los principios formulados en los arts. 1 y 20 GG. Estos principios: la dignidad del hombre (art. 1) y los principios democráticos y del Estado de Derecho (art. 20) resultarían afectados por cualquier abolición, porque prácticamente todos los derechos fundamentales constituyen parte esencial de tales principios, de forma tal que su eliminación suprimiría aquellos mismos principios y el ordenamiento construido sobre los mismos. No se excluye la reforma del texto de los derechos fundamentales siempre que se preserve su contenido y eficacia". (p. 473)

Se entiende así, que la garantía de permanencia de los principios intangibles depende de la conexidad que pueda tener con otras normas constitucionales, por lo tanto, la intangibilidad se extiende y aplica a estas disposiciones, concibiendo su protección como la vigencia de los mismos, sin que ello implique la petrificación de las normas que las consagran.

## 6.1 Jurisprudencia

Al examinar en la sentencia **BVerfGE 89, 155 –Maastricht. Sala Segunda de 12 de octubre de 1993–**, si al otorgar competencias esenciales del Parlamento Federal Alemán al Parlamento Europeo, vulneraba a los ciudadanos el derecho a elegir y ser representado en el Parlamento Federal Alemán e incidir en el ejercicio del poder del Estado, principios estos, protegidos en la cláusula de intangibilidad. El Tribunal *–Bundesverfassungsgericht–* sentó las bases de la relación entre el derecho constitucional y el naciente derecho europeo, advirtiendo que la aplicación del derecho europeo se condiciona al

mandato de la ley de autorización de ratificación y a la garantía de los límites de intangibilidad impuestos al poder de reforma constitucional acorde a lo establecido por la *Grundgesetz* Alemana.

Señaló así, que el principio democrático y sus elementos constitutivos son parte esencial del Estado Alemán, correspondiéndole al Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) ser el garante de dicho mandato, explicando, que a la protección de derechos y principios fundamentales no se sobrepone el derecho supranacional. (BVerfGE 89, 155 Sentencia de la Sala Segunda de 12 de octubre de 1993, p. 24). En esta medida, los derechos a la representación democrática e intervención en la política estatal, resultarían lesionados en el evento que se transmita el ejercicio de las competencias del Parlamento Federal Alemán a instituciones de la Unión Europea, sin que se cumplan las exigencias mínimas irrenunciables de la legitimación democrática de la soberanía frente a los ciudadanos, acorde se establece en el art. 20 párrafo 1 y 2 en relación con el art. 79 párrafo 3 de la Ley Fundamental. En efecto, el art. 23 párrafo 1 de la Ley Fundamental, faculta al legislador federal para transmitir ejercicio propio de potestades soberanas hasta el límite señalado por el art. 79 párrafo 3.

Concluyó que el tratado si bien altera las condiciones de la democracia Alemana, es una consecuencia del proceso de integración, que no afecta la esencia del principio, encontrándose en concordancia con el núcleo de intangibilidad de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), y el límite competencial estatuido por el constituyente Alemán.

En sentencia **BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]. Primera sala, del 30 de marzo, 2004**—. Al estudiar si la reforma constitucional que consentía previa orden judicial, emplear medios acústicos en viviendas donde estuviesen sospechosos de delitos graves, para combatir la criminalidad, implicaba restricción al derecho a la intimidad, relacionada con la inviolabilidad del domicilio y la dignidad humana, se refirió a la competencia del poder de reforma frente a las cláusulas de intangibilidad. Reiterando los fundamentos de la sentencia BVerfGE 94, 49 de 1996<sup>9</sup> manifestó:

<sup>9</sup> En esa oportunidad el *Bundesverfassungsgericht* estudió demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la nueva reglamentación del derecho fundamental de asilo político, establecida mediante reforma al Art. 16a de la Ley Fundamental.

El art. 79 párr. 3 LF constituye una norma de excepción que debe ser interpretada de manera restrictiva, y que no impide al legislador de reforma de la Constitución que modifique las concreciones jurídico-positivas de estos principios por motivos razonables (vid. BVerfGE 84, 90, 120 s.; 94, 49, 102 s.). El Tribunal Constitucional Federal tiene que respetar la competencia del legislador de reforma constitucional para cambiar algunos derechos fundamentales, limitarlos e incluso derogarlos, mientras no toque los principios consagrados en los arts. 1 y 20 LF. No está prohibido que el legislador haga modificaciones a las concreciones jurídico-positivas de estos principios que tengan lugar por motivos razonables (vid. BVerfGE 94, 49, 103 s.). Debe determinarse de manera autónoma, a través de la interpretación de cada una de las normas de los derechos fundamentales, aquello que, en el marco de cada derecho fundamental, forme parte del contenido de garantía del art. 1 párr. 1 LF. (BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]. Sentencia de la primera sala, del 30 de marzo, 2004, pp. 388-389)

Declaró que la cláusula de intangibilidad es una norma de excepción, y la misma no prohíbe al legislador constitucional modificar atendiendo motivos proporcionados, la forma en que dichos elementos se expresan en el orden jurídico positivo. Señaló que la vigilancia de las viviendas debe contener la garantía de la dignidad humana y respetar el núcleo intangible de la configuración de la vida privada, pues de no hacerlo se lesionaría la libertad otorgada a toda persona para desarrollarse en sus asuntos personalísimos. Bajo estos argumentos condicionó la exequibilidad de la reforma, siempre que su desarrollo legal excluya la información que invada el ámbito intangible de la configuración privada de la vida. Advirtió que la dignidad humana, se encuentra materializada en los derechos fundamentales, y se constituye en el límite o núcleo intangible de cada derecho, el cual escapa al poder de reforma y al mismo legislador.

Finalmente, en la **Sentencia BVerfG, 2 BvE 2/08 ( Sentencia de Lisboa) del 30 de junio de 2009**, el Tribunal Constitucional Federal, reiterando los argumentos expuestos en el pronunciamiento BVerfGE 89, 155 –Maastricht– adujo la tensión existente entre la aspiración política del proceso de integración de la Unión Europea, y la protección de la identidad constitucional de los Estados miembros. Señaló que dicho proceso debe respetar la soberanía del Estado Alemán, su identidad constitucional, la garantía de la democracia y



la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (RAGONE, 2013, pp. 394-395).

El Tribunal indicó que el proceso de integración europea, si bien implica realizar importantes reformas al régimen constitucional y político, encuentra su límite en la garantía de la identidad constitucional definida por el poder constituyente:

219. La autorización para la integración europea permite una organización diferente de la formación de la voluntad política de la que la Ley Fundamental establece para el orden constitucional alemán. Esto es aplicable hasta el límite de la identidad constitucional indisponible (art. 79.3 LFB). El principio de la autodeterminación democrática y la igual participación en el poder público no resultan afectados siquiera por el objetivo de paz y de integración de la Ley Fundamental, ni por el principio constitucional de apertura al Derecho internacional. (BVerfG, 2 BvE 2/08 –Sentencia de Lisboa– del 30 de junio de 2009- p. 83).

Al estudiar la sentencia de Lisboa, CANTARO (2010), manifestó que el Tribunal constitucional alemán, permitió una integración protegida, bajo la tutela permanente de los órganos constitucionales nacionales, estableciendo un punto de equilibrio entre el principio de apertura a Europa y el núcleo intangible de la Ley Fundamental. Por su parte Häberle, P., & CALLEJÓN, F. B. (2009), advirtieron que condicionar la integración contradice el proceso evolutivo de constitucionalización de Europa.

## 6.2 Continuidad y permanencia del orden vigente. –No petrificación–

De acuerdo a los argumentos del Tribunal Constitucional Federal, el núcleo intangible de la Ley Fundamental de Bonn, garantiza la vigencia de los principios contenidos en los artículos 1 y 20, más no pretende la petrificación de las normas que lo desarrollan, consintiendo su reforma. Los principios que contienen las cláusulas de intangibilidad se relacionan sistemáticamente con otras disposiciones, y permiten que la Corte ejerza un amplio control material a las reformas de la Constitución.

Lo expuesto se evidencia en las múltiples modificaciones realizadas a la forma de Estado Federal, GUTIÉRREZ (2006) anotó que la Ley Fundamental de

Bonn ha sido reformada por quincuagésimo segunda vez en cincuenta y siete años de vigencia, y la mayor parte de las reformas conciernen a la regulación del federalismo<sup>10</sup>.

Refiriéndose al poder constituyente alemán, ARNOLD (1992), indicó que no debe ser considerado como un poder revolucionario absolutamente ilimitado, pues su actuación encuentra límites en la vigencia de principios como la dignidad humana y el Estado Social y de Derecho; así mismo, señaló que las reformas realizadas a la Constitución Alemana, representan “...una actualización técnica del consenso alcanzado, que se fundamenta en los valores esenciales de la dignidad humana, en los demás derechos fundamentales y en el principio Estado de Derecho y Social” (p. 384), en este sentido HERDEGAN (2005), advierte que cuando el Tribunal Alemán sostiene que el poder constituyente y el poder de reforma “...no pueden desconocer exigencias elementales de justicia” (p. 135), abre el camino para ejercer un papel activista en el control sobre las reformas constitucionales .

No obstante, es preciso resaltar que el Tribunal Constitucional reconoció, que no podría destruir la competencia del poder de reforma, quien puede modificar cualquier disposición de la Ley Fundamental, incluyendo los principios intangibles, siempre que no afecte el núcleo esencial de los mismos. En consecuencia, el concepto de intangibilidad de las cláusulas pétreas, no debe entenderse en el constitucionalismo alemán como la inmodificabilidad o petrificación de las disposiciones, se debe concebir como una garantía para la continuidad y permanencia del orden vigente, permitiendo su modificación, más no su sustitución o derogación.

## **7. Principios y valores supremos del constitucionalismo italiano**

La Constitución Italiana de 1947 prevé su propia reforma en el Título VI. Los actos de reforma se denominan leyes constitucionales de revisión y se encuentran regulados en el Art. 138 del mencionado título.

En el constitucionalismo Italiano se encuentran límites materiales explícitos y no explícitos a la reforma. La Constitución Política estipula como

<sup>10</sup> Sobre este tema ver LOTHAR (2006, p. 884).

límite explícito, el artículo 139 al establecer que: “La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”, GUASTINNI (2001), siguiendo la doctrina alemana, señala que el artículo 139 no excluye la reforma, sino pretende garantizar ciertas características propias del sistema republicano, como la temporalidad y el carácter limitado del gobierno, advierte, que no comparte la postura de la Corte Constitucional Italiana quien por vía jurisprudencial, lo ha calificado como un límite insuperable que no admite modificación<sup>11</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional Italiana realizando una interpretación extensiva del artículo 139, indicó que al prohibirse la reforma del sistema republicano, implícitamente se prohíbe derogar el principio de democracia, los elementos que la garantizan y los derechos inalienables de las personas, explica, que al desconocerse estas disposiciones, se estaría afectando la noción de república, no siendo válida una ley constitucional que pretenda subvertirlos<sup>12</sup>. En estos términos, la jurisprudencia italiana fija límites implícitos textuales, pues aunque no se expresan en el derecho positivo, se derivan de la interpretación de una disposición intangible ya positivizada. (CAJAS, 2004, p. 23).

Es preciso dilucidar que el control material a la reforma constitucional en Italia, se fundamentan en la existencia del límite explícito estipulado en el artículo 139, los límites implícitos que de él se deriven y, sumado a ellos, en la identificación jurisprudencial de unos principios supremos que otorgan la esencia e identidad a la Constitución, los cuales no podrían ser destruidos por el poder de reforma. A continuación se estudia la doctrina de los principios supremos.

## 7.1 Jurisprudencia

La Corte Italiana en su jurisprudencia se declaró competente para controlar materialmente la reforma de la constitución, no sólo a partir de la interpretación del artículo 139 y de los límites implícitos textuales que él se deriva. De forma activa amplió su competencia para identificar la existencia de unos principios supremos que conforman la esencia e identidad de los valores

<sup>11</sup> Ver al respecto: Corte Constitucional Italiana, Sentencia 1146 de 1988.

<sup>12</sup> Ver sentencias, No. 183/1973, 170/1984 y 232/1989, citadas por GUASTINI, R. (2001).

que fundan la Constitución Política, y vigilar que el poder de reforma como poder constituido no pretenda subrogarlos:

La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (artículo 139 constitucional), como los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre aquellos no sujetos al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Esta Corte, por lo demás, ya ha reconocido en numerosas decisiones cómo los principios supremos del ordenamiento tienen una valencia superior respecto a las otras normas o leyes de rango constitucional (...) No se puede, por tanto, negar que esta Corte es competente para juzgar la conformidad de las leyes de reforma constitucional y de las otras leyes constitucionales es también en relación a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuera así, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo en relación a sus normas de más elevado valor. (Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 1146 / 1988. Citada por GUASTINI, R. (2001), 208-209)

Con todo, para la Corte la prohibición de reforma no recae sobre las disposiciones constitucionales que contienen los principios, sino, sobre la protección del núcleo esencial de los mismos, garantizando su vigencia. Los argumentos expuestos fueron reiterados en la sentencia No. 203 de 1989, (considerando No. 3, párrafo 1º) en dicha oportunidad, identificó la laicidad del Estado como un principio supremo del constitucionalismo, señalando que tales disposiciones ocupan un valor más alto en comparación con otras normas o leyes de rango constitucional. Jurisprudencialmente ha identificado entre otros, como principios supremos: el derecho a la tutela jurisdiccional<sup>13</sup>; la unidad de la jurisdicción<sup>14</sup> y el principio democrático<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 232 de 1989.

<sup>14</sup> Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 30 de 1971.

<sup>15</sup> Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 30 de 1971.

Un claro antecedente de esta teoría, se encuentra en la sentencia No. 183 de 1973, al estudiar el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, la Corte estableció que si bien, con el fin de lograr la integración económica y los objetivos propuestos en el tratado, es posible limitar en cierta medida la soberanía del Estado Italiano, resultaría inadmisibles una modificación al ordenamiento interno que derogue los principios supremos o los derechos inalienables de la persona humana, siendo ineludible el control de constitucionalidad, sobre la conformidad del Tratado con los referidos principios, para garantizar la continuidad del sistema constitucional.

Para la Corte Italiana los principios supremos contienen la esencia de la Constitución, y son axiológicamente superiores a la misma y a otras normas, como las de carácter comunitario e internacional, en esta medida, aplicó tales principios como parámetros de control al derecho canónico (ver sentencias Nos. 183 de 1973, 170 de 1984 y 232 de 1989 –citadas en la sentencia 1146 de 1988) y al proceso de integración de la Comunidad Europea (ver sentencias Nos. 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973 y 1 de 1977 citadas en la sentencia 1146 de 1988).

## 7.2 Constitución material

La tesis de los principios supremos se enmarca dentro la teoría sustancialista, en donde la Constitución se concibe como un conjunto de valores y principios sobre los cuales se funda su esencia (PEGORARO, 2007, p. 898). Estos principios resultan inderogables ante el poder de reforma constitucional, como garantía de la vigencia constitucional, se concibe materialmente la constitución aceptando la existencia de un núcleo esencial estable y permanente, para garantizar los fines esenciales de la Constitución (MORTATI, 2000, pp. 34-54).

En efecto, la Corte Constitucional Italiana bajo una concepción material de la constitución, admite la existencia de unos principios supremos, los cuales al no estar necesariamente positivizados son identificados en su jurisprudencia, postura que ha sido sujeto a críticas por considerarse que la Corte incurre en «*subjetivismo*» e «*indeterminación*» de los valores sustantivos<sup>16</sup>. GAMBIANO

<sup>16</sup> Ver al respecto, ARAGÓN, (1987, p. 43).

(2007,) considera que al ser la Corte quien identifica los principios supremos del ordenamiento constitucional, se abrogó un poder omnímodo, por su parte SÁNCHEZ (1994), advierte que la Corte se convierte en un legislador constitucional, que no ofrece una construcción sistemática de los principios, situación que genera inseguridad y subjetivismo.

Al respecto ZAGREBELSKY (2006), respaldando el papel del Juez constitucional, resaltó la importancia de su jurisprudencia y advirtió que éste es el instrumento normal para el desarrollo constitucional, buscando mantener y mejorar los fines esenciales de la Constitución, señaló así, que “La ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad.” (p. 165), correspondiéndole a cada generación optimizar el legado recibido.

## **8. Identidad constitucional y estructura básica de la Constitución Política de la República de la India**

La Constitución de la República de la India en el artículo 368 regula el procedimiento de reforma constitucional, otorga la competencia al Parlamento y no consagra cláusulas pétreas e intangibles. La única restricción explícita que contiene dicha regulación, se refiere a la estructura Federal del Estado, cuya reforma deberá ser aprobada por la mitad de las legislaturas de los Estados. Aun cuando no consagra límites materiales expresos, la Corte Suprema de la India ha señalado que el poder de reforma es limitado y debe preservar la Constitución existente, adaptándola a los cambios históricos, sin destruir su identidad y continuidad, desarrollando la teoría de la estructura básica.

La teoría fue adoptada en el caso *Golaknath vs Punjab* de 1967, al plantearse el carácter limitado del poder de reforma y limitar su competencia para modificar la parte III de la Constitución, la cual consagra los derechos fundamentales; y en el caso de *Kesavananda Bharati vs El Estado de Kerala* y otros (AIRE 1,973 mil SC 1461) donde fundó la noción de la “estructura básica de la Constitución” como límite al poder de reforma.

### **8.1 Jurisprudencia**

**Sentencia kesavanandabharati VS. El Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461).** El señor Nani Palkhivala impugnó ante la Corte Suprema

de Justicia la validez de las reformas 24 y 26 de 1971 y 29 de 1972. La mayor parte de los argumentos giró en torno a la enmienda No. 24, que modificaba el artículo 368, pretendiendo afirmar el poder del Parlamento para reformar todas las partes de la Constitución, incluyendo la Parte III relativa a los derechos fundamentales<sup>17</sup>, en respuesta a los efectos del fallo Golaknath v. Punjab de 1967. Los peticionarios, entre ellos el señor Palkivala, manifestaron que el poder del Parlamento había excedido su competencia, al pretender convertir el poder de enmienda constitucional en un poder ilimitado, facultándose para dañar o destruir los elementos básicos y las características fundamentales de la Constitución.

Al resolver la demanda la Corte Suprema de la India tomó dos decisiones de suma importancia, de una parte, indicó que el poder del Parlamento para modificar la Constitución es amplio y puede revisar cualquier artículo del texto constitucional, incluyendo la sección III que se refiere a los derechos fundamentales, revocando el fallo Golaknath vs Punjab de 1967, y de otra parte, señaló que si bien, se permite la modificación de los derechos fundamentales, el poder de reforma no tiene competencia para alterar la estructura básica de la Constitución.

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia Juez Sikri, frente a la modificación constitucional apuntó que el Parlamento es una creación de la Constitución, y por lo tanto debe actuar dentro de la competencia otorgada. Se planteó las siguientes preguntas:

¿Podemos decir que una modificación introducida por el Parlamento es una modificación introducida por el pueblo?”

“¿Puede el Parlamento en el ejercicio de sus competencias con arreglo al artículo 368 derogar las funciones básicas esenciales y un derecho fundamental como la libertad de expresión, la libertad de la religión, o la vida? (Sentencia kesavanandabharati V. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461)

Adujo que hay ciertas características esenciales que constituyen limitaciones implícitas al poder del Parlamento, las cuales otorgan la

<sup>17</sup> La reforma aducía la competencia absoluta al Parlamento para modificar todas las partes de la Constitución, y establecía que era un poder constituyente.

identidad constitucional y conforman su estructura básica. Por lo tanto, las modificaciones se deben realizar respetando dichos límites, para garantizar su continuidad, pues de lo contrario el Parlamento cumpliendo el procedimiento establecido en el artículo 368, podría reformar la Constitución para establecer el totalitarismo, esclavizar a la gente, y después de haber efectuado estos fines hacerla extremadamente rígida, no permitiendo su modificación. Advirtió que se puede modificar cualquier disposición, siempre que se realice respetando los derechos fundamentales y dentro de los contornos generales del preámbulo, permitiendo desarrollar sus objetivos y los principios rectores, al respecto expresó:

316. (...) La verdadera posición es que todas las disposiciones de la Constitución pueden modificarse siempre en el entendido de que la cimentación y estructura básica de la Constitución sigue siendo la misma. La estructura básica se puede decir que constará de las siguientes características: “(1) Supremacía de la Constitución; (2) la forma republicana y democrática de gobierno; (3) el carácter secular de la Constitución; (4) La separación de poderes entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial; (5) El carácter federal de la Constitución. (Sentencia kesavanandabharati V. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461)

Subrayó que aun cuando el Tribunal no puede cuestionar las decisiones políticas del Parlamento, si estas decisiones políticas pretenden destruir o derogar las características esenciales de la Constitución y /o los derechos fundamentales que alteren la estructura básica, se debe impedir toda vez que su actuación ha enmarcase en el ámbito de la Constitución que pretende modificar.

Los Jueces Shelat y Grover, adoptaron estos mismos argumentos. En cuanto a la determinación de los elementos que conforman la estructura, coincidieron con los señalados por el Juez SikriCj, añadiendo a su lista la unidad e integridad de la nación. Hicieron la salvedad que la enunciación es sola ilustrativa.

Por su parte, los Jueces K.S. Hegde y A.K. Mukherjea, Jj, analizando el poder otorgado al Parlamento para modificar la Constitución, se interrogaron:

“(...) hacer un cambio a una característica básica de la Constitución puede ser considerada simplemente como una modificación o sería, en efecto, volver a escribir una parte de la Constitución...?” (Sentencia kesavanandabharati V. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461)



Afirmaron que la Constitución de la India entendida como un documento social, tiene características básicas y circunstanciales, siendo las primeras constantes y las segundas sujetas a cambios, y por lo tanto el Parlamento no tiene competencia para derogar o eliminar sus elementos básicos como la soberanía, el carácter democrático, la unidad del país, las libertades individuales de los ciudadanos, el mandato de construir un Estado de bienestar y una sociedad igualitaria. Aclararon al respecto, que la mención de dichas características, sólo es ilustrativa, más no exhaustiva, y que las mismas deben permanecer para garantizar la vigencia de la Constitución que se pretende modificar.

La Corte Suprema declaró que todas las enmiendas eran válidas, por cuanto ninguna alteraba la estructura básica de la Constitución. Respecto a la enmienda 24, declaró su constitucionalidad condicionada, manifestando que la misma no había hecho ningún cambio sustancial al artículo 368, y que la expresión “poder constituyente”, debía entenderse dentro de los límites y el ámbito de aplicación del poder de enmienda constitucional, considerando que se ha mantenido como estaba antes de la modificación a pesar de las alteraciones introducidas en la fraseología del artículo.

Los argumentos de los Jueces coincidieron al afirmar que tal poder no tiene competencia para alterar, derogar o dañar dicha estructura, y por lo tanto, después de surtir el proceso de enmienda, debe entenderse como una Constitución modificada en el sentido de conservar su identidad, pues de lo contrario, la soberanía del pueblo sería usurpada por un órgano constituido, que al encontrar su existencia en la Constitución no podría destruir el fundamento de su propia competencia.

## 8.2 Aplicación de la doctrina de la “estructura básica”

Se han declarado inconstitucionales varias reformas que pretendían afectar la estructura básica de la Constitución, entre los pronunciamientos más destacados se encuentran la sentencia *Indira Gandhi v. RajNarain.*, A.I.R. 1975 S.C, la cual excluyó la enmienda que había validado la elección del primer ministro y pretendía exceptuar del control judicial su elección, y la sentencia *Minerva Mills Ltd. Vs. Union of India*, (1980) 3 SCC 625, en donde derogó una enmienda que suprimía todas las limitaciones al poder de reforma. Esta última constituía una respuesta del gobierno para contrarrestar los efectos de *These clauses had been inserted as a response by the Gandhi government to the decision in the Kesavananda case by the Constitution (Forty-Second Amendment) Act* , s. los efectos de llo b lod efectos del

a p̄gfpogr̄kopgte+t0oe+ç̄' la decisión tomada en el caso *Kesavananda*, al establecer la estructura básica de la Constitución como límite competencial al poder de enmienda.

La Corte Suprema busca establecer un equilibrio entre constitucionalismo y democracia, en este sentido, aduce la existencia de una estructura básica que debe permanecer, sin que ello implique la petrificación de cláusulas constitucionales, garantizando así, al igual que en Alemania la esencia de los principios y valores que identifican el orden constitucional vigente, y la posibilidad de adaptar la constitución a los cambios sociales y políticos de la época.

El control ejercido por la Corte resiste al constitucionalismo abusivo<sup>18</sup>, el cual mediante el uso de las herramientas constitucionales y bajo la potestad de un positivismo jurídico que sólo sigue procedimientos (desde una concepción formal de la rigidez constitucional), realiza reformas en contra de las garantías democráticas y los derechos humanos. Advierte ROZNAN (citado por VERDUGO, 2012) “fue el poder judicial, no el procedimiento de reforma, el que salvó a India de una dictadura”. Es preciso resaltar que la Constitución de la India en 60 años de existencia llevaba más de 100 reformas, siendo una de las más modificadas (VERDUGO, 2012), identificándose cierta flexibilidad que ha debido ser equilibrada con la teoría de la estructura básica para garantizar su continuidad.

## Conclusiones

Los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania y la Corte Suprema de la India, concuerdan en admitir la existencia de una identidad constitucional, conformada por disposiciones esenciales que no pueden ser desconocidas por el poder de reforma, so pena de sustituir, derogar o destruir la Constitución vigente, derivando dicha limitación de la distinción entre poder constituyente como soberano y poder de reforma como constituido. Sin embargo, mientras que para las Cortes Europeas dichas disposiciones son un verdadero límite material a la reforma, derivadas de las cláusulas pétreas o de la interpretación sistemática que de la misma hacen, para la Corte Suprema de la India es un

<sup>18</sup> Sobre el constitucionalismo abusivo, ver PULIDO, C. (2014) y LANDAU, D. (2015).

límite competencial al poder de reforma, procedente de la autorización para reformar, más no para derogar o sustituir la Constitución vigente, negando la existencia de límites materiales al poder de reforma.

La rigidez constitucional, no se limita a la existencia de límites explícitos materiales y procedimentales establecidos para la reforma de la Constitución Política. Una constitución rígida responde en el constitucionalismo contemporáneo a la garantía y existencia de su continuidad a pesar de la reformas que se le introduzcan. En efecto, la identificación de límites implícitos a la reforma constitucional, se relaciona con la rigidez y supremacía constitucional, procurando que la Constitución como norma fundamental, ostente estabilidad, continuidad y que el procedimiento de reforma se desarrolle en un marco de respeto a la identidad constitucional vigente, partiendo de la concepción material de la Constitución y de la coexistencia de valores y principios.

Los límites materiales a la reforma en el constitucionalismo Alemán e Italiano, no responde únicamente a la existencia de cláusulas de intangibilidad, renunciando a la concepción formalista de justicia constitucional. Si bien, existen cláusulas intangibles, la identidad y protección de la Constitución no radica en la petrificación de dichas cláusulas, ni en las normas que la desarrollan, sino en los principios que las caracterizan, los cuales se encuentren de forma explícita o implícita en el texto constitucional. Así, partiendo de la existencia de cláusulas intangibles, las Cortes extendieron su competencia de control al poder de reforma, verificando no sólo que los aspectos identificados como intangibles se respeten, sino que de sus interpretaciones desentrañaron otros principios implícitos y necesarios para mantener la identidad constitucional, conformando un núcleo de intangibilidad. La garantía reside entonces en la concepción de la Constitución como un sistema de valores y principios vinculantes.

En Alemania e Italia la existencia de cláusulas pétreas, no fue impedimento para que modificaran aspectos esenciales de su ordenamiento constitucional, en el proceso de integración a la Unión Europea. Modificación que si bien altera disposiciones contenidas en las cláusulas pétreas o en los límites implícitos que de su interpretación se derivan, no afectan el núcleo esencial e identidad de la Constitución Política, permitiendo la integración, condicionada a la continuidad del régimen constitucional el cual se entiende modificado más no sustituido.

Aun cuando las constituciones no establezcan límites materiales, el concepto de reforma constitucional y la no autorización para sustituir o derogar

la Constitución, establece un límite implícito al poder de reforma, quien no tiene competencia para alterar, derogar o dañar la Estructura básica de la Constitución, por lo tanto, después de surtirse el proceso de reforma, debe entenderse como una constitución modificada, en el sentido de conservar su identidad y sus cimientos básicos.

La identidad constitucional como límite a la reforma de la Constitución política, se fundamenta en el principio de continuidad y estabilidad del orden constitucional.

## Referencias

- ARAGÓN, M. (1987). *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional, 7(19).
- ARAGÓN REYES, M. (2015). ¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? Teoría y realidad constitucional, 36, 313-327.
- ARNOLD, R. (1992). La reforma constitucional en Alemania. *Revista de Derecho Político*, (37).
- BERNAL, C. (2014, 14 de febrero). Constitucionalismo abusivo y sustitución de la constitución. *Ámbito Jurídico*.
- BON, P. (2014). La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica. *Revista española de derecho constitucional*, 34(100), 167-188.
- BIDART C. (2001) Manual de la Constitución Reformada. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, S.A
- CAJAS SARRIA, M. A. (2004). La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. Disponible en <http://hdl.handle.net/10906/955>
- CANTARO, A. (2010). Democracia e identidad constitucional después de la Lissabon Urteil. La integración protegida. *Revista de derecho constitucional europeo*, (13), 121-164.
- CARBONELL, M. (1998). Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1657>
- CERRA, J., (2004). La Constitución no es el límite: impugnación de actos legislativos los; límites del poder constituyente. *Revista de Derecho*, (22), 105-136. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/2845>

- COMELLA, V. F. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 29-48.
- DE CABO, C. (2003). La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho. Madrid, Editorial Trotta.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- GAMBINO, S. (2007). La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Revista de derecho constitucional europeo*, (8), 189-241. Disponible en <http://dspace.si.unav.es/dspace/handle/10171/17091>
- GUASTINI, R. (2001). Estudios de teoría constitucional. M. Carbonell (Ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- GUTIÉRREZ, I. (2006) Sentido y Alcance de La Reforma del Federalismo Alemán. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (6), 1698-4889. P. 65. Disponible [http://cde.ugr.es/publicaciones/sumarios/REV248\\_6.pdf](http://cde.ugr.es/publicaciones/sumarios/REV248_6.pdf).
- HÄBERLE, P., & CALLEJÓN, F. B. (2009). La regresiva” Sentencia Lisboa” como” Maastricht-II” anquilosada. *Revista de derecho constitucional europeo*, (12), 397-429.
- HERDEGEN, M. (2005). *Reforma de la constitución y control de constitucionalidad*. Pontificia Universidad Javeriana. p. 14. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr8.pdf>
- HESSE, K. (1996). Significado de los derechos fundamentales. *Manual de Derecho Constitucional*, 2, 93.
- KELSEN, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. UNAM.
- MORTATI, C. (2009). La constitución en sentido material. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional.
- LANDAU, D. (2015). Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado. Externado, Bogotá.

- LOTHAR, M. (2006) El Estado federal experimental. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (6), 1698-4889. Disponible en [http://cde.ugr.es/publicaciones/sumarios/REV248\\_6.pdf](http://cde.ugr.es/publicaciones/sumarios/REV248_6.pdf)
- LOEWENSTEIN, Karl. (1982). *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Editorial Ariel.
- PEGORARO, L. (2007). Revisión Constitucional. “El Caso Italiano en el Contexto De La Teoría General y del Derecho Comparado.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Disponible en [http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt30.htm#N\\*](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt30.htm#N*).
- PISARELLO, G. (2014). *Procesos constituyentes: caminos para la ruptura democrática* (pp. 1-183). Trotta.
- RAGONE, S. (2013). El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada= The substantive control constitutional amendments in a comparative perspective. *Teoría y Realidad Constitucional*, (31), 391-406. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4263302>
- SÁCHICA, L. (1999). *Derecho constitucional general*. ed. 4a., Bogotá: Temis.
- SÁNCHEZ-GARCÍA, J. M. (1994). Los «principios supremos del Ordenamiento constitucional» italiano y su especial consideración en materia eclesiástica.
- SCHMITT, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Universidad Textos.
- SCHWABE, Jürgen (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe)*, trad. de Marcela Anzala Gil y Emilio MausRatz, México, Konrad Adenauer Stiftung. Disponible en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)
- URRUTIA, A. V. S. (2000). Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista española de derecho constitucional*, 20(58), 105-135.
- VERDUGO, S. (2012). Resistencia de las Constituciones Nacionales. *Revista actualidad jurídica*, 25, 663-670.
- VILLA, H. (1987). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano* (No. 11). Universidad Nacional de Colombia.
- ZAGREBELSKY, G. (2002). *La Constitución y sus normas*. Miguel CARBONELL, *Teoría de la Constitución*. (Ensayos escogidos), editorial Porrúa
- \_\_\_\_\_. (2006). ¿Qué es ser juez constitucional? *Dikaion*, 15(2). Disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/viewArticle/1352>.

- Corte Constitucional de Colombia, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-551 de 2003.
- Corte Constitucional De Colombia M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1200 de 2003.
- Corte Constitucional De Colombia, M.P. Jaime Córdoba Triviño., C-588 de 2009.
- Corte Constitucional De Colombia, M.P. Jaime Córdoba Triviño., C-153 de 2007.
- Corte Constitucional De Colombia, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-579 de 2013.
- Corte Constitucional De Colombia, M.P. Vargas. L., C-288 de 2012.
- Corte Constitucional De Colombia M.P. Luis Ernesto Vargas Silvac-010 de 2013.
- Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfGE 89, 155 – Maastricht. Sentencia de la Sala Segunda de 12 de octubre de 1993. Disponible en [http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980622\\_2bvr053298.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980622_2bvr053298.html)
- Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]. Sentencia de la primera sala, del 30 de marzo, 2004 Disponible en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)
- Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfGE 94, 49 [Traslado a un tercer Estado]. Sentencia Segunda Sala, del 14 de mayo, 1996 Disponible en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_16817-544-4-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)
- Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfG, 2 BvE 2/08 (Sentencia de Lisboa) 30 de junio de 2009 Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>
- Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 1146 / 1988. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>
- Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 203 de 1989. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>
- Corte Suprema de la India. Golaknath V. State Of Punjab 1967. Disponible: <http://openarchive.in/judis/2449.htm>
- Corte Suprema de la India. KesavanandaBharati v. El Estado de Kerala y otros (AIRE 1,973 mil SC 1461). Disponible en: <http://openarchive.in/newcases/29981.htm>.
- Corte Suprema de la India. Minerva Mills Ltd. vs. Union of India, (1980) 3 SCC 625. Disponible: <http://openarchive.in/judis/4488.htm>

