



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 10, n.º 10, enero-diciembre, 2021 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v10n10.4643

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS LÍMITES MATERIALES DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

The judicial review of the substance of constitutional
amendments in comparative constitutional law

EVELYN MILAGROS CHILO GUTIÉRREZ
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
(Lima, Perú)

Contacto: echilo@minjus.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1528-7716>

RESUMEN

El presente trabajo aborda un escenario particular de la clásica tensión entre constitucionalismo y democracia, aquella que propone la existencia de límites materiales a la potestad de reforma constitucional. La temática plantea sin duda una serie de perplejidades en torno a aspectos como la naturaleza jurídica de la potestad de reforma constitucional, la defensa de los límites materiales implícitos cuando el texto constitucional no los ha reconocido de forma explícita, la competencia y la legitimidad de las cortes constitucionales para su control, el parámetro normativo en mérito al cual se realizaría este control, entre otros. En tal contexto, este artículo propone brindar un análisis de dichas cuestiones a

partir del derecho comparado, exponiendo los casos de Alemania, Estados Unidos y Colombia, países que han brindado diferentes respuestas al tema de los límites materiales a la potestad de reforma constitucional en función de sus textos y sistemas constitucionales propios, y cuyos argumentos resultan de relevancia para la teoría constitucional.

Palabras clave: poder de reforma constitucional; límites materiales; control judicial; derecho comparado.

ABSTRACT

This paper addresses a particular scenario of the classic tension between constitutionalism and democracy, one that poses the existence of material limits to the power of constitutional reform. The subject undoubtedly raises a series of perplexities around some aspects such as the legal nature of the constitutional reform power. The essay analyzes the defense of implicit material limits when the constitutional text has not explicitly recognized them, the competence and legitimacy of the courts, the normative parameter in merit to which this control would be carried out, among others. In this context, this article proposes to provide an analysis of these issues based on comparative law, exposing the cases of Germany, the United States and Colombia, countries that have provided different answers to the issue of material limits in function of their own constitutional texts and systems, and whose arguments are relevant to constitutional theory.

Key words: power of constitutional reform; material limits; judicial review; comparative law.

Recibido: 30/07/2021

Aceptado: 30/09/2021

1. INTRODUCCIÓN

El tema que se aborda en el presente trabajo constituye una de las manifestaciones de la clásica tensión entre constitucionalismo

y democracia¹, pues una de las grandes problemáticas del constitucionalismo contemporáneo radica en la compatibilización de los principios de supremacía constitucional —asociada a su fuerza vinculante y su carácter de rigidez— y soberanía popular —vinculada, en este caso, a la predisposición y apertura al cambio que deben estar presentes en toda norma fundamental que mantenga cierta vocación de permanencia—.

En ese sentido, resulta evidente la incidencia de esta tensión en el grado de rigidez que suele predicarse de un texto constitucional. Como destacaba Gomes Canotilho (1993, pp. 147-148), la dicotomía planteada en la obra de Bryce (2015) sobre las constituciones *flexibles* y *rígidas*, posee en la actualidad un valor «tendencialmente arqueológico», toda vez que esta característica no se limita a verificar si las disposiciones constitucionales pueden ser modificadas a través de leyes ordinarias, sino que incluye además la problemática vinculada con la apertura temporal de las normas constitucionales (Gomes, 1993, p. 148)². Asimismo, Hesse (2012) resaltaba que el problema de la rigidez constitucional «se presenta como uno de coordinación “correcta” entre los caracteres de apertura y amplitud, de un lado, y fuerza vinculante de la Constitución, de otro» (pp. 49-50)³.

1 Entre otros, dan cuenta de esta problemática Keith E. Whittington (2005, pp. 116-141).

2 El autor entiende a la «apertura constitucional» en los siguientes términos: i) la Constitución contiene una regulación deliberadamente incompleta en aras de permitir y garantizar un espacio de libertad para el antagonismo, el compromiso y el consenso pluralísticos, esto es, apertura de las normas constitucionales que les permite ser concretizadas de forma renovada y cambiante; ii) texto constitucional susceptible de alteración formal, de acuerdo con las necesidades impuestas por la evolución política y social, es decir, la existencia de límites mayores o menores (mayorías calificadas, límites temporales o materiales) para la revisión del texto constitucional.

3 Precisamente en ese sentido, los debates referidos a los límites a la mutación constitucional, y de modo más genérico, a los límites a la interpretación constitucional, también forman manifestaciones de la tensión entre constitucionalismo y democracia.

En respuesta a este contexto de tensión entre estabilidad y dinámica constitucionales, la teoría constitucional ha desarrollado por un lado los límites a la interpretación constitucional, y, por otro, los límites a la potestad de reforma constitucional. En este artículo se abordarán estos últimos, específicamente los denominados límites materiales, que son aquellos referidos al control de aspectos sustantivos de la potestad de reforma constitucional, y que en ese sentido resultan particularmente polémicos en la teoría constitucional.

La temática plantea sin duda una serie de perplejidades en torno a aspectos como: i) la naturaleza jurídica de la potestad de reforma constitucional; ii) la defensa de los *límites materiales implícitos* cuando el propio texto constitucional no ha reconocido este tipo de límites de forma explícita; iii) la competencia y la legitimidad de las cortes constitucionales para su control; iv) el parámetro normativo en mérito al cual se realizaría este control, teniendo en cuenta el rango constitucional de las disposiciones que son materia de evaluación; entre otros.

En tal contexto, el presente artículo propone brindar un análisis de estas cuestiones a partir del derecho comparado, exponiendo los casos de Alemania, Estados Unidos y Colombia, países que han brindado diferentes respuestas al tema de los límites materiales a la potestad de reforma constitucional en función de sus textos y sistemas constitucionales propios, y cuyos argumentos resultan de relevancia para la teoría constitucional.

2. ANÁLISIS DE LOS LÍMITES MATERIALES EN EL DERECHO COMPARADO

2.1. ALEMANIA

Según el estudio de derecho comparado realizado por Contiades y Fotiadou (2016), el funcionamiento de la fórmula de enmienda en Alemania reivindica un modelo pragmático de cambio constitucional, puesto que el procedimiento de reforma constitucional

se configura como el mecanismo ordinario de cambio constitucional, y la judicatura constitucional asume un rol importante, pero de carácter complementario. En ese sentido, autores como Arnold (1992) consideran al texto constitucional como un documento relativamente flexible, sin perjuicio de lo cual el constituyente alemán ha reconocido un listado de límites materiales expresos al poder de reforma constitucional en su artículo 79, inciso 3⁴.

Es decir que si bien sus requisitos formales no son difíciles de cumplir para su práctica política, se establecen cláusulas de intangibilidad como límites a esta potestad. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha reconocido su condición de último intérprete de la Constitución, capaz de efectuar el control abstracto de constitucionalidad, incluso sobre leyes de reforma constitucional⁵.

4 Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental]

(1) La Ley Fundamental solo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat. (Límites formales)

(3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20. Estas últimas disposiciones están referidas al principio de la dignidad humana y la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (artículo 1), así como la fórmula política de Alemania, la de un Estado federal democrático y social de Derecho, y los principios de soberanía popular y supremacía constitucional.

5 Decisiones del 15 de diciembre de 1970, 23 de abril de 1991, 18 de abril y 14 de mayo de 1996, y 3 de marzo de 2004, en las que se procedió a la revisión de leyes de reforma constitucional mencionadas en Gözler (2008).

Entre los casos paradigmáticos de control constitucional de leyes de reforma constitucional destacan los siguientes (Gözler, 2008, pp. 56-63):

- **Caso Klass (15 de diciembre de 1970)**. Este caso se dio con motivo de la reforma constitucional formulada el 24 de junio de 1968 al artículo 10 de la Constitución, el cual reconoce el derecho al secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, y que sus restricciones solo podrán ser ordenadas por una ley. El texto incorporado dispuso lo siguiente:

Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo.

Es decir, esta enmienda habilitó la restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones con la finalidad de garantizar la seguridad nacional y la democracia. Asimismo, reemplaza el control judicial de la afectación a este derecho por un control de carácter parlamentario.

La enmienda constitucional fue impugnada ante el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Klass, el cual confirmó su constitucionalidad al considerar, por mayoría, que no resultaba contraria a los principios inmutables de la Ley Fundamental, como la dignidad humana, la separación de poderes y el Estado de derecho, enumerados en el artículo 79 (3). Así, se consideró que la determinación de una disposición como lesiva de la dignidad humana no puede darse en el marco de una regulación general, sino a partir del análisis de circunstancias específicas, toda vez que una norma que establezca alguna restricción a la libertad de un ciudadano, aún sin su conocimiento, no resulta lesiva de la dignidad humana *per se*. Asimismo, se consideró que el reemplazo del control judicial de la medida por un control a través de un

órgano designado por el Parlamento configura una garantía suficiente para la dignidad y el principio de separación de poderes.

En conclusión, para el sector mayoritario de la precitada corte, el artículo 79 (3) no constituye una prohibición general al legislador para realizar cualquier modificación a los principios constitucionales básicos, sino que se limita a prohibir la eliminación de la esencia del orden constitucional, por medio, por ejemplo, del establecimiento de un régimen totalitario a través de la reforma constitucional.

Finalmente, en el presente caso concurrieron tres votos disidentes, los cuales consideraron que la enmienda constitucional resultaba contraria a los límites materiales establecidos en el artículo 79 (3), pues la intervención secreta de la esfera privada de cualquier persona (no solo de los enemigos de la democracia), así como la eliminación del recurso a los tribunales para su control, implica un tratamiento del ser humano como objeto y no como un fin en sí mismo, es decir, vulnera los principios de dignidad humana (artículo 1) y protección jurídica individual que se derivan, a su vez, del principio de «separación de poderes» [artículo 20 (2)]⁶.

– **Caso de vigilancia acústica de viviendas (3 de marzo de 2004).** El presente caso tuvo como origen la reforma al artículo 13 (3) de la Ley Fundamental de Bonn, realizada el 26 de marzo de 1998. La nueva redacción del artículo 13 (3)⁷ habilitaba a la fiscalía a que, en la persecución de un hecho

6 Un resumen del caso se encuentra en inglés en Murphy y Tanenhaus (1977, pp. 659-665).

7 Artículo 13 (3). Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.

delictivo, y sobre la base de una orden judicial, pueda recurrir al uso de los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las que presumiblemente se encontrara el inculgado.

Los demandantes argumentaron que esta disposición vulneraba el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio vinculada, en este caso, al principio de dignidad humana. El Tribunal Constitucional alemán en mayoría rechazó este argumento y consideró que la vigilancia acústica de viviendas *in abstracto* no afectaba la dignidad humana; por lo que resultaba acorde con el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental. En ese sentido, se precisó que la interpretación del artículo 13 (3) debía ser restrictiva, es decir, que los investigadores estaban autorizados a vigilar el contenido de una conversación siempre que la información descubierta no toque la esfera puramente personal (todavía absolutamente protegida). Asimismo, se asumió que el requerimiento de una autorización judicial, así como las limitaciones establecidas en la norma (delito grave, que los medios alternativos no resulten eficientes, límite de tiempo) buscaban garantizar un control efectivo por parte de un ente independiente⁸.

En la misma sentencia se advierten, sin embargo, votos en discordia de los magistrados que consideraron que la reforma era inconstitucional, entre otras, por las siguientes razones:

- a) Si para clasificar una situación lesiva al núcleo de lo absolutamente protegido de la configuración privada de la vida, se exigiera una comprobación concreta en cada caso, esto tendría como consecuencia que al principio siempre debería tolerarse una intervención en este núcleo, lo cual quiere precisamente impedir el art. 79 (3) LF. Por lo que, en aras de proteger la posibilidad de un libre desenvolvimiento personal, debe presumirse, por lo menos para el caso de las viviendas privadas, que cuando en ellas el inculgado se

8 Véase el resumen en inglés de la sentencia en Stender-Vorchaws (2004).

encuentre solo, con parientes o con personas de evidente estrecha confianza, está usando el espacio para comunicaciones personalísimas.

- b) Si bien se prevé una serie de limitaciones a su ejercicio, no se advierten restricciones que puedan asegurar una adecuada protección del núcleo intangible de la configuración privada de la vida.
- c) El art. 79 (3) LF está destinado a repeler, desde el principio, el desmantelamiento de las posiciones de derechos fundamentales constituidas sobre los principios de Estado de derecho o que sirven para asegurar la dignidad humana; no está destinado a intervenir solo cuando el Estado de derecho esté a punto de verse completamente derogado o cuando la dignidad humana ya no vaya a recibir ninguna protección, pero para que este límite pueda oponerse a un desmontaje paulatino de los pilares básicos de nuestra Constitución, las modificaciones constitucionales deben ser tomadas al pie de la letra, pues el art. 79 (3) LF no ofrece ningún margen para una interpretación conforme a la Constitución⁹. Por último, se destaca en el referido voto singular el expreso reconocimiento de naturaleza suprapositiva al contenido de la cláusula de intangibilidad y a la competencia del Tribunal Federal para medir las reformas del texto constitucional positivo.

2.2. ESTADOS UNIDOS

Este país cuenta con una fórmula de enmienda estricta junto a una judicatura constitucional fuerte que cumple un rol fundamental en la evolución constitucional. La primera Constitución de Estados Unidos de 1787 se mantiene vigente y su texto ha sido enmendado en veintisiete oportunidades; ahora bien, la actualización del texto constitucional no proviene únicamente de tales enmiendas, sino también de su *canon operacional*, que

9 Véase el resumen de la sentencia en Aláez y Álvarez (2008, pp. 104-217).

según precisa Bruce Ackerman está integrado por estatutos clave y los superprecedentes judiciales¹⁰.

La cláusula que regula el procedimiento de enmienda en la Constitución de los Estados Unidos es el artículo V, el cual establece los siguientes requisitos:

- La propuesta de enmendar la Constitución puede ser presentada por el Congreso, a través del acuerdo de los dos tercios de sus dos cámaras, o bien a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados.
- La validez de las enmiendas propuestas se encuentra sujeta a la ratificación por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de estos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de ratificación.
- Antes del año 1808 no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero (referidas a la regulación de la migración e importación de esclavos).
- A ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

Más allá de los requisitos formales para la propuesta y la ratificación de las enmiendas, se advierten dos aspectos sustantivos que el constituyente estadounidense quiso resguardar del poder de enmienda constitucional: i) la prohibición de plantear reforma alguna (antes de 1808) sobre ciertas disposiciones referidas a migración e importación de esclavos; y ii) la premisa según la cual ninguna enmienda podría estar dirigida a privar a algún Estado de la igualdad de voto que le correspondía en el Senado.

Al respecto, es importante anotar que si bien la doctrina norteamericana no plantea una teoría que afirme la existencia de límites materiales al poder de enmienda en su texto constitucional

¹⁰ El artículo fue publicado originalmente en *Harvard Law Review*, 120(7), del 2007.

(al menos no con esa denominación), en su artículo *The limitations upon the amending power*, publicado en 1920, Marbury asumió que el mencionado artículo V delimita las posibilidades materiales de actuación del poder de enmienda, las cuales terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión. En ese sentido, tras desarrollar ciertos argumentos referidos a la presunta inconstitucionalidad de las enmiendas 18 (prohibición de fabricación, venta o transporte de bebidas alcohólicas en territorio estadounidense) y 19 (derecho al sufragio femenino) de la Constitución, por considerar que su procedimiento de aprobación fue lesivo de la autonomía legislativa interior de los Estados, sostiene que «el poder de enmienda de la Constitución no incluye el poder de destruirla», pues el objetivo del pueblo de los Estados Unidos, como se expresa en su preámbulo, fue el de «consolidar una Unión perfecta» de los Estados (Marbury, 1919-1920, p. 225)¹¹. Asimismo, asume que el ente encargado de resguardar estos aspectos materiales sería la Corte Suprema en su condición de intérprete final de la Constitución.

En respuesta a esta tesis, Frierson considera que la Constitución ha confiado al Congreso, y no a las Cortes, el deber de determinar cuáles son las enmiendas necesarias, así que la única cuestión que podría ser planteada ante una corte es aquella

11 Es interesante mencionar los comentarios formulados por Edouard Lambert (1921, p. 128) sobre el artículo de Marbury: considera que el autor se esfuerza en demostrar que las enmiendas 18 (prohibición de fabricación, venta o transporte de bebidas alcohólicas en territorio estadounidense) y 19 (derecho al sufragio femenino) no aportan simples retoques al mecanismo constitucional, sino que minan las bases federalistas de la Constitución, usurpando la autonomía legislativa interior garantizada a los Estados en 1787-1789 como la condición *sine qua non* para su entrada en la Unión. Ahora bien, como contraposición, analiza el ejemplo de las enmiendas que cierran la guerra de Secesión y que, a pesar de un manejo mucho menos correcto del procedimiento han abierto grandes brechas en el muro de la independencia legislativa de los Estados; sin embargo, se encuentran, de hecho, garantizadas por la consagración del tiempo. Finalmente, concluye que las enmiendas 18 y 19 son los resultados de un exceso de poder cometido por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados, que debería ser reprimido por la Corte Suprema Federal.

referida a determinar si el Congreso ha emitido su juicio de conformidad con dicha delegación. Sostener que las cortes pueden nulificar una enmienda constitucional, propuesta y ratificada por la vía regular, al considerar que la enmienda no es necesaria o adecuada, o que no fue imaginada por los autores de la Constitución, implicaría agregar al texto del artículo V el requisito de que la enmienda también sea aprobada por la Corte Suprema (Frierson, 1920, citado por Lambert, 1921, pp. 129-135)¹².

Este debate ha generado abundante literatura constitucional en Estados Unidos, y lleva incluso a autores como De Vega (1985, p. 259) a sostener que el estudio de este país no resulta de utilidad para el análisis de límites a la enmienda constitucional¹³; sin embargo, la casuística que reporta la Corte Suprema da cuenta de la necesidad que tuvieron algunos Estados y ciudadanos de acudir a este órgano cuestionando la validez de determinadas enmiendas constitucionales por estimarlas contrarias a principios fundamentales de su orden constitucional. Así, por ejemplo, Rodríguez sostiene que si bien «el sistema estadounidense no es el ejemplo que consagra cláusulas de intangibilidad al estilo europeo»; ello no obsta la posibilidad del control constitucional material en dicho ordenamiento jurídico, pues este se encontraría vinculado a la noción de *higher law* que irradia su influencia en la norma suprema¹⁴.

12 Para Lambert, el argumento de Frierson no tendría mayor repercusión, puesto que es el mismo que se suele plantear para cuestionar el control constitucional de leyes ordinarias, pero que como es bien sabido no ha prosperado. De los casos planteados ante la Corte Suprema, Lambert entiende que la Corte ha asumido competencia para evaluar la constitucionalidad de las enmiendas. Si bien en sus decisiones la Corte ha sido enfática en restringir su análisis a las cuestiones de procedimiento y no así a los cuestionamientos sustantivos, el autor considera que los tribunales no han renunciado nunca a extenderla.

13 El autor fundamenta su cuestionamiento en dos ideas básicas: que se trata de la Constitución más antigua del mundo, donde los planteamientos de la reforma y de sus límites no aparecen, y el singular carácter del sistema a la hora de definir al poder constituyente, en el cual la separación entre poder constituyente y poder de reforma, tanto política como jurídicamente, resulta difícil de realizar.

14 En ese sentido, coincidimos con Roberto Rodríguez Gaona (2006, pp. 123 y 132).

Entre los casos paradigmáticos destacan los siguientes¹⁵:

- **Hollingsworth v. Virginia (1798)**. Como advierte Dellinger (1983), este caso pone en evidencia que en los Estados Unidos, la revisión judicial de las enmiendas constitucionales precedió a la revisión judicial de las leyes establecida en la célebre *Marbury v. Madison* (1803). En el caso materia de análisis se argumentó que la Undécima Enmienda¹⁶ no fue adoptada de conformidad con la Constitución (artículo I.7.3) porque «nunca se presentó al presidente para su aprobación». La Corte Suprema rechazó este argumento al sostener que «la negativa del presidente solo se aplica para los casos ordinarios de la legislación»; empero, no para la proposición o adopción de las enmiendas a la Constitución. Así, la Corte Suprema validó la constitucionalidad de la enmienda impugnada al entender que la intervención del presidente solo resulta exigible para la legislación ordinaria, mas no para las enmiendas constitucionales.
- **Hawke v. Smith (1920)**. El caso surgió a propósito de la ratificación de la enmienda décimo octava¹⁷, referida a la prohibición de la fabricación, venta y transporte de bebidas alcohólicas. La controversia abordó dos aspectos importantes: la participación de las legislaturas de los Estados en la

15 Los resúmenes de los casos que se mencionan a continuación se encuentran en Roberto Rodríguez Gaona (2006, pp. 37-58).

16 El texto de la enmienda es el siguiente: «El poder judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extiende a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad que se inicie o prosiga contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero».

17 Según esta enmienda: «1. Un año después de la ratificación de este artículo quedará prohibida por el presente la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes dentro de los Estados Unidos y de todos los territorios sometidos a su jurisdicción, así como su importación a los mismos o su exportación de ellos, con el propósito de usarlos como bebidas. 2. El Congreso y los diversos Estados poseerán facultades concurrentes para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas. 3. Este artículo no entrara en vigor a menos de que sea ratificado con el carácter de enmienda a la Constitución por las legislaturas de los distintos Estados en la forma prevista por la Constitución y dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso lo someta a los Estados».

ratificación de una enmienda, así como el efecto que las disposiciones constitucionales locales pueden tener en el procedimiento del artículo V de la Constitución, en concreto, si un Estado podía o no someter a referéndum la ratificación de una enmienda. En cuanto al método de ratificación, la Corte indicó que ese poder fue específicamente concedido por la Constitución a favor del Congreso, por lo que «no es la función de las cortes o de los cuerpos legislativos, nacionales o estatales, alterar el método que la Constitución ha determinado». En tal sentido, el fallo precisó que el referéndum —como procedimiento de ratificación de una enmienda constitucional— no resultaba improcedente sin más, sino que los preceptos sobre el rito de los actos legislativos estatales no eran aplicables a dicho proceso de ratificación, por lo que ratificó la validez de la enmienda constitucional.

- **Leser v. Garnett (1922)**. En este caso se impugnó la enmienda décimo novena¹⁸, que reconocía el derecho al sufragio femenino en Estados Unidos. Oscar Leser y otros solicitaron la remoción del registro de las ciudadanas Cecilia Street Waters y Mary D. Randolph como votantes en la ciudad de Baltimore, bajo el argumento de que la Constitución de Maryland limitaba el sufragio a los hombres y las solicitantes eran mujeres. Si bien se plantean algunas cuestiones procedimentales, lo interesante de este caso es el cuestionamiento sustantivo que se hizo a la enmienda, según el cual esta contravenía la autonomía del electorado como cuerpo político, pues el Estado de Maryland rechazó su ratificación en su oportunidad. Al respecto, la Corte Suprema consideró que la Enmienda XIX presentaba un texto bastante similar a la Enmienda XV¹⁹, «una no puede ser válida y la otra

18 Según la Enmienda XIX: «1. El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos no será desconocido ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo. 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas».

19 Artículo XV. «1. Ni los Estados Unidos, ni ningún otro Estado, podrán desconocer ni menoscabar el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos

inválida», por lo que la Enmienda XIX también es válida aún cuando no haya mediado el consentimiento del Estado. Es importante precisar que para el momento en que la Corte resolvió el caso, la enmienda cuestionada contaba con el número suficiente de ratificaciones para su validez, razón por la cual, la Corte se limita a garantizar su permanencia en la Constitución.

- **Coleman v. Miller (1939)**. Con este polémico caso se incorpora una nueva teoría al control jurisdiccional de las enmiendas constitucionales en la Corte Suprema. El caso surge a propósito del trámite para la ratificación de la enmienda del trabajo infantil en el Estado de Kansas (esta enmienda no llegó a formar parte de la Constitución). Veinte senadores votaron a favor y veinte en contra de su ratificación. Decidió el empate a favor de la enmienda el vicegobernador, como funcionario que presidía el Senado. Los senadores vencidos impugnaron el voto del vicegobernador y buscaron, a través de un *writ of mandamus*, obligar al secretario del Senado a borrar la aprobación, así como impedir la firma de la resolución por parte de los funcionarios del Senado y la Cámara de Diputados. Lo novedoso en el análisis que plantea la Corte radica en el desarrollo de la doctrina de las *political questions* para desestimar algunos de los cuestionamientos formulados al proceso de ratificación. Así, precisó lo siguiente:

[...] la cuestión de la eficacia de las ratificaciones por parte de las legislaturas estatales, a la luz de un rechazo previo o de un intento de retirar el consentimiento, debe ser considerado como una cuestión política [...] con la autoridad final del Congreso en el ejercicio del control sobre la promulgación de la adopción de una enmienda.

[...] la cuestión de un tiempo razonable en muchos casos implicaría, como en este caso, una valoración de una gran variedad

por motivo de raza, color o de su condición anterior de esclavos. 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas».

de condiciones relevantes, políticas, sociales y económicas [...]. Las cuestiones que implican son esencialmente políticas y no justiciables [...].

Este polémico caso propició un intenso debate entre Walter Dellinger y Laurence H. Tribe, quienes a través de diversos artículos académicos manifestaron sus posiciones a favor y en contra del control judicial de las enmiendas constitucionales, respectivamente.

Dellinger considera que el precedente genera un mundo maravilloso de incertidumbre (*a wonderland of uncertainty*), ya que la decisión del Congreso no resolvería definitivamente la incertidumbre de enmiendas futuras, pues no tendría peso como precedente. La revisión judicial, por el contrario, garantiza un proceso de enmienda más cierto y predecible (Dellinger, 1983a, pp. 386-432).

Tribe, por otro lado, parte de la premisa de que en ningún caso precedente la Corte ha afirmado su competencia para invalidar enmiendas «poco apropiadas». En ese sentido, no considera que la Corte sea menos apta que el Congreso para buscar el consenso contemporáneo; sin embargo, el criterio de conveniencia de la enmienda no debería ser elaborado o aplicado por las cortes, ya que subordinaría inequívocamente el proceso de enmienda al sistema legal que pretende dejar de lado (Tribe, 1983).

En respuesta, Dellinger considera que el argumento planteado por Tribe no tiene precedente alguno en la historia del proceso de enmienda. La mayoría de enmiendas no ha tenido ese fin. Asimismo, precisa que comparte la opinión de que la revisión judicial no sería procedente para controlar los méritos de una enmienda, pero el importante objetivo de contar con reglas claras para determinar la validez de una enmienda constitucional no queda satisfecho con un mecanismo politizado para resolver las disputas (Dellinger, 1983b).

2.3. COLOMBIA

La Constitución colombiana regula su proceso de reforma constitucional en sus artículos 241.1²⁰ y 377²¹. Del texto de ambas disposiciones se advierte que el constituyente colombiano asignó de forma explícita a la Corte Constitucional la competencia para la revisión de actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

Ahora bien, la redacción de estas disposiciones no ha impedido que la precitada Corte reconozca, bajo la fórmula de «límites competenciales», la existencia de ciertos límites materiales implícitos en su norma fundamental²², como se expondrá a continuación:

- **Sentencia C-551 de 2003.** En esta decisión la Corte efectuó el control previo y automático de la Ley 796 de 2003, ley ordinaria que convocaba al pueblo para que se pronuncie en un referendo sobre la posibilidad de reformar la Constitución²³. Es el primer pronunciamiento de la Corte que establece los «límites competenciales» del Congreso cuando

20 Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

21 Artículo 377. Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías [Derechos Fundamentales], a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

22 Tema abordado y desarrollado por Mario Alberto Cajas Sarria (2004).

23 Si bien fue una ley ordinaria la que fue materia de control constitucional en este caso y no un acto legislativo que reforma la Constitución, lo trascendente del caso fue lo establecido por la Corte respecto a los límites competenciales de la reforma constitucional y la categoría de sustitución de la Constitución.

ejerce su facultad de reforma constitucional, en virtud de los cuales el Congreso puede *reformular* la Constitución, pero no *sustituirla*.

Para la Corte, la extralimitación de la facultad de reforma constitucional configuraría un vicio de procedimiento que la obliga a ejercer su control. En ese sentido, las demandas contra actos legislativos de reforma requieren la demostración de los cargos por parte del accionante. El fallo determina que la facultad de reforma constitucional está limitada por la Constitución y que así la Constitución Política de 1991 no contenga cláusulas pétreas o inmodificables explícitas, el constituyente tampoco autorizó la *sustitución* de la Constitución, sino su reforma. Asimismo, la Corte precisa que el control de «límites competenciales» no equivale a un examen de fondo en torno al contenido del acto reformatorio, sino que se trata de un juicio sobre la competencia del órgano encargado de aprobar la reforma.

En la sentencia no se precisa un método de análisis y/o estructura de razonamiento que permita identificar un caso de sustitución de la Constitución, solo se recurre a planteamientos generales y a ejemplos de lo que sería una sustitución de la Constitución (Estado social y democrático de derecho, la forma republicana de gobierno) (Cajas, 2004, pp. 27-30).

- **Sentencia C-816 de 2004.** En este caso, la Corte evaluó la constitucionalidad del Acto Legislativo n.º 2 de 2003 («estatuto antiterrorista»), que reformó algunas disposiciones de la Constitución con la finalidad de enfrentar el terrorismo. El debate en la Corte buscó inicialmente establecer si existió extralimitación del Congreso al ejercer la potestad reformadora; sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo, por lo que se limitó a evaluar los posibles vicios de procedimiento en su aprobación. Tras considerar que en el caso concurrió una irregularidad en el procedimiento de aprobación del informe de ponencia previo a la votación del

articulado de reforma, la Corte asumió que tal motivo hacía innecesario que se pronuncie sobre los demás cuestionamientos. Según Cajas (2004), la Corte optó por aplicar la tesis del *minimalismo constitucional*, desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos en aquellos casos en los que los jueces *deciden sobre lo que debería dejarse sin decir* (pp. 34-36).

- **Sentencia C-970 de 2004**²⁴. En la presente sentencia se establece por primera vez un método de análisis para el ejercicio del control de constitucionalidad en aquellos casos en los que se denuncia que un acto legislativo de reforma constitucional habría incurrido en presunta sustitución de la Constitución. El método se planteó en los siguientes términos:
 - a) Es un juicio sobre la competencia del órgano encargado de aprobar la reforma.
 - b) Requiere enunciar los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que habrían sido sustituidos por el acto reformativo.
 - c) Debe ser un enunciado específico (elemento definitorio que ha sido configurado en la Constitución y que configura su identidad).
 - d) El examen del acto acusado establece cuál es el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios que identifican la Constitución.

²⁴ La demanda fue planteada en contra del inciso 2 del artículo 4 transitorio del Acto Legislativo n.º 03 de 2002. La reforma fijaba un plazo para que el Congreso expidiera las leyes correspondientes a la puesta en marcha del Sistema Penal Acusatorio y otros, o de lo contrario se otorgaban facultades legislativas extraordinarias al presidente de la República para expedir los cuerpos normativos correspondientes. Se trató de un caso polémico, toda vez que la sentencia contó con 5 votos a favor de la constitucionalidad del acto reformativo y 4 en contra (por considerar que el plazo concedido al legislador era muy corto para el cumplimiento adecuado de su función).

e) Se verifica si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente.

En este caso la Corte consideró que no se produjo la presunta sustitución específica de la Constitución porque el acto reformativo establecía una delegación extraordinaria de facultades legislativas al presidente sí y solo sí el Congreso no ejercía su función legislativa dentro del plazo fijado; por lo que dicha delegación extraordinaria no era lesiva del principio de separación de poderes (Cajas, 2004, pp. 38-41).

- **Sentencia C-141 de 2010.** En este caso el presidente de la República envió a la Corte Constitucional copia auténtica de la Ley 1354 de 2009²⁵, por medio de la cual se pretendía convocar a un referendo constitucional para someter a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional sobre reelección presidencial, a fin de que la Corte proceda al control automático y preventivo.

El análisis de la sentencia es bastante extenso y tras aplicar el denominado *test de sustitución* de la Constitución, la Corte consideró que la ley materia de control implicaba un quebrantamiento de la Constitución, puesto que habilitar un tercer período de gobierno consecutivo afectaba gravemente el principio de alternancia en el gobierno, el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades de las diversas candidaturas, el principio de separación de poderes, entre otros principios constitucionales que forman parte de la identidad constitucional colombiana²⁶.

25 La iniciativa fue planteada por el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez. El texto de la norma establecía: «Artículo 1. El inciso 1.º del artículo 197 de la Constitución Política quedará así: “Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período”. Aprueba usted el anterior inciso. Sí: () No: () Voto en blanco: (). Artículo 2. La presente ley regirá a partir de la fecha de su promulgación».

26 Es importante destacar que la Corte reitera la precisión establecida en la Sentencia C-1040 de 2005, en la cual concluyó que la posibilidad de la reelección inmediata

3. CONCLUSIONES

- La cuestión del control judicial de los límites materiales a la potestad de reforma constitucional constituye un escenario particular de la clásica tensión entre constitucionalismo y democracia. La temática plantea una serie de perplejidades en torno a la naturaleza jurídica de la potestad de reforma constitucional, la defensa de los límites materiales implícitos cuando el texto constitucional no los ha reconocido de forma explícita, la competencia y la legitimidad de las cortes constitucionales para su control, el parámetro normativo en mérito al cual se realizaría este control, entre otros. El derecho comparado ha brindado diferentes respuestas a esta problemática en función de sus textos y sistemas constitucionales propios, por lo que su estudio resulta relevante para la teoría constitucional.
- En Alemania, que cuenta con un *modelo pragmático* de cambio constitucional, el procedimiento de reforma constitucional es el mecanismo ordinario de cambio constitucional; sin perjuicio de ello, el constituyente alemán ha reconocido un listado de límites materiales explícitos a la potestad de reforma constitucional en el artículo 79, inciso 3 (sistema federal, principio de dignidad humana, democracia, soberanía popular, entre otros), de su Ley Fundamental.
- Si bien la Constitución alemana no reconoce textualmente la competencia del Tribunal Constitucional Federal para el control constitucional de las enmiendas que sobrepasen estos límites materiales, el referido Tribunal ha asumido dicha competencia, pues de lo contrario la efectividad de tales límites carecería de garantía alguna pese a la voluntad constituyente de exigir su vinculación y respeto.

del presidente en ejercicio no sustituía la Constitución, en tanto se admitía por una sola vez, de modo que un presidente no podría ejercer la primera magistratura de la nación por un lapso superior a los ocho (8) años, que equivalen a dos períodos presidenciales.

En ese sentido, destacan dos polémicos pronunciamientos en los cuales el Tribunal validó dos leyes de reforma constitucional referidas a medidas estatales implementadas para combatir el crimen organizado. En ambos casos se cuestionaban graves restricciones al secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones (1970), y a la inviolabilidad de domicilio; sin embargo, el Tribunal asumió que el artículo 79.3 de la Constitución merece una interpretación restrictiva, ya que es una excepción a la regla general.

- En Estados Unidos, prima el *modelo evolutivo* de cambio constitucional, pues cuenta con una fórmula de enmienda estricta junto a una judicatura constitucional fuerte que cumple un rol fundamental en la evolución constitucional. La revisión judicial de las enmiendas constitucionales en Estados Unidos derivó de su propio sistema de *judicial review*; de forma tal que el primer caso en que se cuestionó la vigencia de una enmienda constitucional *Hollingsworth vs. Virginia* (1798) fue previo al caso paradigmático de *Marbury vs. Madison* (1803), que reconoció el control judicial de las leyes ordinarias.
- La doctrina norteamericana no plantea una teoría que afirme la existencia de límites materiales al poder de enmienda en su texto constitucional (al menos no con esa denominación); sin embargo, en su texto *The limitations upon the amending power*, publicado en 1920, *Marbury* asumió que el artículo V delimita las posibilidades materiales de actuación del poder de enmienda, las cuales terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión.
- Según el último caso que conoció la Corte Suprema, *Colleman vs. Miller*, el control constitucional de enmiendas constitucionales plantea esencialmente una *political question*, por lo que la Corte carecería de competencia para efectuar control alguno. Este criterio ha dado lugar a un intenso debate académico sobre la necesidad de que la Corte sea el árbitro final en el procedimiento de enmienda constitucional.

- En Colombia, se advierte un *modelo híbrido* de cambio constitucional, toda vez que si bien se establece un procedimiento de reforma relativamente flexible; sin embargo, la Constitución prevé un procedimiento agravado para reformas constitucionales que versen sobre afectación a derechos fundamentales, entre otras materias. Asimismo, reconoce explícitamente la competencia de su Corte Constitucional para realizar el control judicial de reformas constitucionales por vicios de procedimiento, situación que ha sido complementada por dicha Corte en su reiterada jurisprudencia, al precisar que este control abarca cualquier vulneración de «límites competenciales», ya que el poder de reforma carece de competencia para sustituir algún elemento que forme parte de la identidad constitucional colombiana.
- La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado un «test de sustitución de la Constitución», como herramienta metodológica para determinar si algún acto legislativo de reforma vulnera algún elemento que forme parte de su identidad constitucional. El esquema de argumentación presenta los siguientes pasos:
 - a) Requiere enunciar los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución que habrían sido sustituidos por el acto reformativo.
 - b) Debe ser un enunciado específico (elemento definitorio que ha sido configurado en la Constitución y que configura su identidad).
 - c) El examen del acto acusado establece cuál es el alcance jurídico respecto a los elementos definitorios que identifican la Constitución.
 - d) Se verifica si la reforma reemplaza un elemento definitorio que identifica la Constitución por otro integralmente diferente.
- Del análisis de la experiencia comparada, se advierten coincidencias respecto a la necesidad de contar con un ente de cierre

en los procedimientos de reforma o enmienda constitucional, es decir, que consideran a la potestad de reforma constitucional como una competencia limitada en tanto ha sido delegada por el poder constituyente. La competencia para enmendar la Constitución no puede asumirse como potestad para destruirla.

- En países como Alemania, donde el texto constitucional reconoce límites materiales a la potestad de reforma constitucional de forma explícita, no se cuestiona su fuerza normativa ni su garantía. Los cuestionamientos se presentan en aquellos países cuya Constitución guarda silencio; en estos casos se plantea el debate sobre la posible existencia de límites materiales implícitos. En Colombia, la Corte Constitucional parece haber acogido esta formulación de límites materiales implícitos, pues si bien los denomina «límites competenciales», en la práctica, funcionan como límites materiales, tal como se advierte de la aplicación del test de sustitución desarrollado en su jurisprudencia.
- Respecto al órgano que debe ser el encargado de ejercer este control, se advierte que la respuesta a esta cuestión dependerá del funcionamiento propio de cada sistema constitucional. En Alemania y Estados Unidos, la competencia de sus respectivas cortes constitucionales derivó de su competencia general para el control judicial de los actos expedidos por otros poderes del Estado. Sin perjuicio de ello, cada país presenta sus propios matices, el Tribunal Federal alemán ha sido enfático en indicar que su intervención en el procedimiento de reforma constitucional es excepcional; mientras que la Corte Suprema estadounidense, en su último pronunciamiento sobre control de enmiendas constitucionales, ha precisado que carece de competencia para efectuar control alguno por tratarse de una *political question*. Finalmente, en Colombia, la competencia de la Corte Constitucional derivó de una interpretación complementaria (que incorpora los límites competenciales) de su texto constitucional, que ya reconocía su competencia para el control de vicios de procedimiento.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2007). La Constitución viva. *Themis. Revista de Derecho*, (55), 29-75.
- Aláez, B. y Álvarez, L. (2008). *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arnold, R. (1992). La Reforma Constitucional en Alemania. *Revista de Derecho Político*, (37), 373-384.
- Bryce, J. (2015). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cajas, M. A. (2004). La reforma constitucional. Límites de la Corte al Congreso. *Precedente. Revista Jurídica, Anuario Jurídico*, 13-48.
- Contiades, X. y Fotiadou, A. (2016). Models of constitutional change. En Contiades, X. (ed.), *Engineering constitutional change: a comparative perspective on Europe, Canada and the USA* (pp. 417-468). Routledge.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- Dellinger, W. (1983a). The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process. *Harvard Law Review*, 97(2), 386-403.
- Dellinger, W. (1983b). Constitutional politics: a rejoinder. *Harvard Law Review*, 97(2), 446-450.
- Gomes, J. J. (1993). *Direito Constitucional*. Almedina.
- Gözler, K. (2008). *Judicial review of constitutional amendments. A comparative study*. Ekin Press.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de derecho constitucional* (P. Cruz Villalón et al., trads.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lambert, E. (1921). *El gobierno de los jueces*. Tecnos.

- Marbury, W. L. (1919-1920). The limitation upon the amending power. *Harvard Law Review*, 33(2), 223-235.
- Murphy, W. F. y Tanenhaus, J. (1977). *Comparative constitutional law: cases and commentaries*. St. Martin's Press.
- Rodríguez, R. (2006). *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Dykinson.
- Stender-Vorchaws, J. (2004). The Decision of the *Bundesverfassungsgericht* of March 3, 2004, concerning Acoustic Surveillance of Housing Space. *German Law Journal*, 5(11), 1337-1348.
- Tribe, L. H. (1983). A constitution we are amending. In defense of a restrained judicial role. *Harvard Law Review*, 97(2), 433-445.
- Whittington, K. E. (2005). Judicial review and interpretation: have the courts become sovereign when interpreting the Constitution? En Hall, K. L. et al., *The judicial branch* (pp. 116-141). Oxford University Press.