JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

REVISTA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Nº 1 - Año I - setiembre, Lima 2005

publicación semestral

Director:
César Landa

Secretario:
Jorge León

Comité de Redacción:
Elena Alvitez
Claudia Del Pozo
Pedro Grández
Luis Huerta
Betzabé Marciani
Mijail Mendoza
Victorhugo Montoya
Róger Rodríguez
Daniel Soria
Arelí Valencia

Correspondencia a:
Jr. Ica 435 Of. 201
justiciaconstitucional@palestraeditores.com

Índice

Presentación

Sólo en democracia, la Constitución es una norma jurídica suprema y también una norma de consenso político. Por ello, la Constitución de 1993, al ser el producto autocrático del autogolpe de Estado del gobierno de Fujimori en 1992, debe ser reformada. Así, el 2001, mediante Ley N.° 27600, el Congreso de la República aprobó la necesidad de reformar totalmente la Constitución. No obstante, el Colegio de Abogados del Cusco presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley, la misma que fue desestimada por el Tribunal Constitucional, precisando que el Congreso no podía, por sí solo, reformar íntegramente la Constitución, sino tan sólo aprobar un Proyecto para ser sometido a la voluntad popular. Con la restauración democrática, el gobierno transitorio de Valentín Paniagua convocó a una comisión de expertos que elaboró *Las Bases para la Reforma Constitucional del Perú* (2001), las mismas que fueron adaptadas en el *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución* (abril, 2002) y perfeccionadas en el *Proyecto de Ley de Reforma Constitucional* (julio, 2002). El Congreso aprobó los tres primeros títulos y, parcialmente, el cuarto del Proyecto de reforma de la Constitución, durante la Legislatura 2002-2003; frustrándose el debate y la aprobación a partir del capítulo del Poder Judicial, así como, la segunda votación de todo el Proyecto; debido a la ruptura del consenso parlamentario logrado, en razón de la aparición de la crisis de legitimidad del gobierno.

Con esto se quebró el proceso de reforma constitucional total, lo cual dio lugar a que se interpusiera una acción de inconstitucionalidad contra la propia Constitución de 1993. Si bien el Tribunal Constitucional admitió la demanda, en el fallo desestimó la misma, debido a que no podía, a la vez, ser juez y estar sometido a ella; más aún, cuando había sido una norma útil al proceso de reconstrucción democrática y constitucional. Ante la circunstancia del bloqueo parlamentario de la reforma constitucional total, a pesar de su viabilidad jurídica establecida por el Tribunal Constitucional, en su Discurso del 28 de julio de 2004, el Presidente Toledo propuso reimpulsar la viabilidad de la reforma constitucional postulando que el Acuerdo Nacional (AN) adoptara una decisión concertada sobre la base de tres alternativas: (1) reformar, en dos legislaturas ordinarias, el sistema de gobierno, la bicameralidad, incorpo-

rar la renovación por tercios y la obligatoriedad del voto, entre otros; (2) otorgar funciones constituyentes, por seis meses, al Congreso que se elija el 2006; (3) buscar consenso en el AN para que el Congreso convoque a una Asamblea Constituyente. Como quiera que el AN no logró consenso en torno a una propuesta unitaria, el Presidente de la República, en su Discurso del 28 de julio de 2005, propuso que el próximo Congreso del 2006 tenga facultades extraordinarias durante su primer año, para ejercer potestades constituyentes, a fin de abordar de manera integral la reforma de la Carta Magna.

Sin perjuicio de este proceso de avance, paralización y replanteamiento de la reforma integral de la Constitución, el Congreso aprobó tres reformas constitucionales: el 2001, la regionalización del país; el 2004, la reforma del sistema pensionario de la cédula viva y la incorporación del voto a los militares y policías, básicamente. El 2005, dicha reforma pensionaria fue objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, el mismo que desestimó la demanda, consagrando así la legitimidad de dicha reforma, no sin algunas precisiones interpretativas que aseguraron su plena constitucionalidad. No obstante, si bien es cierto que existen reformas democráticas pendientes, se puede señalar que todo el proceso se ha llevado a cabo sin afectar el principio de la continuidad o estabilidad jurídica, con lo cual, como es propio en todo proceso de reforma constitucional, se plantea, una y otra vez, el debate nacional sobre tres cuestiones:

1. ¿ES NECESARIA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN?

La necesidad de la reforma aparece como imprescindible, cuando el principio democrático de la soberanía popular entra en contradicción con el principio jurídico de la supremacía constitucional. De modo que se hace necesario crear un nuevo marco constitucional para poder llevar a cabo la reforma de Estado –política, social y económica– de la Constitución de 1993. La reforma puede ser parcial o total; esta última no es un asunto cuantitativo sino básicamente cualitativo. Equiparar la reforma total como una tarea del poder constituyente es un error; por cuanto dicha competencia radica en el poder de reforma constitucional de que goza, sin duda alguna, el Congreso de la República (arts. 32° y 206° de la Constitución).

Por ello, no es posible anular la Constitución de 1993 –como ha resuelto el Tribunal Constitucional el 2003–, ni convocar a una Asamblea Constituyente. Pero sí es necesario reformar la Constitución para restablecer el Senado, otorgándole facultades constituyentes transitorias que le permita aprobar las reformas constitucionales imprescindibles; sin que ello altere las

funciones legislativas y fiscalizadoras ordinarias de la Cámara Única, que luego se convertiría en la Cámara de Diputados. De esta manera se evitaría quebrar el frágil principio de la supremacía constitucional y se garantizaría su vigencia, lo cual es necesario en una democracia como en la que ahora vivimos. Postura que no es sólo una exigencia jurídica, sino un presupuesto ideológico del Estado democrático; por que no hay democracia sin respeto al derecho, ni derecho sin base en la democracia.

2. ¿QUÉ INSTITUCIONES SE DEBEN REFORMAR DE LA CONSTITUCIÓN?

Las reformas constitucionales deben ser la expresión jurídica del consenso político, económico y social entre los partidos políticos y las organizaciones sociales y económicas. En ese sentido, tanto el *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución* del 2002, como el Pacto de Gobernabilidad del mismo año, que sirvieron de insumo a dicho Proyecto, deben validarse democráticamente en un próximo futuro Senado con facultades constituyentes –como el propuesto–, que busque también un acuerdo institucional con el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, respectivamente. En consecuencia, tomando en consideración la Constitución de 1979, una reforma constitucional debe reforzar las instituciones del sistema democrático constitucional, afinar los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, reordenar los procedimientos de control y balance entre los poderes del Estado y asegurar que el modelo de la economía social de mercado establezca institutos que beneficien a todas las personas.

3. ¿CÓMO HACER LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

En la historia de las constituciones, salvo en la primera Constitución de 1823 y en la Constitución de 1834, no se respetaron las reglas propias de la norma suprema precedente para operar su cambio; sino que la práctica de los caudillos de apelar instrumentalmente a la voluntad popular –*vox populi vox dei*– siempre terminó estableciendo un nuevo Congreso o Asamblea Constituyente que dictó una nueva Constitución, usualmente nominal –alejada de la realidad– y semántica –en beneficio de un partido en el poder–. Cabe retomar el proceso de reforma constitucional democrática superando la histórica inestabilidad, que se ha basado en la falta de concertación y en el uso de cualquier medio para realizar una reforma constitucional. Pero, como los medios y los fines democráticos constituyen una sola unidad, podemos afirmar que el retorno democrático constitucional se ha dado con legitimidad, no

sólo en sus fines, sino también en sus medios. Precisamente, este debe ser el derrotero para continuar pacíficamente con la reforma constitucional, a través de las reglas establecidas en la propia Constitución. Las mismas que han servido para llevar a cabo reformas democráticas, como la descentralización política y tributaria, otorgar el voto a los militares y policías, y nivelar el régimen pensionario, básicamente.

Por todo ello, la reforma constitucional no sólo es *necesaria*, sino también es *realista* al utilizar los propios procedimientos jurídicos establecidos para la reforma constitucional y, además, será *posible* si hay consenso político – institucional y social– sobre los contenidos de la reforma. Pero, la reforma será válida si los partidos y fuerzas políticas honran al país aceptando sus compromisos en el marco de un debate nacional y descentralizado, atendiendo la esperanza ciudadana con responsabilidad; porque es ella quien definirá su validez o invalidez en última instancia.

***

Precisamente, la reforma constitucional constituye el tema principal de este primer número de *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, publicación que tiene por finalidad tanto difundir la jurisprudencia más relevante del Tribunal Constitucional del Perú, así como la doctrina nacional y extranjera que se pronuncie sobre la misma. En tal entendido, la sección *Jurisprudencia Temática* da cuenta de las sentencias sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.° 27600 (Exp. N.° 014-2002-AI/TC), así como la demanda de inconstitucionalidad presentada Alberto Borea Odría y más de cinco mil ciudadanos contra la propia Constitución de 1993 (Exp. N.° 014-2003-AI/TC). Dada la relevancia de la reforma constitucional del sistema pensionario, se incluye también extractos del mencionado fallo (Exp. N.° 0050-2004-AI/TC). En torno a estas sentencias, en la sección *Análisis y Comentarios*, Francisco J. Díaz Revorio (Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha), analizando la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, se plantea la cuestión: ¿puede ser inconstitucional la Constitución? Por su parte, Enrique Bernales Ballesteros (Profesor de Derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú) nos ofrece un análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la demanda de inconstitucionalidad de Ley N.° 27600. Asimismo, César Landa (Profesor de Derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos) ha realizado un estudio sobre

la reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En la sección *Doctrina constitucional comparada*, Alessandro Pace (Profesor ordinario de Derecho Constitucional de la Universidad de la Sapienza - Roma) somete a discusión y análisis dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (N.° 17 y 18), en las cuales se considera legítimo instituir una asamblea constituyente mediante un referéndum popular, a pesar de la vigencia de la Constitución de 1961 y no obstante que ésta preveía un procedimiento especial para su reforma. Alfonso Celotto (Profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Roma III) hace referencia, en el marco de la experiencia constitucional comparada, al control sobre la reforma constitucional en Italia. La revista también incluye una sección *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en la cual se recoge un resumen completo de las sentencias y que, en el presente número, está referido a la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución en materia de procesos de inconstitucionalidad. En la sección *Documentos constitucionale*s se incluyen la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 27600, la demanda de inconstitucionalidad contra la propia Constitución, así como la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de reforma constitucional del sistema pensionario. Por otro lado, en *Recenciones*, Enrique Belda (Profesor Titular de Derecho constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha) reseña la obra «Textos Constitucionales Históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos (Lima: Palestra, 2004). Finalmente, en la sección *Revista de Revistas* se recogen los sumarios del último número de la Revista Española de Derecho Constitucional (N.° 74, Año 25, mayo-agosto, Madrid, 2005) y de Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional (N.° 13, julio-diciembre, México D.F., 2005).

Lima, setiembre de 2005

CÉSAR LANDA
Director



Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Nº 1 - Año I - setiembre, Lima 2005

Jurisprudencia Temática

El Tribunal Constitucional frente a la reforma constitucional

- STC/Exp. N° 014-2002-AI/TC.
  Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600.

- STC/Exp. N° 014-2003-AI/TC.
  Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Alberto Borea Odría y más de cinco mil ciudadanos, contra la Constitución de 1993.

- STC/Exp. N° 050-2004-AI/TC (extractos)
  Demanda de inconstitucionalidad de la ley de Reforma constitucional N° 28389, que reforma el sistema de pensiones.

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente Nº 014-2002-AI/TC

(Lima 21 de enero de 2002)

EXP. N.° 014-2002-AI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO
LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de enero del año 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, con el Voto Singular del Magistrado Aguirre Roca, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.° 27600.

ANTECEDENTES

El demandante sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N°. 27600, se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de «reforma total», pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un golpe de Estado. Aduce que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente, más aún si se considera que se puede reformar la Constitución en cualquiera de sus materias, salvo en las indicadas en el último párrafo del artículo 32° de la Carta Magna vigente. Afirma que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

De otro lado señala que, al haberse aprobado la Ley N.° 27600 por solamente 53 votos en favor, se ha violado la Constitución en cuanto a la forma, por cuanto no se ha cumplido con el procedimiento de aprobación de una ley orgánica.

Finalmente el demandante, incidiendo en la diferenciación entre promulgación y publicación de las leyes, afirma que al haberse retirado la firma del texto constitucional lo que se ha ocasionado es la despromulgación de la Carta Política Fundamental.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda indicando que el único procedimiento establecido en la Constitución que permite la reforma constitucional es el recogido en el artículo 206° y que sólo respetando tal procedimiento puede ser válida la reforma; únicamente de esta manera se observaría el principio de continuidad o estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Señala que el poder reformador del poder constituyente no es la única alternativa para una reforma total de la Constitución, pues una interpretación sistemática de los artículos 32° y 206° permite sostener que también se le ha conferido dicha facultad al Congreso de la República. Asimismo afirma que la reforma total o parcial de la Constitución a cargo del poder legislativo, prevista en su propio texto, es consecuencia de la voluntad libre y autónoma del poder constituyente. Agrega que el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución no ha sido establecido para aquellos casos referidos al referéndum constituyente, sino para los que tengan por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor.

En cuanto a la prohibición de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, el demandado indica que tal prohibición atañe tanto al referéndum constitucional como al legal, en atención a que tales derechos constituyen un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados a ignorar y que, por lo demás, se encuentran reconocidos internacionalmente. La propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente para plasmar una nueva Carta Fundamental no tiene sustento en la Constitución, pues el artículo 45° de dicho texto es claro en esta materia al establecer que el poder, incluyendo al de naturaleza constituyente, sólo puede ejercerse dentro de los límide precisar sus razones, es necesario detenerse en el análisis de un argumento que, aunque no se encuentra planteado, puede inferirse del tenor de la demanda. En efecto, si la impugnación contra la Ley N.° 27600 no es entendida en sus justos términos puede conducir al absurdo de sugerir, o desembocar en la idea de que cualquier reforma que afecte a uno de los órganos del Estado -prevista en la Constitución-, para ser válida sólo requeriría aprobarse mediante una ley orgánica y no a través de una reforma constitucional, de acuerdo con el artículo 206° de la Norma Fundamental.

4. Tal supuesto es inadmisible, ya que ningún poder constituido, con excepción de la reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir o adicionar una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueben según el procedimiento establecido en el artículo 206° de la Constitución. Y es que es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución.

5. No parece, sin embargo, que ese sea el sentido de la impugnación planteada contra la Ley N.° 27600. El propósito de la demanda parece estar destinado a exigir que el mandato encomendado a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso debe ser aprobado mediante ley orgánica y no a través de una simple ley ordinaria.

6. El Tribunal tampoco comparte dicho criterio. En efecto, el artículo 106° de la Constitución de 1993 delimita claramente las materias que pueden ser objeto de regulación mediante una ley orgánica. A saber: la estructura y el funcionamiento de las entidades

del Estado, previstas en la Constitución, así como aquéllas cuya regulación mediante esta fuente del derecho se encuentre expresamente prevista por la misma Carta, y que, en concreto, se circunscriba a lo regulado por los artículos 31°, 66° y 200° de la Constitución.

7. En efecto, la Norma Fundamental impone al legislador ordinario ciertos límites, no sólo de carácter procedimental o material, sino incluso de orden competencial. Así, por ejemplo, que determinadas fuentes, como la ley orgánica, sólo son capaces de regular determinadas materias. Aquéllas, precisamente, para las cuales se ha previsto una reserva de ley orgánica; o, formulada de modo inverso, que las materias establecidas en el artículo 106° y las conexas, únicamente pueden ser reguladas mediante determinada fuente del Derecho.

8. El Tribunal Constitucional destaca que esa reserva de ley orgánica no es un tema que, por analogía, pueda extenderse a otras materias no previstas en tal dispositivo. Y es que, como sucede con toda reserva de ley, de las que naturalmente no escapa la ley orgánica, ésta siempre es expresa y nunca implícita.

9. Es evidente que la Ley N.° 27600 no pretende regular la estructura y organización de un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Mediante ella el Congreso de la República sólo ha encargado que una de sus comisiones –la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento- proponga un proyecto de reforma total de la Constitución.

10. En ese sentido, y contra lo que se afirma erróneamente en la demanda, el Tribunal Constitucional considera que si la Ley N.° 27600 hubiese sido aprobada como ley orgánica, ésta habría tenido que ser declarada inconstitucional. Ello porque mediante leyes orgánicas no es posible legislar otras materias que las que el propio artículo 106° de la Constitución prescribe (incluyendo, desde luego, sus remisiones a otros preceptos constitucionales).

11. Finalmente, no está de más recordar que el encargo del Congreso de la República a una de sus comisiones para que proponga un mero Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución no requiere de autorización previa mediante una ley ordinaria, dado que la elaboración de un proyecto, cualquiera sea la materia que se trate, es un tema que incumbe al Congreso de la República y, como es obvio, su tratamiento ya se encuentra regulado en su Reglamento, que también es una fuente que tiene rango de ley.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que este primer aspecto de la pretensión debe desestimarse.

III. LA «DESPROMULGACIÓN» DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL RETIRO DE LA FIRMA DEL EX–PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI (SEGUNDO FUNDAMENTO DEL PETITORIO)

12. El segundo tema planteado por el demandante tiene que ver con los efectos jurídicos de lo regulado en el artículo 1° de la Ley N°. 27600. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

> «Suprímese la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N°. 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República».

13. El demandante considera que este dispositivo es inconstitucional, ya que uno de los efectos jurídicos del artículo 1° de la Ley N.° 27600 sería la «despromulgación» de la Constitución de 1993; ello porque, al retirarse la firma de quien ejercía la Presidencia de

la República en el momento en que aquélla se promulgó, se cancelaría el acto mismo de promulgación.

§1. La promulgación de la Constitución de 1993

14. El artículo 136° del Decreto Ley N.° 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático, dispuso que se considerara a dicho órgano, «por su naturaleza emanada del voto popular», como «soberano y autónomo respecto de los otros poderes del Estado». Éste tenía como finalidades «Elaborar y aprobar el texto de la nueva Constitución Política del Perú, definiendo la estructura, carácter y composición del futuro Poder Legislativo», así como «ejercer la función legislativa, con las atribuciones y facultades establecidas por la Constitución Política de 1979 para el Congreso de la República y las Cámaras Legislativas, en cuanto sean aplicables y procedentes de acuerdo con la presente Ley» (Art. 138, incisos 1) y 2).

15. El artículo 147° del referido decreto disponía que «El texto de la nueva Constitución Política que apruebe el Congreso Constituyente Democrático, será sometido a referéndum para su ratificación, según el procedimiento que se fije por ley expresa. *La promulgación de la Constitución Política la realiza el Presidente Constitucional de la República*, luego que el Jurado Nacional de Elecciones publique los resultados del referéndum».

16. A su vez el artículo 148° del decreto en mención señalaba que «Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado –agregaba-, será sometido a un segundo referéndum. De repetirse el resultado, el Poder Ejecutivo efectuará las rectificaciones correspondientes dejándolo expedito para su promulgación». La acotada norma, posteriormente, fue modificada por el artículo 1° del Decreto Ley N°. 25686, y su redacción final fue de la siguiente forma: «Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado será sometido a referéndum».

17. Por otro lado, el artículo 1° de la Ley Constitucional de fecha 1 de setiembre de 1993 disponía que, «a efectos de conocer la voluntad del pueblo peruano respecto del nuevo texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático», «procédase a realizar un referéndum». Su artículo 3° señalaba que «Se considerará ratificada la nueva Constitución si los votos por el SÍ superan a los del NO».

Finalmente, la Decimosexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señalaría que, «Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979». En suma, el artículo 147° del Decreto Ley N.° 25684, esto es, una norma dictada por el gobierno de facto, señalaba que la promulgación de la Constitución Política la realiza(ría) el Presidente Constitucional de la República.

18. A juicio del Tribunal Constitucional, una disposición semejante es inocua desde un punto de vista jurídico-constitucional, fundamentalmente por dos razones:

a) Por la propia naturaleza del denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, éste no podía regular y limitar la actuación de un Poder Constituyente, como lo fue el Congreso Constituyente Democrático. Es decir, no podía condicionar a que la futura obra de dicho órgano tuviese que ser promulgada por un poder constituido; y,

b) El artículo 147 del Decreto Ley N.° 25684 condicionaba a que la promulgación de la nueva Constitución la realizase el *Presidente Constitucional* de la República, *status* que, desde el 5 de abril de 1992, perdió el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

19. Por la consideración expuesta, la comunicación transmitida al gobernante de facto de ese entonces, con fecha 20 de diciembre de 1993, en virtud de la cual el Presidente del

CCD y los miembros de su Junta Directiva, disponían que: «Comuníque(se) al Señor Presidente de la República para su promulgación», debe entenderse como el envío para que este último ordene la publicación de la Constitución de 1993.

§2. Promulgación de la Constitución y promulgación de la ley

20. Los demandantes sostienen que la promulgación de la ley tiene un carácter análogo a la promulgación de la Constitución. Sobre la materia es factible señalar lo siguiente:

21. La promulgación de la ley, según el artículo 108° de la Constitución, es realizada por el Presidente de la República, dentro del plazo de quince días desde que ésta es remitida por el Congreso de la República.

Dicha promulgación forma parte del procedimiento legislativo, ya que pertenece a la fase integradora de su eficacia, conjuntamente con la publicación. Quien lo hace, por ese mero hecho, no participa en el ejercicio de la función legislativa, pues como dispone el mismo artículo 108° de la Constitución, el Presidente de la República promulga «la *ley* aprobada según lo previsto por la Constitución» [Cf. Serio Galeotti, *Contributo alla Teoria del procedimento legislativo,* Giuffré editore, Milano, 1985, Pág. 288 y ss.]. Esto es, la ley tiene la condición de tal una vez que ha quedado sancionada por el propio Congreso de la República, y no porque ella haya sido promulgada por el Presidente de la República. Sin embargo, la sola sanción de la misma no basta para que ella rija y, por consiguiente, sea obligatoria, ya que como lo disponen los artículos 108° y 109° de la Constitución, es necesario que ésta sea promulgada y publicada.

22. Mediante la promulgación de la ley, el Presidente de la República certifica su existencia, esto es, corrobora que se ha seguido el procedimiento constitucional para su elaboración (Domingo García Belaunde, «Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979», en *Lecturas sobre temas constitucionales,* CAJ, Lima, 1990, Pág. 26 y ss); Asimismo, mediante ella el Presidente de la República da fe de que el texto de la ley es efectivamente el que el Congreso de la República ha aprobado y sancionado.

Finalmente, la promulgación contiene el mandato para que se publique y sea cumplida por todos. [Nicolás Pérez Serrano, «Las erratas en las leyes», en *Escritos de Derecho Político*, T. II, INAP, Madrid 1984, Pág. 858-859].

23. El acto de promulgación se realiza en la autógrafa de la ley. Ésta, por su propia naturaleza, agota todos sus efectos en el acto mismo en que se realiza.

Por lo tanto, la promulgación de la ley no impide que pueda ser sometida a un control de constitucionalidad formal, esto es, que pueda ser evaluado el procedimiento de su aprobación señalado en la Constitución y en el Reglamento Parlamentario, so pretexto de que el Presidente lo hizo en el acto de la promulgación [Stefano María Cicconetti, «Promulgazione e pubblicazione delle legge», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Varesse 1988, Pág. 100 y ss]. En ese sentido, la promulgación no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

24. Por otro lado, es conveniente advertir que su obligatoriedad no depende exactamente de su promulgación, sino que se deriva directamente de los artículos 51° y 109° de la Constitución, el último de los cuales señala que «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial».

En razón de lo expuesto, la obligatoriedad de la ley es únicamente consecuencia de su publicación en el diario oficial.

25. Como expone Juan José Solazabal Echevarría [«Sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria», en Revista de Estudios Políticos, N.° 55, 1987, pág.

379], la promulgación «es un acto debido, de carácter declarativo, por consiguiente, no constitutivo de la ley, perteneciente, dentro del procedimiento legislativo, a la fase integradora de la eficacia y que se verifica por medio de una fórmula donde se contiene, en primer lugar, la proclamación formal de la ley como tal ley y, en segundo lugar, el mandato... de su publicación».

26. ¿Cabe extrapolar dicha doctrina para el caso de la promulgación de la Constitución y afirmar, como lo hacen los demandantes, que con el retiro de la firma del ciudadano japonés Alberto Fujimori Fujimori, la Constitución de 1993 quedó despromulgada?

El Tribunal Constitucional considera que, detrás de tal objeción, se oculta una particular perspectiva del significado y valor del acto de la promulgación. Como indica Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo I,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, Pág. 562), el valor que a ella se le ha brindado es múltiple, y obedece, en sus primeras construcciones doctrinales, a la lucha entre el principio democrático y el principio monárquico.

En efecto, para un primer grupo de autores, «dicha fórmula no sería sino la materialización externa del acto de sanción real (en los regímenes republicanos, de la decisión presidencial de no ejercer su derecho de veto)».

Para un segundo grupo, «consistiría en una orden de ejecución de la ley, la que la haría ejecutoria y de obligado cumplimiento para los ciudadanos (por cuanto el Jefe de Estado expresaría así la voluntad de éste en su conjunto) y para la Administración y los jueces (que, conforme ocurría en el Antiguo régimen, se conciben como autoridades exclusivamente dependientes del Rey, único que les obliga con sus órdenes)».

Para un tercer grupo, «la promulgación sería un acto de reconocimiento de la adopción de la ley por el Parlamento y de certificación o autenticación de su texto». Y para un cuarto grupo, «se confundiría con la publicación (sería, en definitiva, la orden de publicación de la ley)»

27. El Tribunal Constitucional considera que la promulgación de una Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que sólo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra.

28. Por todo ello, la supresión de la firma del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori es jurídicamente viable y de ningún modo borra los efectos, en lo simbólico que pueda tener su firma, de la promulgación de la Constitución de 1993. En primer lugar, porque ninguna ley puede borrar los hechos que sí ocurrieron, y ocurrió que la Constitución fue promulgada por el CCD y que ella fue firmada por Alberto Fujimori Fujimori. En segundo lugar, porque la justificación o causa para retirar la firma del Alberto Fujimori, según la ley impugnada, es su incapacidad moral, la misma que fue declarada 6 años después que el Presidente suscribiera la Constitución: su incapacidad moral –al tiempo de suscribir la Constitución- no está, pues, declarada por ley alguna.

29. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la promulgación de la Constitución de 1993, por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de 1993, la condición formal de Presidente «Constitucional» de la República. Por consiguiente, la supresión de la firma de Alberto Fujimori en el texto de la Constitución de 1993, constituye un acto jurídico lícito que no tiene el efecto de «despromulgarla».

IV. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Tercer fundamento del petitorio)

30. El demandante alega que el artículo 2° de la Ley N.° 27600 autoriza la reforma total de la Constitución, lo que juzga incompatible con la Norma Suprema, pues ésta sólo autorizaría la reforma «parcial». Al respecto, el artículo 2° de la ley impugnada señala que:

«La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993».

31. Pese a que la controversia se ha planteado (y desarrollado) en torno a los alcances de la reforma constitucional, lo primero que tiene que expresar este Tribunal es que aquélla, vistas bien las cosas, es una problemática prematura, *nom nata*. En efecto, el artículo 2° de la Ley N.° 27600 no pretende plantear como problema si la reforma puede tener alcances totales o parciales: dicho dispositivo no aprueba reforma constitucional alguna. En puridad, sólo se limita a autorizar a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República a «proponer un proyecto» de reforma total de la Constitución.

Como antes se ha anotado, la autorización para que una de las Comisiones del Congreso de la República se dedique al estudio y diseño de un proyecto de ley, cualquiera sea la materia sobre la que verse, no es un asunto vedado por la Constitución.

Antes bien, según señala el artículo 105° de la Constitución, «Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso de la República». Y según establecen los artículos 72° y 73° del mismo Reglamento, la aprobación de leyes de reforma constitucional debe realizarse de conformidad con el procedimiento legislativo, que incluye su estudio en Comisiones. No en cualquier clase de comisiones, sino, como señala el artículo 77° del mismo Reglamento, en aquélla que le corresponda en aplicación del criterio de especialización. Y lo razonable, si es que la opción adoptada ha sido que una Comisión del Congreso realice la tarea de proponer un Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución, es que esa Comisión no sea otra que la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento del Congreso de la República.

32. Las razones anteriormente expuestas servirían para desestimar, en este extremo, la controversia sometida al Tribunal Constitucional. Sucede, sin embargo, que ampararse en ese criterio para rehuir las cuestiones sustantivas que se han planteado, supondría una inadmisible falta de consideración con las partes en el presente proceso y, principalmente, con la sociedad, que está a la expectativa de lo que pueda sostener este Tribunal sobre su futuro constitucional.

33. En efecto, este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, debe tener en consideración que a él se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y «fomentando el desarrollo del derecho objetivo», al mismo tiempo de ejercer una labor de «orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución» (Jutta Limbach, «Función y significado del recurso constitucional en Alemania», en *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, N.° 3, México 1999, pág. 73).

34. En consecuencia, el Tribunal Constitucional decide analizar si lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N.° 27600 es o no constitucional.

Es conveniente señalar que este pronunciamiento no está referido al contenido mismo de la reforma, sino sólo a la posibilidad de su realización, pues es claro que entre tanto éstas no hayan sido aprobadas, este Tribunal no está en la capacidad de poder efectuar forma de control alguno.

35. El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una *reforma parcial*, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado.

36. El problema, entonces, es el siguiente: ¿puede reformarse totalmente la Constitución? ¿Tiene el Congreso de la República capacidad, *per se*, para efectuar la reforma total de la Constitución? ¿Puede un poder constituido, después de haberse aprobado la reforma total de la Constitución, ordenar la abrogación de la Constitución que le confiere la competencia de reformar?

Previamente, antes de ingresar al análisis de los cuestionamientos precedentes, consideramos necesario referirnos a los antecedentes que se registran en la historia republicana del Perú en torno a este problema.

V. EL PODER CONSTITUYENTE, LA CONSTITUCIÓN Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA REPUBLICANA DEL PERÚ

37. El origen de nuestra vida republicana está estrechamente ligado con nuestra historia constitucional. Como afirmara Jorge Basadre, al referirse a la Declaración de Independencia Nacional, las palabras del General San Martín, autoproclamado Protector del Perú, en torno a nuestro carácter «libre e independiente», simbolizaron la nueva forma que desde ese instante asumía el país y el salto audaz que éste emprendía.

Esa República, «libre e independiente», sustentada en la «justicia de su causa», aprobó sus «Bases de la Constitución Política» el 17 de diciembre de 1822, y posteriormente su primera Constitución, la de 1823, y desde entonces ha permanecido fiel a los principios políticos y sociales de organización de un Estado democrático.

Las Bases de la Constitución de 1822, como expresa García Belaunde, en realidad no eran una Constitución, sino (contenía) los principios sobre los cuales se aprobaría(n) la(s) futura(s) Constitución(es) [Domingo García Belaunde, «Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)», en *Revista Ayer,* N°. 8, Madrid 1992, Pág. 150].

Es allí donde surgen los primeros contenidos de la Constitución histórica del Perú. A saber, que la soberanía reside en el pueblo (artículo 2°), que su forma de gobierno es republicana (artículo 4°) y representativa (artículo 7°); que en ella ocupan un lugar privilegiado el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales del ser humano (artículo 9°) y que éste se sustenta en la separación de funciones estatales.

38. No obstante ello, a lo largo de toda nuestra historia republicana se han sucedido diversas constituciones. Como expresara Manuel Vicente Villarán [«La Constitución de 1828», en *Páginas Escogidas,* P.L. Villanueva, Liman 1962, Pág. 45], hemos vivido «haciendo y desahaciendo constituciones». En efecto, en 181 años, la República se ha regido formalmente por 12 constituciones, una por cada 15 años, en promedio.

39. Detrás de esa práctica, subyace implícita una idea errada: que la Constitución, antes de ser una norma que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más

importantes de nuestra sociedad, cuyo cumplimiento se aspira a alcanzar, es en realidad un plan de gobierno. Los estragos de ese modo de ver las cosas, no son menos dramáticos, pues una vez finalizado el régimen en cuyo interregno se dio la nueva Constitución, ésta sucumbía con aquél.

Y cuando ello no ha sido así, el acto de darnos una nueva Constitución ha sido consecuencia de su falta de legitimidad, pues a su amparo se pretendieron legitimar golpistas y gobernantes de facto, que no dudaron en supeditar la Norma Fundamental a los espurios decretos leyes que en ese contexto se expedían y que sostenían con la fuerza de las armas [Domingo García Belaunde, «Bases para la historia constitucional del Perú», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* N.° 98, México 2000, Pág. 547 y ss. Idem, *Las constituciones del Perú,* Ministerio de Justicia, Lima 1993, Pág. 9].

40. La situación precedente a la dación de la Constitución de 1993 no dejó de observar cierta similitud con el pasado. Así, la Constitución de 1993 se dictó con el objeto de legitimar un golpe de Estado y «revestir» de legalidad al gobernante de facto, a través de un referéndum de muy dudosa legitimidad. Ella se expidió no tanto por deseos del dictador, sino como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los organismos internacionales.

Cancelado el régimen autoritario en noviembre del año 2000, en una muestra evidente de madurez cívica y constitucional del pueblo y sus autoridades, no se ha seguido la opción de buscar una salida informal, sino de utilizar los mecanismos que la Constitución de 1993 prevé para seguir regulando la vida institucional del país. Como corolario de todo lo expuesto, es que se declaró la vacancia del cargo del Presidente de la República, que precaria e infielmente venía ocupando el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, nombrándose como Presidente Constitucional a don Valentín Paniagua Corazao, quien se encargó de iniciar la transición democrática.

41. El hecho de ligar el fenómeno constituyente como un acto posterior a los golpes de Estado, es recurrente en la historia republicana, como enseguida veremos:

42. Nuestros primeros constituyentes, los que aprobaron la Carta de 1823, atendiendo a las difíciles circunstancias en que ella fue promulgada, establecieron que la misma debía ser ratificada o reformada, concluida que fuera la guerra de Independencia, por un Congreso General, cuyos integrantes debían ser investidos con poderes explícitos. Según los artículos 191° y 192° de la Constitución de 1823, ésta quedaba sujeta «a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto por los diputados de las provincias actualmente libres, y de todas las que fueran desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra» para cuyo efecto «deberán contener los poderes de los diputados cláusula especial que los autorice para ello».

43. La Constitución de 1826, presentada por Simón Bolívar, fue aprobada por el Consejo de Gobierno, sometido a los colegios electorales y ratificada por el mismo Consejo el 30 de noviembre de 1826, sin que en su texto o ratificación participaran representantes elegidos por el pueblo o por éste directamente [José Pareja Paz-Soldán, *Las constituciones del Perú (Exposición, crítica y textos),* Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954, Pág. 157 y ss].

El procedimiento seguido para su aprobación, distinto al previsto en la Carta de 1823, además de instaurar una suerte de Monarquía no hereditaria [Manuel Vicente Villarán, «Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar», en Sociedad Bolivariana de Venezuela, *Testimonios peruanos sobre el libertador,* Imprenta Nacional, Caracas 1964, Pág. 87 y ss.], fue cuestionado por diferentes sectores de la sociedad, a tal punto que, después de seis

semanas de haberse jurado, se tuvo que convocar a un Congreso General Constituyente para que decidiera cuál iba a ser la Constitución que debía regir.

La convulsión social y las difíciles circunstancias políticas –que incluían el receso del Parlamento, un levantamiento militar en la Capital y algunas provincias, además del peligro de guerra externa– obligaron al Presidente del Consejo de Gobierno, Mariscal Andrés Santa Cruz, quien ostentaba el Poder Ejecutivo en calidad de «encargado», a consecuencia del golpe de Estado de enero de 1827, a convocar dicho Congreso, el cual una vez reunido, por Ley del 11 de junio de 1827, declaró nula la Constitución de 1826 y restauró la de 1823, con modificaciones, hasta que se diera una nueva.

44. La Constitución de 1828, llamada también «la madre de nuestras constituciones» por don Manuel Vicente Villarán («La Constitución de 1828», en *Páginas Escogidas*, citado, Pág. 45), fue debatida y sancionada por el Congreso General Constituyente, estableciendo su inmutabilidad por un lapso de 5 años, al cabo de los cuales debía reunirse una Convención Nacional para revisarla y eventualmente reformarla en todo o en parte. En cumplimiento a lo establecido por el artículo 177° de dicha Carta, la Convención se reunió en julio de 1833, pero no pudo abocarse de inmediato al debate de la reforma constitucional, por las difíciles circunstancias políticas que se vivían, especialmente la relacionada con la sucesión presidencial.

No pudieron efectuarse elecciones presidenciales en todos los colegios electorales, por lo que la Convención tuvo que elegir un Presidente Provisional para que se hiciera cargo del Poder Ejecutivo, una vez que concluyó el mandato del Mariscal Agustín Gamarra (el cual fue elegido de manera provisoria por el Congreso, luego del golpe militar encabezado por el General La Fuente). Dicha elección, que suscitó una guerra civil, concluyó algunas semanas antes de la promulgación de la Constitución, cuyo texto, salvo ligeras variaciones, era fundamentalmente idéntico al de la Carta de 1828.

45. La Constitución de 1834, a su vez, establecía un procedimiento sumamente agravado para la reforma de «uno o más artículos», recayendo en el Congreso ordinario su aprobación. Dicha Constitución fue elaborada por una Convención Constituyente, que fue convocada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177° de la Constitución de 1828.

46. Como resultado del golpe de Estado del 24 de agosto de 1838, se convocó a un Congreso Nacional unicameral, el cual tuvo que reunirse en Huancayo debido a que la Capital aún se encontraba ocupada por un ejército extranjero. Este Congreso, que designó a Gamarra Presidente Provisorio de la República y ratificó todos sus actos desde que se invistió del mando supremo, en poco más de tres meses aprobó la Constitución, soslayando el procedimiento establecido por la Carta de 1834 [Toribio Pacheco, *Cuestiones Constitucionales,* Editorial Grigley, Lima 1996, Pág. 47 y ss].

47. La Constitución de 1839, en esencia, repetía el oneroso procedimiento para la reforma que estableció su predecesora, el mismo que tampoco fue cumplido por la Convención Nacional en 1855.

La convocatoria a elecciones para dicha Convención, fue hecha a inicios de 1855 por el Mariscal Ramón Castilla, un año después del golpe de Estado. Uno de los primeros actos de los convencionales, como se recordará, fue la de nombrar Presidente Provisorio a Castilla, ratificando y legalizando así su autoridad.

La Convención Nacional, que declaró «derogada» por la voluntad popular la Carta de 1839, para aprobar la de 1856, tampoco cumplió con el procedimiento de reforma dispuesta por aquélla, que preveía también trámites agravados para llevarla a cabo.

48. La Carta de 1856 establecía un procedimiento sencillo para la reforma de «uno o más artículos», esto es, que el proyecto sea aprobado por tres legislaturas, previa discusión como cualquier proyecto ley. Empero, el Congreso de 1860 sancionó la Constitución de ese año, dejando de lado dicho procedimiento, al considerar que sus representantes, al ser elegidos, habían recibido el mandato expreso del pueblo para llevar a cabo la reforma [Lizardo Alzamora Silva, *La evolución política y constitucional del Perú independiente,* Librería e imprenta Gil S.A., Lima 1942, Pág. 34 y ss].

Dicha Constitución fue expedida por el Congreso constituido, «autorizado por los pueblos para reformar la Constitución Política de 1856», y promulgada, también, por el Mariscal Ramón Castilla, el 13 de noviembre de 1860; el cual, previamente, disolvió el Congreso y convocó a elecciones legislativas, de las que emanó el Parlamento ordinario que se convirtió en Constituyente por propia decisión.

Debe recordarse que el artículo 131° de dicho texto disponía que para reformar uno o más artículos constitucionales se necesitaba que el proyecto sea aprobado en dos legislaturas distintas (por el Congreso constituido), previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.

49. La Constitución de 1867, de tan efímera vigencia, fue sancionada por un Congreso Constituyente convocado por el Gobierno de la dictadura bajo la presidencia del General Mariano Ignacio Prado. Y como ocurrió con las anteriores, el procedimiento seguido para su aprobación no tomó en cuenta lo dispuesto por su predecesora.

50. La Carta de 1920 fue producto de una situación extra constitucional. El 4 de julio de 1919 Augusto B. Leguía instauró su llamado «Gobierno Provisional» e inmediatamente después convocó a una consulta plebiscitaria para reformar la Constitución de 1860, cuya ejecución recaería en las cámaras legislativas reunidas en Asamblea Nacional.

Dicha Asamblea, inmediatamente después de instalada, no sólo se limitó a introducir las reformas aprobadas en la consulta popular, sino que decidió que en virtud de sus poderes constituyentes podía dictar una nueva Constitución. Elaborada ésta, fue sancionada y luego promulgada por el propio Leguía, y estuvo vigente en tanto éste se mantuvo en el poder.

La Carta de 1920 atribuía la competencia de su reforma, sin precisar si ésta podía alcanzar la totalidad de su articulado o sólo una parte de él, al Congreso Ordinario. Disponía la necesidad de su ratificación en otra legislatura ordinaria y el voto conforme de una mayoría calificada. Dicho procedimiento y requisitos no se cumplieron al aprobarse la Carta de 1933.

51. La Constitución de 1933 fue obra de un Congreso Constituyente, convocado por la llamada Junta Nacional de Gobierno en medio de una grave crisis política, que pasó por el derrocamiento de Leguía y los sucesivos gobiernos provisorios que se formaron inmediatamente después de este hecho. Dicho Congreso Constituyente, disminuido en razón de que una parte importante de sus miembros fue encarcelada y/o deportada, la aprobó y su promulgación la efectuó el General Oscar R. Benavides, el 9 de abril de 1933. Dicho Congreso Constituyente fue convocado mediante Decreto Ley N.° 7160, del 26 de mayo de 1931, y antes que sus miembros fueran elegidos, la Junta Nacional de Gobierno, que ejercía de hecho los Poderes Ejecutivo y Legislativo, designó una comisión de juristas eminentes, presidida por Manuel Vicente Villarán, para preparar un *Ante-proyecto de Constitución del Estado*, (Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931) el mismo que, pese a ser presentado a la Asamblea, no se tomó en cuenta.

La Constitución de 1933, expedida por un Congreso Constituyente, sufrió numerosas interrupciones, siendo la más larga de ellas la iniciada en octubre de 1968, con el

derrocamiento del Presidente Constitucional Fernando Belaunde Terry y la instauración del llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado.

Sin embargo, el desgaste político y la progresiva pérdida de legitimidad social de dicho gobierno, aunados a la movilización popular, obligaron a sus conductores a plantear el retorno al régimen democrático y a transferir el poder a la civilidad. Dicho proceso no derivó en la vigencia plena de la Carta de 1933, ni en la utilización de los procedimientos en ella dispuestos para reformarla, sino en la convocatoria a elecciones para una Asamblea Constituyente, cuya actividad debía limitarse a la dación de una nueva Constitución Política del Estado, según el Decreto Ley N.° 21949, promulgado por el Presidente de la República designado por la Junta Revolucionaria, General Div. E.P. Francisco Morales Bermúdez.

52. La Constitución de 1979 fue sancionada en julio de ese año, pero la transferencia del poder se realizó recién al año siguiente [Domingo García Belaunde, «Sanción y promulgación de la Constitución de 1979», en *Lecturas sobre temas constitucionales,* N.° 4, CAJ, Lima, 1990].

La Constitución de 1979 estableció un procedimiento de reforma constitucional que no se observó cuando, tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático para que decidiera si reformaba la Constitución de 1979 o daba una nueva Constitución. Y ello no obstante que en su artículo 307° señalara que ella no perdía su vigencia ni podía ser modificada si es que no se seguía el procedimiento de reforma allí previsto. Más aún, señalaba que serían «juzgados, según esta misma Constitución (la de 1979) y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables» de cualquier cambio o modificación constitucional sin observarse sus disposiciones.

Al respecto, en el expediente N.° 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307° de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país.

El Tribunal Constitucional deja constancia que a la fecha ni el Ministerio Público ni el Congreso de la República han procedido de acuerdo con sus atribuciones sobre la materia.

53. La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos.

Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.

Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3' 895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones)

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993.

A esta cuestionable legitimidad de origen, ya desde diciembre de 1993, Domingo García Belaunde («La nueva Constitución del Perú», en el trabajo conjunto con Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Editorial Grigley, Lima 1994, Pág. 31) apuntaba: «En los momentos actuales, con un Presidente autoritario respaldado en las Fuerzas Armadas, es difícil decir qué pasará. La prueba de fuego de la actual Constitución, repetitiva de la anterior y con muy escasos méritos, será recién en 1995, cuando se den las elecciones generales y cuando (es de esperar) no exista el actual ambiente autoritario».

En ese mismo sentido, César Landa (*Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, PUCP, Lima 1999, Pág. 475) enfatizaba que «La Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista».

54. En suma, como colofón a toda esta reseña histórica, hay un dato común en toda nuestra experiencia constitucional en materia de cambios de Normas Fundamentales: que normalmente la convocatoria a un Poder Constituyente para que elabore una nueva Carta siempre ha sido una salida política frente a la instauración de un régimen de facto, cuyo final o ya se había producido o era una crónica de su muerte anunciada. El cambio constitucional, en ese sentido, ha sido una cuestión de higiene democrática y de reinserción en los principios del Estado de Derecho.

55. Contra lo que es un hecho constante en la historia peruana, los sucesos de los últimos meses permiten aseverar que la situación del Perú, en el momento en que se está discutiendo el cambio de la Constitución, no tiene parangón. En efecto, pues si bien la actual Carta fue elaborada por un Congreso Constituyente Democrático y aprobada a través de un referéndum, de muy dudosa legitimidad, también lo es que el debate sobre la posibilidad de su reforma no se plantea en un contexto en el que se convive con un gobernante de facto, cuyo final es anunciado, sino en un ambiente en el que se ha restablecido plenamente la democracia en el país y a través de los mecanismos que esa misma democracia proporciona. En ese sentido, el Tribunal observa que la intención de propiciar un proceso de reforma constitucional, con las reglas que el propio ordenamiento constitucional proporciona, constituye un hito importante en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

56. El problema, sin embargo, no es tanto la oportunidad o pertinencia del proceso de reforma, sino, como lo ha sugerido el demandante y como se ha planteado en el fun-

damento 36, la forma en que ella pretende llevarse adelante. En ese contexto, cabe preguntarse ¿Puede el Congreso de la República cambiar la Constitución de 1993 por otra?

VI. EL PODER CONSTITUYENTE, LA CONSTITUCIÓN Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

57. Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional considera que es necesario dilucidar los problemas jurídico-constitucionales que entraña la presente acción de inconstitucionalidad, lo cual exige que previamente este Colegiado se detenga a esclarecer los alcances de conceptos tales como Poder Constituyente, Constitución y Reforma Constitucional.

§1. El Poder Constituyente

58. En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente «es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede» (E. Bockenforde, «Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale», en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione,* Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona.

59. Cabe precisar que ello no excluye la existencia previa de un Estado. Como expresa Sigifredo Orbegoso, «El poder constituyente es aquél que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez (sic) o que ha decidido cambiar de Constitución» [*Poder constituyente y otros ensayos,* Editorial Normas Legales, Trujillo 2002, Pág. 73].

En tales supuestos, se dice que el Poder Constituyente, más que una fuente de creación, es una fuerza de transformación, ya que, como tal, puede llevar a cabo la refundación del ordenamiento constitucional sobre nuevos supuestos, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o propiamente jurídicos.

60. El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.

§2. El Poder Constituyente y los Poderes Constituidos

61. De las características atribuidas al Poder Constituyente, queda claro que aquél, en cuanto poder creador, es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo,

legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.

62. En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.

Como afirma Manuel Aragón [*Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control,* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, Págs. 15 y ss.] el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. De allí que el Tribunal Constitucional considere que «no es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional con sus amplias competencias, sin que ella sufriera una reforma en su esencia» [Helmut Simon, «La jurisdicción constitucional», en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional,* Marcial Pons librero, Madrid 1996, pág. 823].

63. En ese sentido, y como en su momento lo intuyera el Abate Emmanuel Sieyés (*¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza Editorial, Madrid 1989), el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una tarea regulada en sus lineamientos por la propia Constitución. Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente.

§3. El Poder Constituyente y la Constitución.

64. La razón fundamental por la que se admite una concentración de facultades alrededor del Poder Constituyente responde al objetivo de regular jurídicamente al Estado sobre la base de una Constitución, norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe.

65. En la medida que una Constitución es la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una «pretensión más fuerte de validez», y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada. Por el contrario, si aquélla careciera de la vocación de regir los destinos de una sociedad u omitiere el *plus* de realizar efectivamente sus contenidos, su destino no tendría por qué ser diferente al de las leyes ordinarias, circunscritas sobre intereses y proyecciones mucho más específicas. Sin embargo, el que una Constitución aspire a prolongarse en el tiempo, permite predicar de la misma una característica de suyo especial y única, que en modo alguno puede ser ignorada por los poderes constituidos.

66. No es, pues, una razón formal la que convierte a la Constitución en norma jurídica suprema, sino una razón de orden material, que, como tal, impone restricciones o líneas de obligado comportamiento a quienes corresponde aplicarla y desarrollarla. Dicha razón empieza entonces, desde su propio origen y se proyecta hasta el último valor que aquella recoge.

§4. El Poder Constituyente y el Poder de Reforma Constitucional

67. Que el Poder Constituyente se configure como el artífice de la Constitución y que esta última sea la fuente de sustento jurídico en la que reposan los más importantes valo-

res sociales, no significa que dicho poder, durante su misión constructora, no pueda incurrir en omisiones, pues, por principio, si sus criterios y proyecciones devienen como producto de un momento histórico determinado y no de una permanente voluntad evolutiva, el resultado constitucional viene siempre impregnado de una cierta dosis de relatividad histórica.

68. Si el resultado de la tarea constituyente, *prima facie,* resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo, la evolución que, por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias, inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.

69. El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo.

70. El que se asuma que el poder de reforma constitucional tiene connotaciones formales, no significa que este Colegiado excluya la legitimidad de aquellas reformas a las que la doctrina califica de informales o de auténticas «mutaciones constitucionales» Así, por ejemplo, lo realizado por este Tribunal Constitucional en relación con la segunda parte del artículo 173° de la Constitución, a fin de adecuar su sentido interpretativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en el expediente N.° 010-2002-AI/TC [Cf. sobre el tema, Hsü Dau Lin, *Mutación de la Constitución*, Oñati (España) 1998).

Sin embargo, si se admite su procedencia, ello no significa que aquéllas puedan operar sin ningún referente mínimamente objetivo. Se trata, en tales casos, de distinguir entre mutación (reforma informal legítima) y desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto constitucional.

§5. Los límites del Poder de Reforma Constitucional

71. En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución.

72. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden, ser formales y materiales.

a) Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.
ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.
iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.

73. La existencia de límites formales, en los términos descritos, permite considerar que el rol cumplido por el Poder de Reforma Constitucional, no es, ni puede ser, el mismo que el del Poder Constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado.

Dicha condición no sólo es una garantía de que la organización constitucional democrática mantenga su coherencia, que pueda hablarse de supremacía constitucional, sino también que la propia norma constitucional sea capaz de controlar sus procesos de transformación.

74. b) Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.

75. Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.

76. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933.
ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la «destrucción» de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático

de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.

Como puede verse de lo anotado, la existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados. Es el caso de Italia, por ejemplo, en el que si bien su Constitución republicana de 1947 ha individualizado que su artículo 139° no es objeto de reforma constitucional, sin embargo, su *Corte Costituzionale* ha extendido esos límites materiales a otros principios supremos de su ordenamiento, como los derechos inviolables del ser humano.

77. En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales.

§6. La posibilidad o imposibilidad de reformar totalmente la Constitución

78. A la luz de todo lo expuesto cabe preguntarse si mediante la reforma constitucional se puede emprender una modificación hasta un punto tal en que se sustituya integralmente los alcances de la Constitución, terminando por habilitar una nueva norma fundamental en reemplazo de la reformada.

79. Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Como expresa Carl Schmitt [*Teoría de la Constitución,* Alianza Editorial, Madrid 1982, Pág. 119], «Una facultad de ´reformar la Constitución´, atribuida a una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional».

Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino («Reforma Constitucional», en AA.VV. *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) «El poder constituyente originario es aquél que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquél que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)».

80. En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica.

81. Sucede, sin embargo, que esto que pareciera ser un asunto doctrinal perfectamente definido, tiende a relativizarse en aquellos sistemas que, como el peruano de 1993, prevé expresamente la hipótesis de la reforma «total» (artículo 32°). Con lo cual alternativamente, o descartamos la capacidad de reformar totalmente la Constitución, al amparo de lo que la teoría constitucional expone, en cuyo caso, nuestro parámetro deja de ser la norma constitucional y la sustituimos por la doctrina [lo que sería un verdadero contrasentido]; o, admitimos que algún sentido debe tener la disposición constitucional que señala que es posible efectuarse la *reforma total*.

82. Al Tribunal Constitucional no le cabe duda que él no es una instancia académica donde puedan pacificarse los problemas que se presentan en la teoría constitucional, sino un órgano jurisdiccional que resuelve sus causas con la autoridad que le proporciona la

Constitución, que es la que lo crea y, desde luego, le confía la tarea de preservarla hasta donde ella misma se lo permite.

El tema, desde luego, es complejo. Pero no es nuevo, ni en el Perú (como se ha visto) ni en el derecho comparado, donde existen cláusulas de naturaleza semejante. Es el caso, por ejemplo, de lo que, *mutatis mutandi*, sucede en Alemania con el artículo 146° de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949 (según el cual, «La presente Ley Fundamental perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán») o del artículo 168° de la Constitución española de 1978 [según el cual «1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución (...), se procederá a la aprobación del proyecto por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reformas por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación»].

83. Al margen de la polémica que, en cada uno de esos países, hayan suscitado cláusulas de esta naturaleza, lo cierto es que más allá de lo que en el plano teórico se pueda especular, se sostiene que allí se encuentra el «poder constituyente legal» [Caso de Alemania; Cf. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes,* Berlín, 1966, pág. 23 y ss; 223 y ss, citado por Pietro Giusseppe Grasso, «Potere Constituente», en *Enciclopedia del Diritto,* T., Varesse 198, pág. 643], o, lo que es lo mismo, se haya constitucionalizado el poder constituyente (Caso de España; Cf. Manuel Aragón, «Reforma Constitucional (Derecho Constitucional)», en *Enciclopedia Jurídica Básica,* T. IV, Editorial Civitas, Madrid 1995, pág. 5655-5656]. Esto es, como sostiene Pérez Royo se haya previsto en la práctica «la constitucionalización de la destrucción de la Constitución en la terminología de Carl Schimitt» [Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, citado, pág. 208]

Lo que significa que, cualquiera sea el pronunciamiento que en torno a la hipótesis de la reforma total de la Constitución este Tribunal tenga que expedir, necesariamente habrá de realizarse a partir de lo que sobre tal asunto haya previsto la Constitución de 1993.

VII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

84. El artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum. O, que se puede omitir el referéndum, siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

85. De esta forma, el artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.

86. La Constitución de 1993 regula la participación del pueblo en el proceso de reforma constitucional, para aquellos casos en los que el Congreso no haya logrado la aprobación de la reforma parcial de la Constitución con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas.

Adicionalmente, su participación es facultativa cuando, pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206° de la Constitución, el Congreso decide que ella debe también ser aprobada mediante referéndum [artículo 32°, inciso 1) de la Constitución].

87. El artículo 206° de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales. Ese es el sentido en el que debe entenderse la expresión *ley de reforma constitucional* que utiliza el mismo artículo 206° de la Carta, cuando se refiere a que lo aprobado por el Congreso o mediante referéndum, en el ejercicio de esta competencia, no puede ser observado por el Presidente de la República.

Es decir, que se trata de una simple *ley de reforma constitucional* y no de la sustitución por otro texto constitucional. Y no puede ser observada por el Presidente de la República porque éste no participa del proceso de aprobación o sanción de la competencia de la reforma constitucional, sino, como antes se ha explicado, únicamente el Congreso de la República y/o el pueblo a través del referéndum.

88. Pero si el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° constitucionaliza que la reforma pueda ser total.

89. El demandante considera que la hipótesis de «reforma total» es sólo nominal, ya que si bien en el primer inciso del artículo 32° se enuncia su posibilidad, sin embargo, la segunda parte del mismo artículo prohíbe que se pueda someter a referéndum «la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona», «las normas de carácter tributario y presupuestal» y «los tratados internacionales en vigor». Desde este punto de vista, la negación de la facultad de reformar totalmente la Constitución se derivaría del hecho de que, al menos las normas constitucionales que regulan las materias antes señaladas, no podrían ser objeto de reforma. En consecuencia, sino pueden reformarse, no cabe la posibilidad de sustituir la Constitución.

90. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En primer lugar, porque la prohibición a la que se alude en el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en principio, no está dirigida a limitar la competencia del Congreso de la República para realizar la reforma constitucional, sino a la posibilidad de que tales materias puedan someterse a referéndum. La primera, como se ha dicho, es la capacidad jurídica que se tiene para enmendar, modificar, suprimir o quitar una o algunas disposiciones constitucionales; en tanto, que mediante la segunda, se somete a la consulta del pueblo la aprobación de determinadas materias, incluso las reformas constitucionales, conforme dispone el artículo 206° de la Constitución.

91. En segundo lugar, no todas las materias señaladas en el segundo párrafo del artículo 32°, por estar prohibidas de someterse a referéndum, constituyen límites materiales de la potestad de la reforma de la Constitución. En efecto:

a) Cuando en dicho precepto constitucional se dice, por ejemplo, que no puede someterse a referéndum las normas de carácter tributario, es claro que ella no comprende a cualquier clase de norma o fuente del derecho que la regule, sino, concretamente, a las que por expresa disposición de la Constitución están llamadas a regular, por debajo de ella, la materia tributaria, esto es, a las leyes o los decretos legislativos.

b) Algo similar, sucede con la exclusión del referéndum respecto a los tratados internacionales en vigor. En efecto, el impedimento son los tratados *en vigor*; esto es aquellos que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, forman parte del derecho nacional.

92. c) A diferencia de los anteriores, la prohibición de que se someta a referéndum la «supresión o disminución de los derechos fundamentales», no constituye una autorización de que tal regulación pueda ser dispuesta por cualquiera de los poderes constituidos.

c.1) En primer lugar, el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede «suprimir o disminuir los derechos fundamentales», pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados.

93. Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este Tribunal, si bien en el Estado Constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción.

94. Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente.

95 c.2) En segundo lugar, del hecho que la «supresión y disminución de los derechos fundamentales» no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan una posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal.

96. Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer «la disminución o supresión de los derechos fundamentales», ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política.

Desde luego, se trata de un límite que opera sólo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales.

97. En definitiva, el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo

párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales.

98. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que por perversos que hayan sido los fines de quienes dieron la Constitución de 1993, en ella hay la afirmación de que nuestro ordenamiento constitucional no es ajeno, neutro o desligado a un sistema material de valores.

99. En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional.

VIII. LOS ALCANCES DE LA «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

100. Ahora bien, si en el artículo 206° de la Carta esencialmente se ha previsto la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser *total*. Lo que significa, en principio, que si la competencia de reformar parcialmente la Constitución tiene límites, de cuya observancia depende su validez, éstos no pueden extenderse a la hipótesis de la reforma total.

Pero entonces, surge la pregunta ¿cómo entender la posibilidad de reformar totalmente la Constitución? ¿se trata de una competencia jurídica que pueden realizarla los mismos órganos autorizados a reformar parcialmente la Constitución? ¿Deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución?

101. A tales interrogantes, el demandante ha respondido que, pese al expreso reconocimiento de los alcances totales de la reforma, tal disposición (el artículo 32° de la Constitución), en realidad no autoriza ni permite que el Congreso la efectúe, pues ésta es siempre una función que debe realizar el Poder Constituyente y no un poder constituido. A su juicio, la posibilidad de que se sustituya la Constitución de 1993 por otra o, lo que es lo mismo, se la abrogue, como expresa el artículo 2° de la Ley N.° 27600, debe sujetarse a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

102. El Tribunal Constitucional no comparte tales criterios. En efecto, cuando el artículo 32°, inciso 1), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha *constitucionalizado la función constituyente*, siguiendo en ello lo que, en su momento, estableciera el artículo 28° de la Constitución francesa de 1793 («Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus propias leyes a las generaciones futuras»).

103. Con ello, como expresa Pedro de Vega, «No se niega de este modo las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental (...) en el ejercicio de la facultad constituyente. Puede, en efecto, concebirse la actividad constituyente como una actividad libre y soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos. Pero puede también entenderse como actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide, en este caso, como diría Frochot,

estatuir su propia limitación» (Pedro de Vega, *La reforma de la constitución y la problemática del poder constituyente,* citado, Pág. 64).

104. Pero no es lo mismo hablar de la constitucionalización de la *función constituyente*, prevista en el artículo 32° de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el *poder constituyente*. La primera alude a una capacidad, la de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional. La segunda, en cambio, al sujeto u al órgano titular de esa función, esto es, al *Poder* que está autorizado a llevarla a cabo [Néstor Pedro Sagués, *Teoría de la Constitución,* Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 284 y ss].

105. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si la elaboración de una Constitución es posible, el problema se traslada a dilucidar *quién* debe efectuarla: ¿el Congreso de la República? O, acaso, ¿una Asamblea Constituyente expresamente convocada para tal efecto?

106. Como antes se ha expresado, el artículo 32°, inciso 1), de la Constitución, ha constitucionalizado la función constituyente, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, pero no ha previsto quién la pueda ejercer. Y no podía ser, en verdad, de otro modo, pues si se hubiese previsto que uno de los órganos constituidos llevase adelante tal función constituyente, ello no podría entenderse de otra manera que la constitucionalización del ejercicio de una competencia jurídica y, por lo mismo, reglada, vinculada y, por lo tanto, limitada.

107. Por ello, el Tribunal Constitucional considera, como lo ha expuesto el demandante, que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, *per se,* no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante.

108. El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206° de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales).

109. Ahora bien, una cosa es que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre impedido de aprobar *per se* una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un «proyecto» de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza.

110. El demandante sostiene que la aprobación de una Constitución sólo puede efectuarse si ésta es realizada directamente por una Asamblea Constituyente para, posteriormente, someter su aprobación a un referéndum. El Tribunal Constitucional entiende que tal forma de ver las cosas soslaya que el Poder Constituyente no sólo puede expresarse mediante una Asamblea Constituyente, esto es, a través de un órgano de representación, como lo propusiera el Abate Sieyés, sino también en forma directa.

111. Cuando se decide instaurar un nuevo orden constitucional con el concurso de una Asamblea Constituyente, pero se condiciona la aprobación de la nueva Constitución a que ésta sea ratificada mediante referéndum; en realidad, en tal caso, la Asamblea Constituyente, más allá de su nombre, si bien ejerce la *función* no tiene la *potestas* de decisión del *Poder*

Constituyente, pues ésta es mantenida por el Pueblo, quien tiene la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes.

112. En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano *ad hoc* es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo.

113. Sin embargo, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse a través de aquellos mecanismos (esto es, mediante una Asamblea Constituyente soberana, o con la instalación de una Asamblea Constituyente, pero condicionando su obra a la aprobación del Poder Constituyente), no impide que, en un ordenamiento como el nuestro, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum.

114. En tal supuesto, no es que el Congreso de la República asuma la condición de un poder constituyente ni tampoco que el proceso de elaboración de una Constitución distinta pueda considerarse ejercicio de una función constituyente, ya que la decisión de aprobarla o no, depende de él, quien únicamente se limita a proponer un proyecto de Constitución, sino del mismo Poder Soberano.

115. De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso.

Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración.

Detrás de esta afirmación está implícita la distinción entre pueblo como poder constituido y el pueblo en cuanto titular del Poder Constituyente.

116. El Pueblo como legitimador de los poderes constituidos se expresa por ejemplo cada vez que elige periódicamente a sus representantes ante los diversos órganos públicos o cuando se le somete a su consulta la aprobación de determinadas leyes o reformas parciales de la Constitución.

Como señala el artículo 1° de la Ley de Participación y Control Ciudadanos, el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos, que incluye los de iniciativa de reforma parcial, se realiza de «conformidad con la Constitución».

En efecto, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse. Como señala Alessandro Pace [«Muerte de una Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* Madrid 1999] «la autorizada afirmación, conforme a la cual ´en el Estado Constitucional no hay soberano´, significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados».

117. Aunque no con la claridad que se hubiese deseado, fue eso lo que se pensó durante los debates en el Congreso Constituyente Democrático. Allí, en efecto, al analizarse

la introducción de los mecanismos de democracia directa y, entre ellas la del referéndum, se concordó (tácitamente) en la absoluta necesidad de que en el supuesto de reforma total de la Constitución, tuviera que participar el pueblo directamente. Ello, en atención a la trascendencia que tiene el acto de instaurar un nuevo orden constitucional [Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático. Pleno de 1993,* T. 3, Lima 1993, pág. 2010-2020].

118. Como sostiene Manuel Aragón, aplicable, *mutatis mutandis*, para explicar el caso peruano, allí «se ha positivizado, en realidad, al poder constituyente. Justamente por ello, la declaración de que la *soberanía* nacional ´reside en el pueblo´ («El poder del Estado emana del pueblo», artículo 45° de la Constitución) es una prescripción jurídica y no un enunciado meramente político o la descripción de lo que fue (el poder constituyente) en el momento de emanación de la Constitución, pero que nunca ya será a partir de la entrada en vigor del texto constitucional.

Gracias a esa ausencia de límites materiales (explícitos e implícitos) nuestro ordenamiento asegura al pueblo..., en cada momento, su capacidad de autodeterminarse, impidiendo que las generaciones del futuro queden sometidas a la voluntad de las generaciones del presente o, dicho de otra manera, asegurando a esas generaciones del futuro, si quisiesen apartarse de lo impuesto por la generación del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza.

En resumen, pues, podría decirse que el artículo 32°, inciso 1) en la parte que autoriza la reforma total de la Constitución «positiviza el derecho a la revolución, es decir, facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere)...» (Manuel Aragón, «Reforma constitucional (D.° Constitucional)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, citado, pág. 5656).

119. Lo expuesto, no implica que al aprobarse por el Congreso un proyecto de Constitución, tal aprobación se realice sin observarse las reglas o las del Reglamento del Congreso, pues sucede que, en su condición de poder constituido, toda su actividad, incluso cuando elabora simples proyectos, debe realizarse conforme al ordenamiento jurídico.

120. El Tribunal considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo 206° de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; pues, una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un Proyecto de nueva Constitución, este no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

Y es que para que dicho proyecto sea una obra del Congreso como órgano, y no de una facción o parte de él, es preciso que se tenga que observar el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución.

IX. EL PRETEXTO DE LA REFORMA COMO MEDIO PARA ELABORAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN (CUARTO FUNDAMENTO DEL PETITORIO)

121. Sobre esta materia ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado implícitamente en el desarrollo del punto anterior. No obstante, es necesario agregar algunas consideraciones adicionales. En particular, los alcances de ciertos términos empleados en la ley impugnada, en la demanda, en su contestación y en la Audiencia Pública, como son los de «reforma total», «reforma parcial», «Constitución nueva» y «sustitución de la Consti-

tución». Para tal efecto, el Tribunal Constitucional apela a una metodología estipulativa para precisar el contenido y alcances de dichos términos.

122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el *contenido* del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama «núcleo duro» de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.

123. En consecuencia, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquélla que no modifica tales principios y fundamentos.

124. Más problemático es el término «Constitución nueva», pues, por «nueva» puede interpretarse «la última Constitución en el tiempo», con independencia de si se han cambiado o no, en ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior. También puede interpretarse que la «nueva» debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término «reforma total»; y si por Constitución nueva entendemos sólo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente –aunque podría serlo- una reforma total de la Constitución vigente.

125. Al respecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «nuevo» significa «recién hecho», y también «repetido o reiterado para renovarlo», «distinto a lo anterior», «que se añadía algo que había antes», por lo que debemos concluir que la palabra «nuevo» es algo concurrentemente «distinto y posterior» en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero ¿qué tan distinto? No puede ser «otra» Constitución completamente diferente, pues ya no seria «nueva», ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior.

126. En cuanto a la expresión «sustitución» de una Constitución por otra, el Tribunal Constitucional interpreta que es el cambio total de un texto por otro. En consecuencia, el término se asimila a una Constitución que rompe con el contenido de sus predecesoras.

127. Aclarados los significados de estos términos y volviendo al texto del art. 2° de la Ley N.° 27600, vemos que éste dispone, por un lado, la «reforma total» de la Constitución –vale decir, su sustitución *in integrum*, incluyendo su núcleo duro- y por el otro, ordena tomar en cuenta la Constitución histórica y la Constitución de 1979.

128. Esta aparente incongruencia sólo puede explicarse como que el legislador entendió «reforma total» como sinónimo de Constitución «nueva», a saber, permitió el inicio de un proceso de reforma parcial de la Constitución –parcial porque respeta su Constitución histórica- que culminaría, previa aprobación por el Congreso en un necesario e inexorable referéndum, en una Constitución «nueva».

129. El demandante parece estar de acuerdo con esa intención, aunque no con la expresión escrita de ella, que se presta a confusiones. En efecto, este acepta que el Congreso de la República tiene facultades, según el artículo 206° de la Constitución, para reformarla «parcialmente», pero no para sustituirla por otra completamente distinta, crite-

rio que el Tribunal Constitucional comparte. El demandado, por otro lado, coincide en que se realizará una reforma parcial de la Constitución, en el sentido que no se modificará la Constitución histórica, tal como lo expresaron en la Audiencia Pública.

130. El Tribunal Constitucional es sensible al clamor de la población por desvincularse de la Constitución de 1993 debido a su origen espúreo, que ofende a todos los peruanos. Por ende, comprende que el Congreso, con la ley impugnada, recoge ese clamor y trata de iniciar el proceso de apartamiento de la actual Carta Política, por lo que incluyó en la ley el término «reforma total» de la Constitución de 1993.

131. El Congreso de la República, en este caso, debe cumplir con el artículo 2° de la Ley N.° 27600, es decir, el Proyecto a aprobarse deberá de basarse en la Constitución histórica del país y, por consiguiente, implícitamente restablecer los principios y valores de la Constitución de 1979. Dicho proceso debe culminar con el referéndum ciudadano, que apruebe o rechace el proyecto de nueva Constitución.

X. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y LOS ALCANCES DE LA LEY N.° 27600

132. Es pertinente advertir que el Congreso de la República, al dictar la Ley N.° 27600, recogió la segunda opción que planteara el Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú.

En efecto, el gobierno transitorio, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, mediante el Decreto Supremo N.° 018-2001-JUS; y designó a sus integrantes mediante Resolución Suprema N.° 232-2001-JUS, de 31 de mayo de 2001. La mencionada Comisión fue instalada el 7 de junio de 2001 y designó como Presidente y Vice-Presidente, respectivamente, a los doctores Diego García Sayán, Ministro de Justicia, y Domingo García Belaunde. Esta cumplió con presentar su propuesta el 15 de julio del mismo año, después de ser largamente debatida y aprobada por los siguientes juristas: Javier de Belaunde López de Romaña, Samuel Abad Yupanqui, Alberto Borea Odría, Francisco Eguiguren Praeli, Javier Alva Orlandini, Jorge Danós Ordoñez, Jorge Avendaño Valdez, Martín Belaunde Moreyra, Enrique Bernales Ballesteros, Carlos Blancas Bustamante, Ernesto Blume Fortini, Roger Cáceres Velásquez, Ernesto de la Jara Basombrío, Patricia Donayre Pasquel, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Carlos Fernández Sessarego, Raúl Ferrero Costa, Magdiel Gonzáles Ojeda, Baldo Kresalja Rosselló, César Landa Arroyo, Beatriz Merino Lucero, Sigisfredo Orbegoso Venegas, Víctor Ortecho Villena, Jorge Santistevan de Noriega, César Valega García, Armando Zolezzi Möller, Juan Federico Jiménez Mayor, Viceministro de Justicia y Secretario Técnico de la Comisión.

133. Efectivamente, según la referida Comisión, el procedimiento para la reforma constitucional, consistente en dar una nueva Constitución, incluyó la posibilidad de usar cualquiera de las tres alternativas siguientes:

1. Primera alternativa

a) Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida son los siguientes:

- El artículo 307º de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- El que la Constitución de 1993 fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
- Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate controlado y no libre, y ratificada por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.
- La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados y, adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció.

b) Sin embargo, en el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten. Expresamente debe señalarse entre otros puntos que:

- Se reconoce los efectos de las elecciones del año 2001.
- Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979, los cambios que corresponda. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados -y que cumplan los requisitos- pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2. Segunda alternativa

Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.

b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización de la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

3. Tercera alternativa

a) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.»

(*Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 2001, pág. 101-103).

134. En conclusión, y conforme a los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional considera que no está prohibido a las Comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, conforme al sentido estipulado en el fundamento N°. 125, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979; por lo que la pretensión debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica

FALLA

DECLARANDO INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 27600. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA / GARCÍA TOMA

EXP. N.° 014-02-AI
CUSCO (Sic)
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

Disiento de la presente sentencia —con el debido y recíproco respeto por las opiniones de mis honorables colegas— porque considero fundada la demanda en sus dos principales petitorios, vale decir, que estimo que el objetivo que la ley impugnada persigue (abrogar la Constitución del 93' y reemplazarla por una nueva), no puede lograrse mediante el procedimiento que ella misma autoriza, esto es, que al otorgar, dicha ley (N.° 27600), facultades al Congreso para a) abrogar la Constitución vigente; y b) reemplazarla por otra, cuyo texto sería elaborado y aprobado por él mismo, y no por un órgano *ad hoc* con facultades constituyentes recibidas expresamente del pueblo, desconoce los límites de las facultades de reforma que la Constitución vigente le otorga, esto es, los límites de las que recibe del artículo 206 de la misma, pues tal es la fuente de tales atribuciones reformadoras.

La inconstitucionalidad incurrida radica, pues, tanto en el propósito de otorgar al Congreso facultades para abrogar la Constitución vigente, que resultan reñidas con los procedimientos de reforma que ella regula, y que sólo permiten conseguir objetivos más modestos (introducción de «reformas» en la Constitución vigente), e insusceptibles de alcanzar semejante resultado; cuanto en el paralelo, y no menos traumático propósito de generar, por el mismo sencillo mecanismo del artículo 206°, el nacimiento de una nueva Constitución.

En efecto, el artículo 206° de la Constitución sólo permite reformas constitucionales que no exijan la participación ni la aprobación del pueblo, esto es, del depositario y titular de la soberanía y del *poder constituyente originario*. La simple lectura de dicho numeral pone de manifiesto que las reformas que, según el sistema allí regulado, pueden introducirse, no requieren otra cosa que la voluntad exclusiva del Congreso, puesto que, mediando un determinado respaldo (dos legislaturas ordinarias sucesivas y el apoyo de más de los dos tercios del número legal de sus miembros) no es ya necesaria la consulta popular.

Ahora bien, nadie negará que para la abrogación de una Constitución, la aprobación del pueblo es indispensable; y nadie se atreverá a sostener, tampoco, que la elaboración y entrada en vigencia de una nueva Constitución puede lograrse sin la participación, *sine qua non* , del pueblo, y de su respectiva aprobación final. Y como la sustitución de una Constitución por otra supone ambas cosas: muerte de la primera, y nacimiento de la segunda, parece axiomático que una tal mutación jurídica no es factible —ni siquiera pensable o imaginable— sin la participación y aprobación del *poder constituyente originario*.

Es cierto que luego de aprobada la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con más de 80 votos cada vez, nada impide, según el artículo 206° examinado, que el Congreso someta el texto aprobado a referéndum popular; pero también lo es que nada lo obliga a tal sometimiento. Ahora bien, la opción indicada (someter el texto final, o no, a referéndum) no hace sino subrayar lo ya dicho: que no existe obligación de hacerlo y, en consecuencia, que las reformas autorizadas por el comentado dispositivo no comprenden a las que no pueden introducirse sin la participación y aprobación popular (entre las cuales están, por cierto, la derogación o abrogación de una Constitución; el lanzamiento de una nueva; y, consecuentemente, la operación conjunta de reemplazar a una por otra, pues ello supone ambas cosas: el ocaso de la primera y el amanecer de la segunda).

Sin salir del texto del artículo 206° comentado, se puede corroborar la tesis expuesta glosando su última parte, pues allí se lee que las reformas que, según el procedimiento reglado en él, se decida introducir en la Constitución, se ponen en vigencia mediante la promulgación de la correspondiente ley, cosa que, por cierto, parece impensable respecto tanto de la abrogación de una Constitución vigente, como del alumbramiento de la llamada a reemplazarla. Las constituciones, en efecto, no se abrogan ni promulgan mediante simples leyes, pues éstas, siendo de menor jerarquía, no pueden privar de efectos a aquéllas, ni tampoco extenderles partidas de nacimiento . Las constituciones se ponen en vigencia en forma directa, y no a través de leyes, y es, precisamente, al poner en vigencia a la nueva, como resulta abrogada la vieja. La partida de nacimiento de la nueva, equivale a la de defunción de la anterior.

Concordando con lo expuesto, vale la pena recordar a Carl Schmitt, que, como se sabe, es uno de los constitucionalistas mundialmente más prestigiosos y que con mayor lucidez se han ocupado del tema de las llamadas reformas constitucionales. Carl Schmitt, en efecto, sostiene y demuestra —como tantos otros especialistas en la materia— que las llamadas «reformas constitucionales» no pueden exceder de un límite, pues los cambios —de más o de menos— que por su intermedio se operen, deben respetar la *continuidad* y la *identidad* de la Constitución en la cual se introducen. Por eso, el Congreso puede, sin duda, introducir, según el procedimiento del artículo comentado, cambios que no impliquen la muerte de una Constitución ni el nacimiento de otra. Puede pues, el Congreso, según, por lo demás, ya lo ha hecho, redactar textos, aprobarlos y ponerlos en vigencia en la actual Constitución, siempre que se respete la identidad de la misma (esto es, su partida de nacimiento y su fuente jurisgénica) y su *continuidad* (esto es, su imperio temporal ininterrumpido), pero nada más. Si se trata de elaborar el texto para una nueva Constitución, y no sólo uno destinado a insertarse en una ya existente, la voz cantante la tiene el *poder constituyente originario*, esto es, el pueblo, y no el Congreso.

Se comprende, pues, que un buen número de muy distinguidos y sobresalientes constitucionalistas, de comentaristas versados en la materia, y especialmente, de ilustres Colegios de Abogados de toda la República (parece que todos, o casi todos), incluyendo al que oficia de demandante en estos autos y al de Lima, hayan hecho conocer su opinión en el sentido expuesto: el Congreso, según el artículo 206° comentado, tiene atribuciones para introducir cambios en la Constitución vigente, y para preparar, redactar y aprobar, en última instancia, los textos correspondientes; pero si se trata de preparar una nueva Constitución, el Congreso *no* tiene las facultades necesarias para elaborar y aprobar los textos respectivos. Quien las tiene, en tal caso, es el pueblo, el mismo que puede —y suele— ejercerlas a través del órgano constituyente *ad hoc* que él mismo, en tal circunstancia —esto es, si desea una nueva Constitución, y no sólo la vigente reformada— tendría que designar. A este órgano *ad hoc* suele denominársele «Asamblea Constituyente», aunque puede dársele otro nombre, si bien su función será siempre la misma: preparar, debidamente investido por el pueblo, los textos de la futura Constitución, los cuales, a su turno, una vez listo el proyecto final, habrán de someterse a conocimiento y aprobación del pueblo mismo.

Conviene agregar, como complemento de un punto ya esbozado, que la parte de la ley impugnada que dispone que los textos elaborados y aprobados por el Congreso, ya organizados en forma de nueva Constitución, sean sometidos a la aprobación del pueblo, vía referéndum, pone de manifiesto que el Congreso ha advertido que el procedimiento reglado por el comentado artículo 206°, no le permite la elaboración del proyecto final de una nueva Constitución, pues, según ya se ha indicado, tal artículo no exige la consulta popular. Dicho de otro modo, para lograr dar cima a su propósito (preparar por sí y ante sí —sin perjuicio de la colaboración externa que pueda solicitar— el texto de una nueva Cons-

titución), el Congreso ha creado un procedimiento no previsto en la Constitución, es decir, que ha agregado al procedimiento del artículo 206°, la obligación de someter el texto final a referéndum; o, si se prefiere, lo hecho equivale a la modificación, mediante simple ley (la 27600), del artículo 206° tantas veces citado; cosa que, como se sabe, no es posible y tampoco constitucional. Lo dicho significa que por el simple hecho de someter a referéndum su propuesta de reforma, el Congreso no puede adquirir, ni ha adquirido, la potestad de elaborar y aprobar, por sí y ante sí, el texto de la nueva Constitución proyectada, materia del referéndum.

Debe destacarse, en este contexto, que la decisión de someter el texto final elaborado y aprobado por el Congreso a un referéndum, no obstante que el artículo 206° de la Constitución no lo exige, es un paso positivo que pone de manifiesto la buena fe y la seriedad con que viene actuando el Congreso. El mismo propósito encomiable se refleja en el artículo 3° de la Ley impugnada (27600) que tiene el siguiente tenor:

> «El proceso de reforma se llevará a cabo promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como fórums, conversatorios, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional».

Sin embargo, el hecho de someter a referéndum el proyecto final elaborado y aprobado por el Congreso, no es suficiente, según lo expuesto, para otorgarle las atribuciones que el artículo 206° no le otorga —y, antes bien, *contrario sensu*, le deniega— esto es, las de someter a referéndum un texto final elaborado y aprobado, en última instancia, por él mismo, como proyecto final de una nueva Constitución.

Respecto de los otros dos petitorios —a mi juicio de menor importancia, si no, en último análisis, inclusive ajenos al problema central planteado en la demanda de autos— que se relacionan, el primero, con el retiro de la firma del Ing. Fujimori Fujimori del texto de la Constitución del 93'; y, el otro, con la votación que aprobó la ley impugnada (sólo 53 votos), mis conclusiones concuerdan con las que obran en la presente sentencia, aunque los fundamentos no siempre resulten compartidos, toda vez que, a mi juicio, el retiro de la firma susodicha, visto el texto de la Ley 27600 —que precisa que ello no priva de vigencia a la Constitución del 93'— es un acto de naturaleza sólo *material* y que, así entendido y por ello mismo, no puede trascender al plano jurídico correspondiente, esto es, al ámbito de la validez y de la vigencia de la Constitución del 93', ni más ni menos que tampoco podría hacerlo, salvando alguna pequeña distancia, la eliminación, p.ej., de alguna mancha de tinta filtrada en el mismo documento. La validez de la Constitución vigente, según su propio tenor, depende —y dependió siempre, *ab initio*— de sólo dos actos (ellos sí de naturaleza jurisgénica) sucesivos y complementarios, a saber: la aprobación otorgada, primero, por el Congreso Constituyente Democrático, y la aprobación subsiguiente, sancionada por el pueblo, a través del referéndum. Así resulta del texto, claro y preciso, de la Decimocuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, cuyo tenor es el siguiente:

> «Decimocuarta.- La presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado de referéndum regulado mediante ley constitucional».

A la vista de lo expuesto, la participación del Ing. AFF no era necesaria ni para la validez ni para la vigencia de la Constitución, de modo que el retiro de su firma tampoco puede afectar ni lo uno ni lo otro, pues lo que la firma no dio, su retiro no puede quitar.

Corolario de lo dicho es que el retiro de la firma no produce el efecto de «despromulgar» —y menos de invalidar— la Constitución del 93'.

Entrando en el último petitorio, el relativo a la tesis de que la Ley (N.° 27600) impugnada es inconstitucional por la forma, por haberse aprobado sólo con 53 votos a favor, debo confesar, con el mayor respeto por el ilustre demandante, que no le encuentro fundamento atendible. En mi criterio, dada su naturaleza, la Ley 27600 no está comprendida en el artículo 106° de la Constitución, ni en sus reglas concordantes. El problema consiste, en este caso, en una operación lógica de encaje o simple subsunción de un objeto en una clase, o, si se prefiere, concretamente, de determinar si un individuo dado pertenece a una especie dada. Y, lo confieso, no encuentro razones que lleven a considerar que la Ley 27600 pertenece, como objeto o individuo, a la clase definida en el precitado artículo 106° de la Constitución —esto es, a la familia de las leyes orgánicas— puesto que, en efecto, mediante ella no se regula —ni se pretende hacerlo— el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, sino sólo promover la elaboración de proyectos de reforma constitucional, los mismos que, por lo demás, pueden ser preparados y presentados, por iniciativa propia, por cualquier congresista, y en ausencia de autorizaciones otorgadas por leyes especiales.

UNAS PRECISIONES ANTES DE TERMINAR

He querido mantenerme al margen de toda consideración de tipo político, porque ellas suelen nublar el criterio técnico—jurisdiccional, de modo que en ningún momento, a lo largo de la emisión de este voto, me he detenido a pensar sobre si «conviene», o no, derogar la Constitución del 93', ni sobre si «conviene» reemplazarla, ya sea por la del 79' o por alguna otra, incluyendo a la proyectada por el Congreso.

Tampoco he querido adornar esta opinión con citas doctrinarias, jurisprudenciales o de derecho comparado, por temor a que ellas pudieran difuminar u oscurecer los perfiles estrictamente lógico—jurídicos de la misma. Además, las citas eruditas, que abundan tanto en la demanda de autos como en su contestación y en la extensa y excelentemente documentada sentencia de este Tribunal (con la que, según he manifestado líneas arriba, en parte concuerdo, pero en parte discrepo) hacen innecesaria mi incursión en tales ámbitos, pues cuanto en ellas se expresa lleva, a mi juicio, a la conclusión de que una cosa es «reformar» una Constitución, y otra, muy distinta, «sustituirla» por una nueva, tal como lo vengo sosteniendo en este voto singular.

Finalmente, porque considero un deber —en asunto tan delicado— el evitar interpretaciones inexactas, me complace declarar que estimo que el intenso trabajo de estudio constitucional que, con el serio propósito de enriquecer y elevar el nivel de nuestra Carta Magna, viene realizando el Congreso, es ciertamente meritorio y útil, y que, por lo demás, tal esfuerzo sí puede desembocar, por medio del procedimiento del comentado artículo 206°, en la introducción de las respectivas reformas en la Constitución vigente. Lo que no puede el Congreso, según aquí lo he expresado, es convertir sus proyectadas reformas, por inspiradas y lúcidas que sean, en el texto de una nueva Constitución, mediante el sólo sometimiento de ellas a un único y definitivo referéndum. El proyecto de una nueva Constitución debe ser elaborado —si se quiere una nueva Constitución— por un órgano *ad hoc* designado por el pueblo, y no, por sí y ante sí, por el Congreso, pues éste sólo tiene —según la tesis aquí sostenida— facultades para elaborar y aprobar proyectos finales de reformas constitucionales de la Constitución vigente.

SR. AGUIRRE ROCA

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente Nº 014-2003-AI/TC

(Lima 10 de diciembre de 2003)

EXP. N.° 014-2003-AI/TC
LIMA
ALBERTO BOREA ODRÍA Y
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Aguirre Roca

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993» (sic).

ANTECEDENTES

Los demandantes sostienen que, estando vigente la Constitución de 1979, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetraron un golpe de estado e instauraron una dictadura corrupta, la cual, para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido, y revestirse de legalidad, convocó a un Congreso Constituyente Democrático para que dicte el documento denominado «Constitución Política del Perú de 1993».

Alegan que dicho documento, además de adolecer de legitimidad de origen, no llegó a regir efectivamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores; ello, junto a su evidente falta de vocación de Constitución, hacen que dicho documento no alcance la categoría de tal, dado que, por su propia naturaleza, una Constitución debe ser el resultado de la genuina expresión libre y soberana del pueblo, que contenga la limitación y control del poder, además de ser garantía para la plena vigencia de los derechos fundamentales. Agregan que una vez restaurado el régimen democrático, y en aplicación del artículo 307.° de la Constitución Política de 1979, que establecía que ella no perdía vigencia ni dejaba de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone, corresponde que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su nulidad, debiendo restablecerse la vigencia

de la Constitución de 1979 con las normas transitorias que definirá el propio Tribunal Constitucional o el Congreso de la República.

Admitida la demanda, y efectuado el traslado de ley, ésta no fue contestada, por lo que después de realizada la audiencia pública, los autos quedaron para sentenciar.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. Los accionantes sustentan su demanda de inconstitucionalidad de la Constitución Política del Perú de 1993, que ellos denominan «documento de 1993», en los siguientes argumentos:

a) Que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, pues fue elaborada por el denominado Congreso Constituyente Democrático, elegido en un proceso sin transparencia, y manipulado por el gobierno de facto, con el objeto de lograr la legitimación del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y revestirse de legalidad; y, además, porque fue ratificado en un referéndum de dudoso resultado.

b) Que la Constitución de 1993, además de carecer de legitimidad de origen, no fue legitimada en su ejercicio, ya que no tuvo vigencia real, ni tenía voluntad de Constitución (sic), ni sirvió para distribuir el poder o limitar su ejercicio, y tampoco garantizó el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

c) Que la Constitución de 1993, al ser obra de un gobierno de facto, no es democrática, por lo que no puede regir ni tomarse como pauta de un Estado de Derecho que tiene fundamentos muy distintos a los de la dictadura.

d) Que, en aplicación del artículo 307.° de la Constitución de 1979, el Tribunal Constitucional tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 y, consecuentemente, su nulidad.

§2. Naturaleza de la Constitución y los alcances de la impugnación

2. La Constitución es una norma jurídico-política sui generis. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una

adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.

3. Por cierto, teniendo en cuenta esta doble naturaleza de la Constitución, cabe absolver las impugnaciones que pesan sobre la Constitución de 1993: la carencia de legitimidad encierra un cuestionamiento que atañe a la naturaleza política de la Ley Suprema; en tanto que los cuestionamientos a su validez y vigencia comportan una impugnación a su condición de norma jurídica.

§3. Legitimidad y legitimación de la Constitución

4. Las palabras «legitimidad» y «legitimación» son conceptos que tienen significados diferentes según los contextos y el uso que de ellas se realicen en el ámbito de la Ciencia Política o en el plano de la Teoría Política; sin desconocer, desde luego, los usos de otras ciencias –en las que acaso también quepa incluir al Derecho-. [Así, por ejemplo, el significado que se atribuye a la voz «legitimación» en el derecho procesal; o, incluso, en el derecho constitucional de ciertos ordenamientos, como el italiano, donde el concepto «legitimidad constitucional» es equivalente al de «validez constitucional»].

De ahí la necesidad de recurrir a una definición estipulativa sobre el tema, es decir, se hace necesario explicitar, para lo sucesivo, el contenido y el significado que les hemos de asignar. Y las vamos a entender no en el sentido clásico, empleado por Max Weber [Economía y Sociedad, FCE, México 1992, pág. 172 y sgtes.], quien en contraposición a la legitimidad tradicional y carismática, como se sabe, oponía la racional, «que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad». Y ello porque, como más adelante se especificará, sobre la ordenación estatuida denominada «Constitución» no puede realizarse un juicio de «legalidad»/»ilegalidad», «validez/invalidez», dado que el Poder Constituyente, como se rescató en la STC N.° 0014-2002-AI/TC, por principio no está sujeto a límites jurídicos.

5. El sentido o contenido del concepto de legitimidad que aquí se ha de emplear, y que en cierta forma subyace al planteado por los recurrentes, tiene que ver con la noción que formula Karl Deutsch [Política y Gobierno, FCE, México 1998, pág. 26 y sgtes.], según la cual dicho concepto implica la promesa de que la búsqueda de nuestro valor resultará compatible con la búsqueda o el disfrute de otros valores. «Decimos que la búsqueda de un valor es legítima si, [...] tenemos razones para esperar que no infligirá intolerables daños a ningún otro valor que también sea vitalmente importante para nosotros (...) la legitimidad es un concepto relativo, antes que absoluto. Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores. Es una relación entre valores dentro de una situación a la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede cambiar también. Dado que la legitimidad puede variar con el tiempo y con el lugar, puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de la legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes».

6. Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo Karl Deutsch denomina «legitimidad por procedimiento». Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de

creación de una institución] «se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento ´legítimo´, es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo» [Ob. Cit., pág. 28].

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.

Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.

7. Ahora bien, el problema de la legitimidad del procedimiento también tiene relación con la información que se tiene acerca del procedimiento de la aprobación de la Constitución de 1993 mediante un referéndum.

En la STC N.° 0014-2002-AI/TC [Fund. Jur. N.° 53], este Tribunal sostuvo que «(...) La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico y pernicioso del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos».

En efecto, «(...) cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco. Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3' 895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones).

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993".

8. Este Colegiado ratifica la convicción manifestada en la sentencia precitada. En efecto, el proceso para elegir a los miembros del denominado Congreso Constituyente

Democrático, los debates en su seno y hasta el propio referéndum, carecieron de las libertades y garantías mínimas necesarias para dotar de legitimidad de origen a la Constitución de 1993.

En coherencia con dicha convicción, por lo demás, compartida por la ciudadanía en su conjunto, este Tribunal estima que correspondía y aún corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, promover la denuncia penal contra todos los sujetos que por acción u omisión hubieran contribuido dolosamente con la comisión de la pluralidad de ilícitos previstos como Delitos contra la Voluntad Popular (Título XVII, arts. 344 –360 del Código Penal).

9. Sin embargo, la ausencia de legitimidad de origen de una Constitución no determina, por ese solo hecho, su falta de vigencia o, en caso extremo, su nulidad. Algunos pasajes de la historia político-constitucional de nuestro país, sin perjuicio de lo que más adelante se diga, son prueba de ello.

Un dato común en nuestra historia republicana es el de que el fenómeno constituyente siempre ha aparecido como acto posterior a los golpes de estado [vid. Sentencia N.° 014-200-AI/TC, fundamento 41 y ss.]. En efecto:

a) En la mayoría de los casos, la convocatoria a congresos, convenciones o asambleas constituyentes, así como las constituciones sancionadas por éstas, han tenido por objeto dotar de legitimidad a gobiernos de facto y sus respectivos proyectos políticos. Así, por ejemplo, Bolívar con la Carta de 1826, Gamarra con la Constitución de 1839, Castilla con la Constitución de 1856 y Leguía con la Constitución de 1920.

b) De las 12 constituciones que ha tenido el Perú, 9 han sido promulgadas por militares: la Constitución de 1823, promulgada por el General José Bernardo de Torre Tagle; la de 1826, por el General Andrés de Santa Cruz; la de 1828, por el General José de la Mar; la de 1834, por el Mariscal Luis José de Orbegoso; la de 1839, por el General Agustín Gamarra; las de 1856 y 1860, por el Mariscal Ramón Castilla; la de 1867, por el General Mariano Ignacio Prado, y la de 1933, por el General Luis M. Sánchez Cerro. En los otros casos, Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori Fujimori, promulgaron respectivamente las Constituciones de 1920 y 1993.

Finalmente, sólo la Constitución de 1979 fue promulgada ese mismo año por la propia Asamblea Constituyente, que la sancionó, y posteriormente el entonces Presidente Constitucional de la República, don Fernando Belaunde Terry, ordenó su cumplimiento, el 28 de julio de 1980.

c) Sin contar la Constitución de 1979, cuya legitimidad no se cuestiona, todas las demás han tenido, en variable grado, un déficit de legitimidad de origen; sin embargo, algunas de ellas tuvieron varios lustros de vigencia, sobreviviendo incluso a sus autores y a sus respectivos proyectos políticos. Así, la Constitución de 1839, sancionada por un Congreso convocado por el Mariscal Gamarra, luego de instaurar su gobierno de facto, estuvo vigente hasta 1856; la Carta de 1860, sancionada por un Congreso ordinario que se irrogó facultades constituyentes, estuvo vigente hasta 1920; y la Constitución de 1933, sancionada por un Congreso Constituyente disminuido, al haber sido detenidos o deportados varios de sus miembros, estuvo vigente hasta 1980.

10. El recuento precedente de ninguna manera pretende justificar ni validar la falta de legitimidad de origen de la Constitución de 1993. Estos hechos forman parte de nuestro pasado, cuyo recuerdo adquiere ahora singular importancia, en un momento en el que nuestro país se encuentra en un proceso de reinstitucionalización democrática, y donde la propia historia debe ser «el punto de partida para aplicar el sentido común y para buscar

una fórmula de consenso social» [Pedro Planas, Democracia y tradición constitucional en el Perú, Editorial San Marcos, Lima 1998, pág. 41].

Pero una cosa es que la Constitución de 1993 tenga una dudosa legitimidad de origen y otra, muy distinta, es que por ello devenga en inválida. Cabe, en consecuencia, interrogarse: ¿puede efectuarse un control de validez sobre una Constitución?

§4. Sobre la validez de la Constitución

11. A fin de absolver tal interrogante, conviene precisar que ello dependerá del concepto de validez que se utilice. Y es que, al no existir un único concepto de validez, sino una diversidad de formas de comprenderlo, que varían según la teoría o escuela que lo formule, la respuesta que aquí se efectúe, obviamente deberá reparar en la distinta conceptualización que se le brinde [Robert Alexy, El concepto y la validez del derecho, Gedisa, Barcelona 1997, pág. 87 y sgtes.].

12. En primer lugar, para algunos, una norma es válida cuando esta en «vigor». Esto es, que pueda ser observada y usada por sus destinatarios y por los órganos encargados de su aplicación. Así empleado este concepto, el juicio de validez que de él se deriva se traduce en plantear proposiciones como ¿se aplica una norma?, ¿fue cumplida por sus destinatarios?, entre otras.

Los recurrentes, en afirmación que este Tribunal comparte, han precisado que el denominado «documento de 1993», además de adolecer de legitimidad de origen, en sus primeros años no llegó a regir plenamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores. No garantizó la separación o distribución de poderes, y tampoco el control del poder público; los derechos y libertades fueron apabullados, y la democracia, como medio para alcanzar el bien común, fue burlada. En una palabra, como se ha subrayado a lo largo de todo el proceso, se trató de una Constitución que no tuvo vocación de regir plenamente.

13. Pero si lo anterior sucedió entre 1993 y noviembre de 2000, también es verdad que tras la destitución del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República dicho texto empezó a regir plenamente, tanto en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, como en las relaciones entre los órganos de gobierno.

Así, desde la instauración del gobierno transitorio a cargo de don Valentín Paniagua Corazao, el 21 de noviembre de 2000, hasta la fecha, la independencia y separación de poderes se encuentra plenamente garantizada; y los derechos y libertades ciudadanas están plenamente reconocidos y protegidos.

Es un dato objetivo de la realidad política que hoy, las autoridades gubernamentales sujetan su comportamiento funcional a la normatividad de la materia, y los gobernados realizan sus actividades cotidianas conforme al principio de dignidad previsto en el artículo 1° de la Carta de 1993.

En suma, si durante el interregno de la dictadura, la validez del texto aprobado en 1993 podría ser puesta en cuestionamiento, es indudable que a la fecha de presentación de la demanda de inconstitucionalidad rigen plenamente los principios, valores y normas en él establecidos. Ello, desde luego, con prescindencia de la calidad del contenido allí expuesto.

14. En segundo lugar, para otros, el concepto de validez se debe entender en relación con el vínculo de la obligatoriedad que una norma pueda tener. Así, una norma es válida si ésta –ley o Constitución- tiene fuerza vinculante y, por ello, será una a la que se debe obediencia.

Para quienes sostienen este concepto, la obligatoriedad de una norma depende de su existencia, es decir, de su pertenencia al ordenamiento jurídico. Y una norma «existe» por

el hecho de que haya sido promulgada por una autoridad normativa o, sencillamente, porque se encuentre en vigor.

De este modo, el tema de la validez termina resolviéndose en un problema de valoración. Una Constitución es válida si es que ésta es obligatoria. Y esto último se produce por el sólo hecho de que se encuentre en vigor y/o haya sido promulgada por una autoridad normativa.

Y si de lo que se trata es de explicar por qué la Constitución es obligatoria, es decir, válida, la respuesta no debe encontrarse en el ordenamiento, sino en un supuesto lógico. Para Hans Kelsen, en efecto, la respuesta a tal interrogante no se encuentra en el sistema normativo, sino en lo que él denominaba «Norma hipotética fundamental», es decir, no en una «norma puesta», sino en una «norma presupuesta».

Desde ese punto de vista, la búsqueda de un fundamento para el carácter obligatorio de la Constitución se traduce, pues, en el intento de encontrar una respuesta al por qué existe una obligación política. Como expresa María José Fariñas Dulce [El problema de la validez jurídica, Civitas, Madrid 1991, pág. 84], «si partimos, como hace Kelsen, de una noción normativa del concepto de validez, de tal forma que validez sea sinónimo de obligatoriedad, entonces preguntarnos por el fundamento de dicha validez equivale a preguntar por el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, esto: ¿por qué el Derecho debe obedecerse? Indudablemente, esta cuestión no hace ya referencia a un problema de legalidad, sino a la cuestión de la ´legitimidad´».

Parece evidente que esta construcción sobre la validez de la Constitución, ha desembocado, pese a que el mismo Kelsen lo evitó durante toda su existencia, en un tema ajeno a la ciencia del derecho. Como expone Guastini, dado que no se trata de un problema que atañe a la legalidad, sino a la legitimidad, «semejante problema pertenece al horizonte ideológico del positivismo jurídico», puesto que detrás de la afirmación de que «la Constitución debe ser observada porque es efectiva...», se esconde una «argumentación falaz...: no se puede fundar lógicamente una obligación sobre la constatación de un hecho» [Ricardo Guastini, «Sulla validitá della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico», en Rivista internazionale di filosofia del diritto, N.° 3, 1989, págs. 435-436].

15. En tercer lugar, otros postulan que el concepto de validez alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al iter procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Desde esta perspectiva, la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al Derecho vigente que determina el iter de formación de esa norma jurídica, esto es, que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su «pertenencia» al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica [STC N.° 0010-2002-AI/TC].

Por ello es que la pertenencia de una norma al sistema jurídico atañe, incluso, a las normas derogadas, siempre que éstas tengan una vocación de aplicación ultraactiva. De modo que, pese a no estar vigentes, puede confirmarse que pertenecen al ordenamiento jurídico.

16. Sin embargo, este criterio de validez, formulado básicamente para explicar el caso de las normas infraconstitucionales, no puede ser trasladado acríticamente al caso de la Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esa posición jerárquica no es el único elemento que la diferencia del resto de las normas jurídicas. También lo son las formas y procedimientos para su elaboración, que, como se sabe, implican un proceso constituyente democrático, sujeto a reglas extrañas al orden normativo preexistente.

17. La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Y es que la Constitución «define el sistema de fuentes formales del derecho... es la primera de las normas de producción, la norma normarum, la fuente de las fuentes... es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa...» (Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ra. Edición, Civitas, Madrid 1985, pág. 50). De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto, al Poder Constituyente no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder extra ordinem, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional.

18. Los recurrentes han dejado entrever que el «documento del 93» se introdujo en el ordenamiento jurídico nacional vulnerando las metanormas que regulan su proceso de producción. A su juicio, esas normas serían las disposiciones de la Constitución de 1979, como este Tribunal ya lo habría advertido, por ejemplo, en las sentencias recaídas en los Exp. N.os 0010-2002-AI/TC y 0014-2002-AI/TC.

Antes de analizar ello, es menester recordar que en la STC N.° 0010-2002-AI/TC [Fund. Jur. N.° 3, así como en la STC N.° 0015-2002-AI/TC] este Tribunal precisó que «(...) No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307º de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que

fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado».

Evidentemente, del fundamento precitado no se desprende que este Tribunal se encuentre autorizado para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993. Asimismo, tampoco puede afirmarse que cuando se expidió aquella sentencia, se encontraba vigente la Constitución de 1979.

Mediante tal fundamento simplemente se quería enfatizar que hasta el 31 de diciembre de 1993 se encontraba vigente la Constitución de 1979, de manera que todos los que habían actuado con violación de ella –empezando, desde luego, con los golpistas del 5 de abril de 1992- eran y son pasibles de ser juzgados conforme a lo que disponía su artículo 307°, por encontrarse en ese entonces vigente. Se trata de un típico caso de aplicación ultraactiva de una norma constitucional, es decir, de la capacidad para regular hechos y conductas realizadas durante el tiempo en que ella estuvo en vigencia.

19. De modo que, no pudiéndose confundir la aplicación ultraactiva de una determinada disposición constitucional, que es una cuestión que tiene que ver con su aplicabilidad, con el reconocimiento de la vigencia de la Constitución de 1979, cabe precisar que tampoco procede una declaración de invalidez, dado que su análisis implicaría determinar si la Constitución de 1993 fue incorporada al ordenamiento estadual de conformidad con ciertas pautas sobre su producción jurídica (competenciales, formales y materiales).

Dichas pautas jurídicas, por cierto, tendrían que tener una jerarquía superior a la norma o normas objeto de examen, en este caso, la Constitución de 1993, lo que es un absurdo, debido a que:

a) La elaboración de la Constitución no se encuentra sujeta a normas que disciplinen su proceso de creación (pues es algo que se autoimpone el Poder Constituyente; no es más que mero voluntarismo de autorrestricción sin consecuencias jurídicas).

b) Por encima de la Constitución no existen, ni pueden existir, normas que tengan un rango formalmente superior, dado que, por definición, ella es la Ley Suprema del Estado.

§5. Las paradojas de la impugnación de inconstitucionalidad del «documento denominado Constitución Política de 1993»

20. No obstante, cabe plantear el mismo tema desde una perspectiva procesal. Es decir, considerar que la pretensión de los recurrentes está destinada a obtener de este Tribunal un pronunciamiento jurisdiccional que declare la inconstitucionalidad de lo que denominan «documento de 1993». Por consiguiente, las cuestiones por indagar son las siguientes: ¿cuál ha de ser el parámetro con el cual este Tribunal Constitucional debe juzgar la validez/invalidez del «documento de 1993»? ¿Tiene el «documento de 1993» la cualidad para ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?

5.A. *¿Existe una norma-parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una Constitución?*

21 En el Fund. Jur. N.° 3 de la STC N.° 0001-2002-AI/TC, este Colegiado sostuvo que «a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una

norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la Lex Legum; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control».

En el caso de autos, la primera paradoja que se evidencia es la que tiene que ver con la determinación del parámetro con que este Tribunal debe realizar el juicio de validez. ¿Cuál sería el indicado? ¿la Constitución precedente o la misma Constitución de 1993?

22. Queda claro que no es en este último sentido con el que debe comprenderse los alcances de la impugnación efectuada.

En primer lugar, no se solicita la declaratoria de la inconstitucionalidad de una o algunas disposiciones de la Constitución de 1993, tampoco se pide que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que haya sido introducida de manera contraria al procedimiento contemplado en su artículo 206°, o vulnerando los límites materiales a los que está sujeta la reforma constitucional [STC N.° 0014-2002-AI/TC]. La impugnación se dirige contra el texto íntegro del llamado «documento del 93».

No obstante, si este Tribunal Constitucional obrase como lo solicitan los recurrentes, el parámetro con el cual tendría que juzgarse a la Constitución de 1993 no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado.

Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se «administraba» no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal.

23. Como lo anterior es incompatible con la naturaleza de este Tribunal Constitucional, cabría que la pretensión se dilucide desde la otra perspectiva propuesta en el Fundamento N°. 21; esto es, considerar como parámetro para juzgar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 a la Constitución de 1979.

En torno a ello, no menos dramática sería la situación en la que este Tribunal Constitucional se vería envuelto si el parámetro fuese dicha Ley Suprema. En efecto, sucede que la autoridad con la que cuenta este Tribunal no dimana de la Constitución de 1979, sino de la Constitución de 1993. Así las cosas, ¿podría este Tribunal declarar la inconstitucionalidad –no ya de una disposición–, sino de toda la Constitución, que lo crea y establece sus competencias?

No es ésto todo, sin embargo. Si, por un momento, y pese a lo anterior, tuviésemos la convicción de que este Tribunal es competente para declarar la inconstitucionalidad del denominado «documento de 1993», situaciones no menos paradójicas habría que necesariamente advertir:

a) Por un lado, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, al ser un acto procesal que ponga fin a un proceso creado y regulado por la misma Constitución de 1993, tendría que forzosamente también considerarse como iinconstitucional! Es decir, se trataría de una sentencia dictada en el seno de un proceso, en sí mismo, inconstitucional.

b) Por otro, inconstitucional también sería el pronunciamiento efectuado por este Colegiado, pues si se declarase la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, con dicha declaración de invalidez se declararía la inconstitucionalidad del mismo Tribunal Consti-

tucional. Y es que nos encontraríamos frente a un pronunciamiento que habría emanado de un órgano –este Tribunal Constitucional- que, al haber sido creado por la Constitución del 93, también sería inconstitucional.

Todas las paradojas a las que se ha aludido, sin embargo, no son las únicas. Si hasta ahora se ha mencionado aquellas que surgirían de analizar cuál sería el parámetro, otro tanto cabe advertir si el análisis se efectúa desde la perspectiva del objeto del control en la acción de inconstitucionalidad.

5. *B. ¿El «documento de 1993» podría ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?*

24. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, regulado por el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución de 1993, dentro del cual, precisamente, se ha planteado la impugnación del denominado «documento de 1993», se impugna la validez constitucional de las leyes y las normas con rango de ley. Este precepto constitucional, en efecto, establece que «Son garantías constitucionales: (...) 4. «La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

Ciertamente, la Constitución de 1993 no es una ley y tampoco una norma con rango de ley; por el contrario, es la Ley Suprema del Estado, respecto de la cual todas las demás se encuentran subordinadas. Como indica su artículo 51°, «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...».

Más aún. Si por un momento, en vía de mera hipótesis, estuviésemos convencidos de que la Constitución de 1993 es pasible de someterse a control mediante este proceso, inmediatamente surgiría una nueva paradoja. Así, el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece que el control sobre las normas que allí se enuncian, consiste en evaluar si contravienen a «(...) la Constitución en la forma o en el fondo». Y, ciertamente, la Constitución no es una norma que pueda, a sí misma, contradecirse; o, dicho de otro modo, que pueda contravenirse a sí misma.

25. No obstante, resulta evidente que para los recurrentes el denominado «documento de 1993» no tiene el rango de Constitución. Aducen, como lo han expuesto a lo largo del proceso, que se trata simplemente de un «documento».

Es pertinente precisar que los «documentos», por muy generales que puedan ser sus disposiciones, y el grado de aceptación o no que puedan tener, no son susceptibles de ser impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad. Mediante este proceso sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, esto es, fuentes formales del derecho. Como este Tribunal Constitucional lo ha sostenido en el Fund. Jur. N.° 10 de la STC N.° 0005-2003-AI/TC: «(...) según el artículo 200° de la Constitución [de 1993], el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el «rango de ley».

Con la expresión «rango» se denota la posición que una fuente formal del derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que, con la fórmula «rango de ley» se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución...».

De manera que si se trata de un «documento», como se alega, entonces debe desestimarse, por inadmisible, su impugnación en el seno de este proceso.

26. Pese a ello, lo que los recurrentes han expresado durante el proceso, sobre la naturaleza que tendría el denominado «documento del 93», parece haber sido matizado en la audiencia pública. No se trataría de una «Constitución», expresan, y tampoco ya de un «documento» a secas, sino, en todo caso, de un «documento» que tiene «fuerza de ley». En virtud de ello, alegan, este Tribunal sería competente para juzgar la validez de dicho «documento» con rango de ley, tal como procedió con los decretos leyes en materia de legislación antiterrorista [STC N.° 0010-2002-AI/TC].

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. Ello porque la admisión a control de los referidos decretos leyes se efectuó, entre otras consideraciones, debido a que el artículo 2° de la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 les otorgó reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico nacional. Como se sostuvo en la STC N.° 0010-2002-AI/TC, el reconocimiento de pertenencia al ordenamiento jurídico nacional de tales decretos leyes no suponía declaración alguna sobre su validez, que es lo que precisamente se evaluó en dicho precedente.

Pero, por otro lado, tampoco es admisible la analogía propuesta, dado que con la admisión de los decretos leyes como normas sometidas al control en el seno de este proceso, no se generaba ninguna de las paradojas a las que se ha hecho referencia en el Fundamento N.° 22 y siguientes de esta sentencia. A saber:

- Declarar la inconstitucionalidad del texto que crea y establece las pautas fundamentales para la estructura, organización y funcionamiento del Estado peruano.
- Declarar la inconstitucionalidad del texto que regula a este proceso.
- Evaluar la constitucionalidad del denominado «documento» a partir de un parámetro o criterio no objetivable.
- Según sea el caso: a) que el objeto de control, es decir, el «documento de 1993» y el parámetro de ese control, terminen identificándose; b) que el Tribunal Constitucional juzgue la validez del «documento de 1993» conforme a la Constitución de 1979, que no sólo no está vigente, sino que incluso no preveía a este Tribunal Constitucional de la manera en que actualmente se encuentra establecido y operando.

§6. Posición y exhortación institucional

27. El Tribunal Constitucional, si bien no comparte las argumentaciones jurídicas de los representantes de los recurrentes –conjunto ciudadano de impecables credenciales democráticas-, en cambio, participa de su preocupación ética y cívica y coincide en que el tema constitucional es un problema aún irresuelto, y cuya resolución es esencial para asegurar el proceso de transición democrática.

El hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, sin embargo, no resuelve el problema de fondo que, a nuestro modo de ver, consistiría en los justos reparos morales que el oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es, pues, inevitable que en el corto plazo y desde una perspectiva estrictamente política, se resuelva su destino, bajo riesgo de seguirse socavando nuestra aún precaria institucionalidad.

28. Este Tribunal ha señalado (STC del 21 de enero de 2003 –Exp. N.° 014-2002-AI/TC) que la Comisión para el Estudio de Bases para la Reforma Constitucional del Perú, creada por Decreto Supremo N.° 018-2001-JUS, del 25 de mayo de 2001, que estuvo integrada por distinguidos juristas, entre ellos el representante de los demandantes, doctor Alberto Borea Odría, planteó las tres siguientes alternativas para resolver la cuestión derivada de la abrogación de la Constitución Política de 1979:

Primera: Que el Congreso de la República, de ser posible en el mes de agosto de 2001, declare la nulidad de la Constitución de 1993, aprobada por un Congreso Constituyente Democrático producto de un golpe de Estado y subordinado a un gobierno autoritario y corrupto; y la puesta en vigencia de la Carta de 1979.

Segunda: Utilizar los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total, que sea aprobada en dos sucesivas legislaturas ordinarias o en una, y que tenga su ulterior ratificación en un referéndum; y,

Tercera: Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si se aprueba una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

La indecisión permanente en el seno del Parlamento y las señales contradictorias de los distintos agentes políticos en torno al futuro de la Constitución de 1993, representan un retroceso en la tarea de afirmar la institucionalidad, objetivo que requiere de normas con vocación de perdurabilidad en el tiempo, y cuyo sustento sea la aquiescencia política y cívica de consuno entre gobernantes y gobernadores.

Este Tribunal considera que al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable.

Por ello, invoca a este poder del Estado para que adopte las medidas políticas y legislativas concretas tendientes a lograr dicho fin, y lo exhorta para que, con anterioridad al vencimiento del mandato representativo de los actuales congresistas, opte por alguna de las posiciones planteadas o la que, en ejercicio de sus atribuciones, considere conveniente al interés de la Nación.

Finalmente, creemos que la importancia que tendría la creación de una nueva Constitución, especialmente por la aún próxima vecindad con un periodo aciago para el imperio de la legalidad y la vigencia de los derechos fundamentales, adquiere cotas de trascendencia fundacional, aún más si se trata de la redacción de un texto que represente la simbólica liquidación de un pasado nefasto para la convivencia democrática, y que se estatuya como la plataforma institucional de una sociedad cuya autopercepción sea la de una Nación libre y justa, y cuya vocación sea la del progreso y bienestar.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución Política del Perú de 1993. Exhorta al Congreso de la República para que proceda conforme a lo señalado en el Fundamento N.° 28, supra. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

EXP. N.° 0014-2003-AI/TC
LIMA
CINCO MIL SETENTA CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA, EN EL QUE, CONSIDERANDO INCOMPETENTE A ESTE TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA MATERIA, ESTIMA NULO TODO LO ACTUADO, INCLUYENDO EL AUTO DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, debo dejar aquí constancia de mi parecer discrepante, y lo hago reproduciendo, literalmente e in extenso, como fundamento del mismo —sin perjuicio de incorporar, más adelante, algún complemento—, el voto singular que emití cuando se debatió y votó la admisibilidad de la demanda de autos. En ese voto manifesté que estimaba inadmisible la acción, toda vez que, a mi juicio, este Tribunal carece de competencia para resolver una demanda que, como la que motiva estas líneas, solicita la declaración de inconstitucionalidad de la Constitución que lo creó, y que lo hizo, como se sabe, con la misión específica, precisamente, de defender su imperio y vigencia.

El voto al que hago referencia y en el que manifesté que estimaba inadmisible la demanda de autos, por considerar incompetente a este Tribunal para conocer de ella, y que ahora, por ser el fundamento sine qua non del presente voto, me encuentro en la obligación técnico-procesal insoslayable de reproducir, in extenso y textualmente, se apoya en numerosas razones, tanto sustantivas como procesales, y tiene el siguiente tenor:

«Considerando incompetente a este Tribunal para conocer de la demanda planteada en autos, mi voto es por que se la declare inadmisible.

En efecto, la Constitución impugnada (a la que en adelante denominaremos Const 93') no le permite a este Tribunal, sujeto, como está, inexorablemente, a la Const 93', conocer, en la vía de la acción de inconstitucionalidad, sino de demandas contra normas que sean leyes o tengan rango de ley, y siempre que contravengan a la misma —esto es, a la Const 93'—, por la forma o por el fondo.

El artículo 200° de la Const 93', declara, en su inciso 4°, que entre las garantías constitucionales figura «La Acción de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

Pues bien, considero indiscutible que la Const 93', cuya declaración de inconstitucionalidad se demanda, no está comprendida en las categorías del reproducido artículo 200°, inciso 4), pues, ciertamente, no es ni una norma regional de carácter general, ni una ordenanza municipal, ni un reglamento del Congreso, ni un decreto de urgencia, ni un decreto legislativo, ni menos, por cierto, una simple ley. por lo tanto, este Tribunal, con arreglo a sus propias normas —que son las que, inapelablemente, debe aplicar— no puede dar trámite a la presente demanda, ni por ello mismo, admitirla.

Pero además, la Const 93' impugnada, según las últimas palabras del artículo 200°, inciso 4) reproducido, sólo permite el trámite, vía acción de inconstitucionalidad, de las demandas que impugnen normas «(...) que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo»; y siendo evidente que la misma Const 93' no es una norma que se contravenga a sí misma, ni en la forma ni en el fondo, es obvio que ella no puede ser materia de una

acción de inconstitucionalidad ante un Tribunal nacido de ella y reglamentado ilimitado por ella misma, como lo es éste.

La admisión de la demanda de autos —por interesante, meritorio o patriótico que su texto pueda parecer a quienes lo compartan o respalden— conduciría, por lo demás, a cualquier cantidad de antinomias, aporías o contradicciones y absurdos, entre los que valga comentar, p.ej., los siguientes:

a) Si se declarase fundada la demanda, tendría que declararse, al mismo tiempo, nulo todo lo actuado en el respectivo proceso, y la misma sentencia que la declarase fundada, pues, en efecto, el procedimiento habría sido sustanciado con arreglo a las propias normas de la Const 93' (pues, en efecto, este Tribunal no podría hacerlo según otras normas) declarada, en la hipotética sentencia, inconstitucional. Nulo, por inconstitucional, sería también, por cierto, el mismo auto admisorio de la respectiva demanda, puesto que tal auto se habría apoyado en dispositivos de la Const 93' declarada, por hipótesis, nula.

b) La sentencia que declarase fundada la demanda y, por tanto, inconstitucional la Const 93', sería, también por otras razones, nula de toda nulidad, puesto que habría emanado de un Tribunal nacido de la Const 93', esto es, de un órgano inconstitucional.

c) Valga tener presente, de otro lado, que en la demanda de autos no sólo se pide la declaración de inconstitucionalidad de la Const 93', sino también la de la validez y constitucionalidad de la Constitución del 79', según la cual, de un lado, el Tribunal Constitucional consta de nueve (09) miembros, y no de sólo siete (07), y, de otro lado, la demanda de inconstitucionalidad no puede recaudarse con sólo cinco mil (5 mil) firmas, sino que exige no menos cincuenta mil (50 mil); siendo así que la presente se ha respaldado con sólo cinco mil (5mil), y, de admitírsela, además, se habría tramitado y sustanciado según las reglas de un Tribunal espurio e inconstitucional, y no según las de la supuestamente constitucional Constitución del 79'. También por este camino, según se ve, se llega a la conclusión de que la resolución que admitiese a trámite la demanda de autos, sería nula, y nulo, igualmente, todo lo actuado en el hipotético proceso, incluyendo a su eventual sentencia.

¿Puede un ente, sin cometer suicidio, declarar inconstitucional a la norma que le dio vida, así como sus únicas atribuciones y facultades? ¿Acaso tienen, los órganos constitucionales, facultades constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución a la que sirven? Si las facultades que tienen se las da una norma, obviamente no tienen atribuciones para declarar que tal norma es inconstitucional, pues, de hacerlo, tal declaración no podría fundarse en la facultades recibidas de esa norma, y, por tanto, como sólo de ella reciben facultades, sus declaraciones, ellas sí, serían inconstitucionales y nulas.

Otro de los absurdos a que conduciría la admisión de la demanda de inconstitucionalidad de autos, consiste en que de ella no podría correrse el traslado que la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional (LOTC) exige. En efecto, el artículo 32° de la LOTC ordena que la demanda se ponga en conocimiento (se corra traslado), del autor de la norma impugnada (Congreso, si se trata de leyes o Reglamentos del Congreso); al Congreso y al Poder Ejecutivo (si la norma impugnada es un Tratado Internacional, Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia); y a los órganos correspondientes (si la norma impugnada es de carácter regional o municipal). ¿A quién, entonces, correr traslado de la demanda de autos, considerando que ella no es obra ni del Congreso, ni del Ejecutivo, ni de ningún órgano de carácter regional o municipal, sino del CCD y del pueblo peruano?

Obviamente, de admitirse esta demanda, no podría darse cumplimiento al glosado artículo 32° de la LOTC, esto es, que no podría sustanciarse el juicio.

Y, si se quisiera, con el objeto de dar cumplimiento al espíritu de la ley, esto es, a la regla que quiere que se notifique con la demanda al autor de la norma impugnada, ello

también sería imposible, pues la Const 93', que no fue obra ni del Congreso ni del Ejecutivo, ni de autoridades regionales o municipales, lo fue de una Asamblea Constituyente (CCD) que ya no existe, y, además, del pueblo peruano que, en un referéndum, la aprobó.

¿Se puede, acaso, demandar, ante este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, a la Asamblea Constituyente (CCD) que preparó el texto de la Constitución 93'?

¿Se puede, acaso, demandar, así mismo, al pueblo peruano que la aprobó* en el correspondiente referéndum?

Y si no se los puede demandar ante este Tribunal (y creo, en verdad, que ante ningún otro), parece claro que la presente demanda de inconstitucionalidad de la Const 93', que sólo podría tramitarse una vez corrido el traslado al CCD y al pueblo peruano, sencillamente no puede tramitarse, esto es, que ni puede ni debe admitirse, pues la admisión es el primer trámite del proceso.

Por lo expuesto y muchas otras razones que quedan en el tintero, considero inadmisible la demanda de auto».

Complemento de mi voto singular en estos autos

El examen concienzudo que he debido hacer de la demanda —ya que, pese a mi voto en contra, se la admitió a trámite—, lo mismo que el estudio y la cuidadosa evaluación de los argumentos expuestos a lo largo del proceso, sólo han servido para confirmar mi apreciación inicial, esto es, un pronunciamiento por la inadmisibilidad de la demanda, habida cuenta de que, según queda explicado, en el voto reproducido líneas arriba, a mi juicio este Tribunal no es competente para conocer de la materia, de modo que, a estas alturas del proceso, lo que corresponde es declarar nulo todo lo actuado, incluyendo la resolución de admisión respectiva, y ordenar, en consecuencia, el archivo del expediente.

Conviene agregar, sin embargo —visto que las circunstancias han cambiado, pues la causa se encuentra ahora en estadio de emisión de sentencia, y no en el preliminar de la admisibilidad de la demanda—, aunque ello, dada la naturaleza sui generis del caso y el análisis precedente, se antoje superabundante, que la inconstitucionalidad de una norma depende, necesariamente, de su incompatibilidad con la Constitución vigente, y no, obviamente, con una no vigente que, empero, pudiese estimarse, por hipótesis, como lo hace la presente demanda, siempre válida y, por ello mismo, llamada a pronunciarse en el caso. Y es que, planteado el tema de tal modo, surgiría la cuestión previa de determinar cuál de las dos Constituciones debería servir de referente, de suerte que, mientras tal cuestión previa no quedase resuelta, considerando que la Constitución del 93' —aunque se discutiera su validez— es, sin duda alguna, la vigente, la demanda seguiría siendo inadmisible: una conclusión distinta supondría, en efecto, ingresar en el círculo vicioso o petición de principio, de considerar demostrado lo que se trata de demostrar. Por lo demás, como se sabe, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la materia, manifestando, en más de una sentencia (V.p. ej. la recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, especialmente en su Fundamento 3.), que la Constitución del 79' tuvo vigencia sólo hasta el 31-12-93, fecha en que fue sustituida por la del 93', la que desde entonces ha estado —y está— vigente, sin interrupción alguna, y que es ésta —la del 93'— la que sirve, precisamente, y sin lugar a

* Hay quienes sostienen que el referéndum, no fue válido, o que, inclusive, en él triunfó el no. No discuto tal cosa en este voto, y creo, además, que tal asunto no es de competencia de este Tribunal. El hipotético fraude electoral es materia penal, pero no de una acción de inconstitucionalidad.

dudas, de referente o parámetro para determinar si una norma impugnada de inconstitucionalidad, es, o no, inconstitucional (como también lo afirma y confirma, entre otros, en los FUNDAMENTOS 18 y 19 de la Sentencia de autos); de modo que resulta indiscutible que, por lo menos para este Tribunal, siendo la Constitución del 93' (no sólo por ser la vigente, sino por haber reemplazado a la del 79', y por ser la que funge de referente para determinar si una norma impugnada es, o no, inconstitucional) la llamada a resolver el problema de la inconstitucionalidad de una norma impugnada ante ella, la demanda de su hipotética inconstitucionalidad, planteada ante el mismo, no sólo resulta inadmisible sino, en verdad, ilógica y autocontradictoria.

Mi opinión, por lo expuesto, es en el sentido de declarar nulo todo lo actuado —pues los actos procesales de un órgano incompetente son nulos de toda nulidad—incluyendo el auto admisorio, contra el cual me manifesté en mi voto respectivo y que, por ello mismo, me he visto en la inexcusable obligación procesal de reproducir, ad pedem litteræ, líneas arriba, puesto que dicho voto, según se ha visto, es el fundamento esencial y sine qua non de este pronunciamiento; y disponer, en consecuencia, el archivamiento de la causa.

SR. AGUIRRE ROCA

Sentencia del Tribunal Constitucional en los expedientes Nº 050-2004-AI/TC y otros

(Extractos referidos a las consideraciones del TC sobre la reforma constitucional)

(Lima 03 de junio de 2005)

Transcribimos a continuación los extractos pertinentes al tema de este número de nuestra revista, desarrollada por el TC al tratar el tema de la Reforma del sistema pensionario del régimen 20530. Se trataba en este caso de un Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530. El Tribunal al resolver el caso declaró infundadas las demandas contra la Ley de Reforma Constitucional Nº 28389, así como fundadas en parte las demandas acumuladas en el extremo que impugnan la constitucionalidad de la Ley Nº 28449 (la numeración de párrafos de la sentencia se corresponde con la publicada en la página web del TC. www.tc.gob.pe)

Expedientes acumulados:
050-2004-AI/TC
051-2004-AI/TC
004-2005-AI/TC
007-2005-AI/TC
009-2005-AI/TC

SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ DEL 3 DE JUNIO DE 2005

SÍNTESIS
Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley N° 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530.

§1. La competencia para examinar una ley que reforma la Constitución

1. El principio político de la soberanía popular y el Tribunal Constitucional

El artículo 45 de la Constitución establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política del principio de la soberanía popular, propio de todo Estado social y democrático de derecho con el que se identifica la Nación, y a la cual este Colegiado debe remitirse.

Con relación al Tribunal Constitucional, se sostiene que la Constitución

> «(...) no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones 'constitucionalmente relevantes', sino que determina su composición, los órganos y método de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, recibe ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos»[1].

En tal medida, este Colegiado ha establecido, como parte del fundamento 2 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, Caso Alberto Borea Odría, sobre la Inconstitucionalidad de la Constitución Política de 1993, que

> «(...) la Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas».

En tal contexto, en toda institución pública, quienes ejerzan el poder deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se encuentra consagrada en el texto constitucional. Así, se

> «(...) establece también como instrumento máximo de garantía un Tribunal Constitucional, cuya misión, a la postre, no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución»[2].

2. El principio jurídico de la soberanía constitucional y el Tribunal Constitucional

En el mismo artículo 45 de la Constitución, refiriéndose al poder, se prescribe que

> «(...) quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen».

En tal sentido, es indudable que este Colegiado se encuentra plenamente sometido a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución. Este es, justamente, el principio jurídico de la soberanía constitucional.

Es más, por definición, la actividad del Tribunal Constitucional es tutelar la constitucionalidad de los actos y las normas en un Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, tal como lo señala el artículo 1 de su propia Ley Orgánica, Ley N° 28301, este Colegiado

> «(...) se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica».

De ello se desprende que, al ser un órgano primordial en la configuración y vigencia del Estado social y democrático de derecho, el Tribunal Constitucional debe propiciar en un máximo sentido que la Constitución sea cumplida en toda su plenitud y dimensión.

Así, y a propósito de un proceso de inconstitucionalidad, en el fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2002-AI/TC, Caso de la Municipalidad Provincial de Huaura, sobre Inconstitucionalidad de Ordenanza, este Colegiado afirmó que en todo proceso sometido a su competencia se debe reconocer que

> «(...) la Constitución (...) actúa como parámetro, en la medida que es la Lex Legum».

Entonces, debe definirse si este Colegiado se encuentra capacitado para analizar, en una demanda de inconstitucionalidad, una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389. Es más, no se puede desconocer el hecho de que el contenido de esta ley de reforma, por haber cumplido el íter legislativo de su aprobación -doble votación calificada en el Congreso-, se ha integrado a la propia Norma Fundamental. Se deben revisar las posiciones al respecto.

3. La discutible consideración del control de la reforma constitucional como 'cuestión política no justiciable'

Se ha considerado la posibilidad de excluir expresamente al Tribunal de cualquier acto de modificación constitucional, porque se asignaría a éste la condición de cuestión política no justiciable. Se arguye que, al no estar prevista expresamente en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución la ley de reforma constitucional, no podría aparecer como objeto de impugnación a través de un proceso de inconstitucionalidad, tema sobre el cual se volverá infra.

Este Colegiado ya se ha referido a las political questions, señalando, como parte del fundamento 11 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 340-98-AA/TC, Caso Guillermo Rey Terry, sobre Afectación al Debido Proceso en Destitución por el Congreso,

> «(...) que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros; uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad».

Sin embargo, en el presente proceso, tal como se analizará a continuación, es pertinente que el Tribunal Constitucional, como principal garante de la Constitución, vele porque la Norma Suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional. Por lo tanto, este Colegiado debe esclarecer si la norma impugnada atenta, o no, contra los 'contenidos fundamentales' y los procedimientos de reforma previstos en la propia Constitución.

4. El parámetro que se utilizará en las presentes demandas de inconstitucionalidad

Si bien, prima facie, se ha determinado la competencia de este Colegiado para analizar las demandas de inconstitucionalidad de una ley de reforma constitucional, es conveniente precisar cuál será su parámetro exacto de actuación.

La controversia se suscita porque, de un lado, la Constitución es el parámetro básico de actuación del Tribunal Constitucional, y, por otro, se solicita que se analice la validez de la reformada Constitución. Es decir, que este Colegiado podría llegar a examinar, como parte de su competencia implícita, su propio marco constitucional de control. La

determinación de tal parámetro es esencial para que se pueda asumir la atribución de examinar una ley de reforma constitucional, como lo es la Ley N° 28389.
Es conveniente recalcar que tal actuación es componente elemental de la legitimidad con que se cuenta en sede constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional puede analizar la constitucionalidad de una norma de reforma de la Constitución siempre y cuando afecte el 'contenido fundamental' de su configuración normativa, en tanto Norma Suprema política y jurídica del Estado. Para determinar este núcleo, es imprescindible remitirnos a los parámetros que la propia reforma constitucional asume como parte de su ordenación constitucional.
Esto quiere decir que si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el Tribunal Constitucional, tal como lo señala explícitamente el artículo 201 de la propia Constitución, el órgano de control de la Constitución, se encuentra legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente sobre la base del 'contenido fundamental' protegido implícitamente en la Constitución.

5. La determinación de competencia

Este Colegiado es competente para analizar las reformas constitucionales impugnadas por las demandas que eventualmente podrían afectar el 'contenido fundamental' -también denominado 'fórmula política'- de la Constitución, sobre todo en su ámbito social y, en especial, el pensionario. Para tal efecto, en el desarrollo de esta sentencia será imprescindible determinar tal 'contenido fundamental' y establecer, previamente, cuáles son los límites materiales y formales que existen respecto a una reforma constitucional.
El marco adecuado que brinda la Constitución al Tribunal Constitucional permite señalar que este proceso vital del Estado, como un todo,

> «(...) en cuanto duradera renovación y progreso de la voluntad comunitaria estatal como unidad vital y real, es regulado por la Constitución»[3].

Por lo tanto, será imprescindible analizar los límites materiales y formales a los cuales se somete el Congreso nacional para realizar una ley modificatoria de la Constitución, más aún si en el fundamento 62 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco, sobre la Ley de Reforma Total de la Constitución, este Colegiado precisó que

> «(...) en caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites».

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, y en tanto vocero del poder constituyente, es el titular legitimado para ejercer el control jurídico del poder constituido. Por tal razón, este Colegiado es el órgano competente para analizar la constitucionalidad de la ley de reforma constitucional del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530.

§2. El canon de interpretación constitucional

6. El análisis de la presunción de constitucionalidad de las leyes

Determinada la competencia de este Tribunal para resolver la presente causa, se mantiene aún la dificultad de establecer con precisión cuál es el parámetro que servirá para declarar inconstitucional, o no, la Ley N° 28389.

Si, según el artículo 109 de la Constitución,

> «(...) la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial»,

es posible que el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso de la República pueda fundamentarse, siempre y cuando hayan sido expedidas por un órgano democrático y de acuerdo al procedimiento establecido, en tanto expresión directa del principio político de soberanía popular y del principio jurídico de la soberanía constitucional antes enunciados.

Esta presunción cuenta con un grado superior o reforzado de legitimidad en caso que la ley aprobada sea una de reforma constitucional, siempre que hubiese sido dictada por el poder constituyente instituido del que goza el Congreso nacional, en este caso a través del poder de reforma constitucional establecido en el artículo 206 de la Constitución.

7. La presentación de una disyuntiva sobre la norma constitucional que debe utilizarse

En la Audiencia sobre el presente caso llevada a cabo el día 3 de mayo del 2005, las partes asumieron posiciones encontradas al respecto, no llegándose a definir con claridad si las demandas planteadas deben analizarse a la luz de las normas constitucionales ahora vigentes –o sea, ya reformadas-, o si, por el contrario, corresponde el examen a partir de las normas en vigor hasta antes de la reforma.

Una disyuntiva como ésta fue de cierta forma superada por este Colegiado en dos sentencias anteriores. En primer lugar, como parte del fundamento 3 de la Sentencia N° 005-96-I/TC, se precisó que

> «(...) para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles».

En segundo lugar, en el fundamento 22 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, estableció que si se analizase la constitucionalidad de la reforma sobre la base de la norma justamente ya reformada, el parámetro

> «(...) no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado. Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se 'administraba' no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal».

8. El marco constitucional del presente proceso de inconstitucionalidad

Este Colegiado considera que la presunción de constitucionalidad de las leyes debe ser respetada plenamente en un Estado social y democrático de derecho. Por ello, estima que no se puede incurrir en la contradicción jurídica de utilizar como parámetro de constitucionalidad una norma inexistente, pues, si así fuese, se contravendría el artículo 45 de la Constitución. La utilización de normas inexistentes le conferirían a éstas un carácter ultractivo. Por lo tanto, es absolutamente inconstitucional pretender utilizar como marco jurídico, en el presente proceso, el artículo 103 y la Primera Disposición Final y Transitoria reformados.

De otro lado, tampoco podrían aplicarse las nuevas disposiciones constitucionales, por ser precisamente materia de impugnación constitucional. Sin embargo, estas normas constitucionales gozan de una presunción reforzada de legitimidad constitucional, hecho que no obsta su presunción iuris tantum. Por ello, este Tribunal circunscribirá el examen de la legitimidad de dicha reforma constitucional al parámetro del 'contenido fundamental' de la Constitución.

Esto significa que, en principio, lo razonable sería pronunciarse respecto a las demandas de inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 sobre la base de las normas no sujetas a controversia constitucional, y siempre referidas al derecho a la pensión, pues sólo así se podrá determinar si el procedimiento de reforma constitucional fue llevado a cabo con lealtad constitucional. Por ello, deberá examinarse dicha ley a la luz del contenido fundamental de la Constitución, difiriendo provisionalmente la utilización de las normas impugnadas.

9. El precedente jurisprudencial y la Constitución

Es conveniente determinar, vistos los argumentos de los demandantes, si este Colegiado se encuentra vinculado en su actuación a las sentencias emitidas cuando estaban vigentes las normas constitucionales modificadas. Es decir, si se encuentra condicionado por la jurisprudencia dictada cuando regía la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que consagraba un régimen de derechos adquiridos para los pensionistas de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Como bien se acaba de mencionar, para resolver la presente controversia constitucional sólo se podrán usar las normas que no están sujetas a escrutinio jurisdiccional, y siempre que se pudiera haber producido una grave y clara violación al 'contenido fundamental' de la Constitución. Por ello, la interpretación realizada por este Tribunal respecto a las normas que sí están sujetas a control sólo pueden ser consideradas como válidas relativamente, lo cual condiciona la inexistencia de cosa juzgada respecto a su jurisprudencia (Vid., fundamento 116).

Si bien, como señala el artículo 82 del Código Procesal Constitucional,

> «(…) las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos»,

no podrá ser considerado como válido que este Colegiado se supedite a su jurisprudencia cuando el parámetro normativo constitucional que los demandantes invocan para resolver sus demandas ya ha sido modificado.

En aras de mayor claridad, debe comprenderse qué significa un proceso de inconstitucionalidad. Según el Código Procesal Constitucional, en su artículo 75, éste tiene como objeto

> «(...) la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa».

Queda claro, entonces, que este Colegiado no se encuentra sometido a las sentencias emitidas cuando regían las normas constitucionales ahora modificadas, pues el sentido de la 'jerarquía normativa' de la Constitución ya ha variado. Esto no significa que las sentencias expedidas en el anterior contexto normativo constitucional en materia pensionaria quedan sin efecto, por cuanto fueron expedidas válidamente.
(...)

B. El control de Constitucionalidad POR LA forma y POR EL fondo

§1. La necesidad de establecer límites constitucionales a la ley de reforma constitucional

14. Según los demandantes, debe examinarse la ley de reforma constitucional
Los demandantes sostienen que el Tribunal Constitucional debe realizar el examen parcial de la ley de reforma constitucional, pues consideran que,

> «(...) de no ser así, resultaría meramente teórico y académicamente rico, pero vano y superfluo en la práctica, establecer la exigencia de límites al poder de reforma constitucional para señalar a renglón seguido que en caso el órgano competente para la reforma los supere y exceda, alterando el contenido esencial de la Constitución, no es posible controlar dichos excesos por ser una cuestión política ajena al control constitucional, y por lo tanto, no existir un órgano y un proceso autorizados para impedir y reprimir dicha reforma». De esta forma, «es evidente que el poder reformador (constituyente derivado) del Congreso o Parlamento es insuficiente para producir una reforma que afecte, de cualquier manera, las decisiones políticas fundamentales, los principios y los valores superiores de la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales que ésta reconoce y garantiza»[5].

15. Según el demandado, la ley de reforma se ha hecho al amparo de decisiones del Tribunal Constitucional
El demandado ha señalado como motivación de la reforma constitucional que,

> «(...) resulta un imposible jurídico declarar inconstitucional una reforma constitucional que tiene como objetivo cumplir con todas las previsiones, reflexiones, recomendaciones e interpretaciones que de la Constitución ha hecho el Tribunal Constitucional en materia de régimen pensionario»[6].

16. El reconocimiento de la necesidad de cambios constitucionales
Independientemente de los argumentos de ambas partes, corresponde analizar cómo se configura la competencia de este Colegiado para revisar una ley de reforma constitucional, determinando básicamente los parámetros que el Congreso tiene para dictarla.
Las Constituciones modernas se fundan en un conjunto de principios y de reglas cuyos contenidos delimitan, con mayor o menor precisión, el marco en el que se debe resolver

cualquier tipo de controversias relativas a los límites a los derechos fundamentales. Es por ello que se requiere, por definición, de un elevado grado de estabilidad y previsibilidad jurídica para permitir que las sociedades puedan alcanzar sus objetivos más valiosos, entre los que se cuenta el de organizar la convivencia humana de un modo adecuado y eficiente.

Sin embargo, estabilidad y previsibilidad no significan permanencia estática, sino una continua adaptación a los cambios sociales. Por eso, se considera que la Constitución posee un carácter de ductibilidad.

Es necesario señalar que cualquier modificación constitucional, con independencia de cuál sea su contenido, su orientación o su especificidad, supone necesariamente una alteración del equilibrio anteriormente vigente y, de un modo especial, de aquel que regula la tensión permanente entre las tres partes principales de toda Constitución: el estatuto de las libertades, el estatuto del poder y el estatuto del control.

Ello supone que tal aliteración debe corresponder al sentir constitucional, y a sus valores estatuidos, pues,

> «(...) toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo unas necesidades objetivas, real o supuestamente inevitables, se valoran más que la realidad normativa vigente (...) si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa»[7].

Esta modificación de los contenidos constitucionales está permitida originariamente por el propio texto del artículo 206 de la Constitución, lo cual significa que la modificación debe efectuarse sobre la base de las circunstancias históricas correspondientes.

17. El Poder Constituyente y el Tribunal Constitucional

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de 'crear' la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.

Al respecto, debe precisarse cuál es la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente originario. Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que

> «(...) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad»,

en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicomprensivo a la Constitución. Pero debe quedar claro, especialmente para esta sentencia, que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su 'vocero'.

18. La reforma constitucional asignada al Congreso de la República

El Poder Constituyente se ha autolimitado en la actual Constitución -artículo 206- a través del poder de revisión constitucional, lo que hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido.

La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior.
Al respecto, este Tribunal ha sido claro en manifestar, en el fundamento 84 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

> «(...) el artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum».

De esta manera se reconoce que la titularidad del poder constituyente derivado o instituido corresponde al órgano del poder público que, de acuerdo con las normas constitucionales preexistentes, tenga competencia para introducir modificaciones no sustanciales en la Constitución, como es el Congreso de la República.
Tal como lo ha señalado este Colegiado en el fundamento 7 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados),

> «(...) las leyes de reforma constitucional tienen la capacidad de incorporarse e innovar la Constitución (parámetro y no objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad)».

Teniendo como base ello, se ha señalado que

> «(...) la rigidez proporciona una estabilidad realizada en primera línea mediante la permanencia formal de las normas, en cuanto que los límites propician una estabilidad relacionada principalmente con la permanencia de determinados contenidos y con la continuidad del orden constitucional»[8].

Entonces, debe quedar claro que el Congreso tiene límites para modificar el contenido de la Constitución. Su actuación tiene una frontera. La delimitación de su competencia legislativa será revisada por este Colegiado.

19. La urgencia de reforma constitucional del régimen pensionario
Al respecto, este Colegiado, en el fundamento 28 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 014-2003-AI/TC, ha expresado que

> «(...) al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable».

Por lo tanto, corresponde que el Congreso efectúe las reformas constitucionales de un verdadero Estado social y democrático de derecho, salvando de esta manera las dificultades que en su formulación dictatorial de 1993 llegó a tener.
En el caso específico del tema pensionario, también este Colegiado ha sostenido, como parte del fundamento 14 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 002-2003-AI/TC,

Caso Cinco mil ciudadanos, sobre la Constitucionalidad de la Ley N° 27617, referida a Reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, que

> «(...) ciertamente, dentro de las funciones de este Tribunal no está la competencia para dictar las medidas legislativas que permitan que el régimen pensionario establecido a favor de un sector de pensionistas y futuros pensionistas se adecue a 'imperativos de equidad social', como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni tampoco la de realizar las reformas que se consideren más convenientes. Si el emplazado considera que el régimen constitucional de los Decretos Leyes N.os 19990 y 20530 no es el que más se adecue a esos imperativos o a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda, como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido. Al fin y al cabo, con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional. Tal posibilidad y la oportunidad de su ejercicio, sin embargo, no es un asunto que se encuentre dentro de las competencias de este Tribunal -como ya se ha expresado en la STC N° 0189-2002-AA/TC, Fundamento N° 20-, sino en las del órgano al que se ha investido de tal función, a través del procedimiento preceptuado en el artículo 206 de la Constitución».

Sobre este particular, también la Defensoría del Pueblo ha manifestado que

> «(...) resulta indispensable efectuar una reforma integral en el ordenamiento pensionario del país con el objeto de asegurar su viabilidad y garantizar que los afiliados tengan la oportunidad de acceder a pensiones que les garantice niveles de vida acordes con su dignidad humana»[9].

Entonces, lo que debe determinarse a continuación es si la Ley N° 28389 -y también la N° 28449, como se analizará infra- que modifica el régimen pensionario, tienen incidencia directa en la 'equidad social' y no han sobrepasado los límites de una reforma constitucional desarrollada adecuadamente.

20. El control de los cambios constitucionales

Corresponde, entonces, evaluar los alcances de la competencia de este Colegiado para ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley de reforma constitucional, acotando que se encuentra habilitado, por el artículo 200, inciso 4 de la Constitución, para ejercer el control constitucional de la ley sin distinción alguna. Tal dispositivo debe ser interpretado correctamente de manera extensiva, a diferencia de lo propuesto negativamente en el fundamento 3; en consecuencia, puede concluirse válidamente que el precitado artículo permite la revisión de una ley de reforma constitucional.

Es por ello, según lo expresado en el fundamento 6 de la Resolución de Admisibilidad de los Expedientes N° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005-PI/TC y 0007-2005-PI/TC (acumulados), que

> «(...) es deber de este Colegiado preservar la supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales -función valorativa-, expulsando la norma contraria a la Constitución -función pacificadora-, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional -función racionalizadora-».

Este marco de actuación permite que este Tribunal, según lo expresan los fundamentos 7 y 9 de la mencionada resolución, pueda ejercer control, pues

> «(...) si bien es cierto que la Constitución es creación de un Poder Constituyente, también lo es que las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye (...) Que, por todo lo dicho, una ley de reforma constitucional sí es susceptible de ser impugnada en un proceso de inconstitucionalidad».

21. El problema de los límites de la reforma constitucional

La cuestión de los límites está estrechamente vinculada con el poder constituyente -que en su momento fue el 'Congreso Constituyente Democrático' (sic)- y el poder revisor -en nuestro caso, el Congreso nacional-, y las características que los diferencian. El primero tiene la calidad de soberano, y una vez que, como fruto de esa soberanía, surge la Constitución, se transforma, convirtiéndose en poder jurídico. El segundo, por su parte, al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, 'contenido fundamental'.

En una aproximación de carácter inicial, todo cambio que se realice en el sistema conforme a la Constitución, no puede alterar su identidad. La adecuación de normas constitucionales sirve, más bien, para confirmar o reafirmar la mencionada identidad, en un sentido de evolución normativa y social.

En este marco, es imprescindible diferenciar entre interpretación y mutación. La interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema.

En este esquema, en doctrina se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación

> «(...) modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente»[10].

Esta diferencia es clave, sobre todo en un 'caso límite' como es el que es materia de este proceso de inconstitucionalidad, relacionado con un supuesto de irreformabilidad del 'contenido fundamental', léase núcleo constitucional. Por lo tanto, desde la perspectiva de la reforma constitucional, un sistema es estable si mantiene conformidad con el desarrollo de los principios constitucionales, o requerirá una adaptación, si ésta no vulnera la esencia constitucional sobre la que se fundamenta formalmente la comunidad política.

22. La dualidad de límites

Teniendo claro que no toda reforma constitucional se produce de conformidad con la identidad de un sistema, se examinará, en primer lugar, los límites formales que deben condicionarla. Y, en segundo, si también están presentes los límites materiales, los cuales deben construirse a partir de la propia Constitución.

Si, según el artículo 45 de la Constitución, el poder se ejerce según las limitaciones que ésta impone, queda claro que el Congreso, según lo estipula el artículo 102, debe

> «velar por respeto de la Constitución y de las leyes»,

El sometimiento del Congreso a la Constitución lo obliga a proteger los derechos y bienes en ella recogidos, en el caso que desarrolle una norma a través de una ley regular o, aún más, cuando lo hace mediante una ley de reforma constitucional. Debido a que la autoridad del poder de reforma tiene como soporte el texto constitucional, su contenido no puede destruir su fundamento ni su razón de ser.
En la medida que el poder de reforma proviene de la propia normatividad y normalidad constitucionales, pueden enunciarse, cuando menos, dos corolarios básicos:
- Que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere; y,

- Que sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas.

§2. Los límites formales en el procedimiento de la reforma constitucional del régimen pensionario

23. Según los demandantes, no se ha respetado el derecho a la defensa en el procedimiento de reforma constitucional

Según uno de los demandantes, con el procedimiento de reforma se han afectado los derechos a la defensa, al debido proceso y al ejercicio de vida, pues

> «(...) se pudo convocar a las instituciones representativas de dichos sectores, cuya personería jurídica obra en Registros Públicos a efectos de cumplir y garantizar la referida exigencia de forma para la validez de esta actuación constitucional»[11].

24. Según el demandado, en un procedimiento de reforma constitucional no puede exigirse el derecho a la defensa
El demandado considera ello porque

> «(...) la aprobación de la Ley constituye un acto político por excelencia que no puede reconducirse, como señala el demandante, a un principio del debido proceso -el derecho de defensa- que rige los procesos y procedimientos de carácter sancionatorio. El procedimiento legislativo no se equipara con el proceso jurisdiccional ni con los procedimientos administrativos o corporativos»[12].

25. El carácter de la limitación de índole formal
Deberá, entonces, determinarse si a lo largo del proceso de elaboración de la ley de reforma del régimen pensionario se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmente, lo cual constituiría una afectación a los límites formales impuestos. Al respecto, conviene acotar que las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional. Las modificaciones del texto constitucional realizadas por los

órganos constituidos que se producen fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, serán nulas e ineficaces.
Es decir,

> «(...) en cuanto la validez de una Norma depende de su correspondencia con la forma -y en su caso el contenido- de otra superior, no puede válidamente aplicarse a sí misma. Por lo tanto, las Normas que regulan la reforma, en cuanto no pueden aplicarse a sí mismas, se convierten en irreformables»[13].

Proscripciones de este tipo se establecen claramente en los ordenamientos constitucionales. Los tribunales constitucionales tienen competencias relacionadas con las reformas constitucionales para evaluar si éstas se llevaron a cabo respetando los procedimientos previstos en la Constitución. Es decir, la competencia de los órganos de control constitucional se limita a evaluar si se han transgredido los límites formales de la reforma. De acuerdo a lo expresado en el fundamento 72.a de la Sentencia expedida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC, este tipo de límites

> «(...) se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

i. En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental».

26. El respeto al procedimiento de reforma previsto en el artículo 206 de la Constitución

La Constitución permite al Congreso, como órgano constituido, ejercer la función constituyente derivada, pero con la observancia de las formalidades prescritas para ello en el texto constitucional. Tales son los límites formales de la reforma.
En nuestro país se ha previsto el procedimiento de reforma en el artículo 206 de la Constitución. Queda claro que tal norma no podría ser modificada por el poder constituido, sino, prima facie, por un poder constituyente instituido:

> «Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

> La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral».

27. La supuesta vulneración del límite formal de la reforma constitucional

A pesar de las argumentaciones vertidas en la demanda y contestación de la demanda, la exposición más consistente sobre las supuestas inconstitucionalidades formales tuvo lugar en el debate suscitado en la Audiencia.

En ella, el representante del Colegio de Abogados de Cusco denunció la existencia de dos supuestas graves vulneraciones en tal procedimiento[14]. En primer lugar, que en la promulgación de la ley no consta la firma del Presidente de la República, sino únicamente del Vicepresidente; y, en segundo, que no se solicitó la opinión de sectores involucrados.

28. La firma del Vicepresidente de la República

El apoderado del demandado contradijo el argumento señalando que justamente como el Presidente no podía firmar la ley de reforma constitucional, debió hacerlo el Vicepresidente, según le correspondía por sus atribuciones[15].

La figura de la Vicepresidencia está prevista en el artículo 110 de la Constitución. Y, justamente, sobre el tema de cuándo ejerce funciones, el segundo párrafo del artículo 115 precisa que:

> «Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente».

En el caso concreto, hay que analizar si se presentó tal supuesto. La Resolución Legislativa 28383, dada el 10 de noviembre del 2004, indica que:

> «El Congreso de la República, de conformidad con lo prescrito en los artículos 102 inciso 9) y 113 inciso 4) de la Constitución Política, en el artículo 76 inciso j) del Reglamento del Congreso y en la Ley Nº 28344, ha resuelto acceder a la petición formulada por el señor Presidente Constitucional de la República y, en consecuencia, autorizarlo para salir del territorio nacional entre los días 15 al 17 de noviembre del presente año, con el objeto de cumplir actividades de la agenda presidencial internacional en la ciudad de Nueva York, en los Estados Unidos de América».

Por lo tanto, es correcto que la Ley N° 28390,

> «dada en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de noviembre del año dos mil cuatro»,

haya sido firmada por David Waisman Rjavinsthi, en su condición de Segundo Vicepresidente de la República, pues en esa fecha el Presidente se encontraba fuera del país. Cabe recordar que el primero de los vicepresidentes renunció a su cargo.

Debe desestimarse, entonces, la existencia de algún vicio formal en la promulgación de la ley de reforma constitucional; más aún si se tiene que, según el propio artículo 206 de la Constitución

> «la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República»,

siendo su promulgación un acto meramente declarativo.

29. La falta de opinión de sectores involucrados

Es conveniente rescatar lo que el representante del Colegio de Abogados del Cusco ha señalado al respecto. Sostiene que los pensionistas no fueron convocados a las audiencias referidas a la reforma constitucional, y su posición no fue acompañada en el dictamen de la comisión, por lo que su derecho a la defensa ha sido vulnerado[16].

El demandado, refutando ello, expresó que sí fueron convocados, y que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo, siendo inexistente la vulneración de un derecho a la defensa[17].

Este Colegiado ha reconocido que el derecho a la defensa puede ejercerse en procesos distintos a los judiciales, inclusive en los procedimientos parlamentarios de responsabilidad constitucional, si se presenta una controversia de índole jurídica que debe ser resuelta protegiendo los intereses de las personas.

Sin embargo, dentro del íter legislativo, la existencia de derecho a la defensa no puede ser sustentada ni avalada. La idea de la defensa se centra en la capacidad de una de las partes de sostener su posición dentro de un conflicto jurídico, a diferencia de lo que sucede en un procedimiento legislativo, en el que no existe controversia jurídica, sino más bien política. Prima facie, el conflicto parlamentario entre la mayoría y la minoría tiene sus propios mecanismos políticos de autocomposición en la elaboración de las leyes que no han sido infringida.

Es más, según el artículo 206 de la Constitución y el artículo 81, inciso a, del Reglamento del Congreso, no se considera como elemento del procedimiento de reforma constitucional, la intervención de los sectores involucrados dentro de la comisión responsable de la modificación en el Congreso. Ello es así porque el legislador no puede someterse a ningún grupo de presión de la población ni de los medios de comunicación social, según el artículo 93 de la Constitución.

Ahora bien, las opiniones especializadas son importantes en un procedimiento de reforma constitucional en el caso que expresen los intereses de un sector de la población. En el caso concreto, habiendo intervenido diversas asociaciones relacionadas con los gremios de pensionistas en los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso antes de la segunda votación del Pleno, no se detecta vicio alguno en el procedimiento de elaboración de la Ley N° 28383.

Como constancia de ello, en la sesión conjunta de las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Seguridad Social, del 29 de septiembre de 2004, precisamente para tratar el tema de la reforma constitucional, se precisó lo siguiente:

> «También contamos con la presencia de los ministros de Estado, el premier Carlos Ferrero Costa; el ministro de Economía, Pedro Pablo Kuczynski; el ministro de Trabajo, Javier Neves Mujica; y también con los representantes de los pensionistas, el señor Jaime Cuadros Cáceres, presidente de la Coordinadora Nacional de Defensa de los Derechos Pensionarios, de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530, Conadepen; el señor Hernán Espinoza Segovia, presidente de la Central Nacional de Jubilados y Pensionistas del Perú (Cenejupe), quienes han venido además acompañados el doctor Carlos Blancas Bustamante, que es asesor

> legal de ambas coordinadoras, quienes en nombre de los pensionistas van a poder exponer sus posiciones»[18].

Tal como se puede apreciar, incluso uno de los demandantes tuvo acceso al debate congresal que se produjo para aprobar la norma impugnada. Se concluye, entonces, que se escuchó la opinión de la sociedad civil interesada en la materia.
Por consiguiente, no ha existido afectación alguna del procedimiento de reforma constitucional, de modo que tal actividad parlamentaria fue realizada dentro de los límites formales constitucionalmente establecidos. En tal sentido, la demanda debe declararse infundada respecto a la supuesta afectación del procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución.

§3. Los límites materiales de la reforma constitucional del régimen pensionario

30. Según los demandantes, se han afectado derechos fundamentales a través de la reforma pensionaria

Los accionantes aseveran que

> «(...) el constituyente ha establecido el derecho fundamental de un grupo determinado de personas pensionistas del D.L. 20530, para que se respeten sus derechos adquiridos al amparo del referido Decreto Ley, de modo tal que al legislador le es vedado restringirlos o negarlos, y estas condiciones no las puede variar ni siquiera un nuevo régimen, con mayor razón, no podrá hacerlo una norma cuyas disposiciones están referidas casualmente a pensionistas de los regímenes mencionados»[19].

De esta forma, y tomando en consideración las consecuencias de esta proscripción, y su configuración como límites materiales de la reforma constitucional, coligen que

> «(...) pretender que una ley deje sin efecto el texto mismo de la propia Constitución, máxime si la previsión constitucional afectada está dirigida a reflejar límites materiales expresos, implica en sí mismo desconocer las inherentes garantías que salen en su defensa referidas a la prelación jerárquica y a la obligación jurisdiccional de velar por la prevalencia constitucional previstas por los artículos 51 y 138 de la Constitución, respectivamente»[20].

En conclusión,

> «(...) es ilícita la reforma constitucional peyorativa, es decir, aquella que disminuye o suprime los derechos fundamentales, y sólo es válida aquella cuyo objeto es ampliar u optimizar los derechos fundamentales enunciados o reconocer nuevos derechos fundamentales»[21].

Sin embargo, una aseveración tan categórica debe ser modulada por este Colegiado según lo que ha venido señalando a través de otras sentencias y a partir de la propia Constitución.

31. Según el demandado, los valores constitucionales se mantienen incólumes
Frente a lo argumentado por los demandantes, el demandado ha sostenido que los límites materiales de la reforma no han sido quebrantados, toda vez que

> «(...) no hay ninguna afectación a los principios y valores de la Constitución invocados, propiamente los referidos al supuesto vaciamiento del Estado social y democrático de derecho que inspira nuestro ordenamiento constitucional y la afectación a derechos fundamentales. En esta materia, debe señalarse que los derechos fundamentales se mantienen incólumes y siguen estando allí para todos y cada uno de los señores beneficiarios del régimen de pensiones del D.L. N° 20530; a nadie se le ha privado del derecho, sólo que la nueva regulación ha dispuesto un tratamiento distinto que sigue garantizando la prestación pensionaria de manera permanente y que no es peor o mejor que el anterior»[22].

32. La existencia de una limitación de índole material
En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina 'límites materiales', e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como 'intangibles'.
Para este Tribunal (parte del fundamento 74 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC), estos límites

> «(...) se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma».

Como se señalara supra, el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede destruir la Constitución, y que tampoco puede vulnerar su esencia sin convertirse ilegítimamente en soberano.
Esto constituye un límite implícito al poder revisor, ya que, aunque no se explique en cláusulas de intangibilidad, el 'contenido fundamental' existe, y si éste llegara a transgredirse, se produce el fraude constitucional, que consiste en convertir el poder revisor en poder constituyente.

33. Los límites expresos e implícitos
Existen límites expresos y límites implícitos. A ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución.
Este Colegiado, en el fundamento 76 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, Caso Colegio de Abogados del Cusco, ya ha realizado claramente la distinción entre ambos:

> «i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución

de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la 'destrucción' de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado».

Dentro de los límites expresos, en el caso de las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional, no se ha previsto específicamente ninguno. El artículo 32 reconoce la potestad de someter a referéndum la reforma total de la Constitución, pero, como límite expreso reconoce el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales. Dentro de los límites explícitos se encuentran las cláusulas de intangibilidad, que constituyen límites absolutos, aunque existen también límites relativos explícitos.

34. Las cláusulas de intangibilidad

Las cláusulas de intangibilidad permiten identificar el 'contenido fundamental' de la Constitución, así como la interpretación fiel de este ordenamiento. Su finalidad básica es fundar los 'supuestos ideológicos y valorativos' en los cuales descansa el sistema constitucional. Esto es lo que nos permite identificar parte de esa regla de reconocimiento, para determinar si los cambios son una mutación o una reforma de la misma. Estas cláusulas se presentan como una norma garantizadora de un principio frente a las violaciones posibles, por lo que se precisa el reforzamiento de tal núcleo constitucional. Pero los límites explícitos no se agotan en las cláusulas de intangibilidad, sino que a lo largo del texto constitucional pueden estar consignados incluso en frases que se encuentran en un contexto diferente, (los llamados límites de carácter relativo).

Lo que corresponde en el caso nacional es vincular el sentido de cada uno de los dispositivos constitucionales con el 'contenido fundamental' de la Constitución, pues es éste el que permite interpretar correctamente el reconocimiento de las normas en ella contenidas.

35. La tipología de límites materiales

El carácter constitucional del Estado propicia la necesidad de contar con límites de distinta naturaleza. El sistema de la Constitución no sólo debe permitir detectar un núcleo irreformable en la misma, sino básicamente relativizar dicho límite mediante el conocido procedimiento de ponderación. De inicio se debe establecer la necesidad de contar con una cláusula de intangibilidad, para luego revisar los preceptos protegidos.

El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen 'representativo', para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución.

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho.

36. Los derechos fundamentales como límites a la reforma constitucional pensionaria

Los derechos fundamentales y otros principios constitucionales no pueden modificarse sustancialmente, porque son los que le otorgan la calidad de Estado social y democrático de derecho al Estado peruano. Para afrontar ello existen límites implícitos; así, el artículo 32 in fine, de la Constitución, determina que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de las personas.

Esta norma se erige como una verdadera cláusula de límite material para la potestad de reforma parcial de la Constitución. Esta cuestión es cardinal para esclarecer si la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria y del artículo 103 de la Constitución vulneran el derecho a la pensión.

37. La proscripción de la supresión o disminución de derechos fundamentales

Un punto esencial en la limitación a la reforma constitucional material es la determinación de cuándo estamos ante un derecho fundamental. Por lo tanto, tal como se determinará infra, es necesario establecer, de un lado, qué carácter posee el derecho a la pensión estipulado en el artículo 11 de la Constitución; y de otro, cuál es la verdadera naturaleza normativa de la Primera Disposición Final y Transitoria, que es la que finalmente se ha modificado. Por consiguiente, sólo comprobando que tal disposición recoge un derecho fundamental o que su modificación afecta uno, se podrá afirmar que la reforma constitucional realizada por el Congreso ha sobrepasado sus fronteras.

Al respecto, este Colegiado ha señalado, en el fundamento 97 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

> «(...) el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales».

De hecho, todo cambio en los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente. Sin embargo, los derechos fundamentales no son absolutos; en su desarrollo histórico y concreto se han generado conflictos jurídicos –reveladores de la antinomia social sobre tal cuestión-, lo que puede acarrear la necesidad del cambio de su estatuto.

A guisa de ejemplo, véase la historia de la oposición del derecho a la libertad sobre el derecho a la propiedad en la época esclavista, o, más modernamente, del derecho al acceso a la información pública sobre el carácter reservado de las comunicaciones de las autoridades, o el de la intimidad sobre la libertad informática.

38. La correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana

Los derechos fundamentales, incluso el derecho a la pensión, no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la

propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido. Por lo tanto, no obstante lo mencionado en el artículo 32 in fine de la Constitución, el legislador es competente para variar el contenido de los derechos fundamentales, siempre y cuando se respete las condiciones generales consagradas en la Constitución y no se quebrante su 'contenido fundamental'. Así, en la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, este Colegiado ha señalado que

> «(...) una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción».

Teniendo en cuenta ello, se considera que el derecho fundamental a la pensión tiene como principal sustento la dignidad humana, la cual se erige como legitimadora y limitadora del poder público. Es decir, el principio y derecho de la dignidad del ser humano, reconocido en los artículos 1 y 3 de la Constitución, se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma constitucional.
De otro lado, tomando en consideración que el artículo 44 de la Constitución reconoce como un deber fundamental del Estado

> «(...) promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación»,

se debe reconocer el compromiso del Congreso para legislar lealmente sobre la base de la equidad pensionaria, concepto que está íntimamente relacionado con el principio-derecho antes enunciado. En este esquema, la idea de una dignidad pensionaria

> «(...) implica una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del gobierno arbitrario»[23].

En consecuencia, al resolver la presente causa, será incontrovertible que este Colegiado utilice el principio de dignidad, incluso en su dimensión de derecho fundamental aplicado a las pensiones, para determinar cómo se ha realizado la reforma constitucional.

39. La imposibilidad de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales
Respecto al artículo 32 in fine de la Constitución, este Colegiado ha señalado, como parte del fundamento 94 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC, que

> «(...) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente».

Si bien se ha precisado de manera nominal la existencia de dicho límite, este Colegiado, para el presente caso, determinará con claridad si la reforma constitucional realizada afecta, o no, el derecho fundamental a la pensión. En ese contexto, la restricción será inconstitucional sólo si afecta directa y claramente su contenido esencial.
Es decir, la reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador como constituyente derivado, modifica el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, siempre y cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho.

40. La determinación de la supuesta afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

La existencia de tal supresión o disminución sólo podrá determinarse en el desarrollo de la presente sentencia. Esto supone que, si del cotejo entre la actual prescripción de la Primera Disposición Final y Transitoria y la pasada, se concluye la afectación al derecho fundamental a la pensión, entonces este Colegiado deberá declarar fundadas las demandas; caso contrario, infundadas.
La Primera Disposición Final y Transitoria, antes de la reforma constitucional, señalaba que

> «(...) los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias».

La Primera Disposición Final y Transitoria constitucional actualmente precisa lo siguiente:

> «Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530».

A partir de la compulsación de ambas disposiciones y de la aplicación de un test de razonabilidad a la nueva formulación constitucional, se determinará finalmente si el derecho a la pensión ha sido conculcado. Para ello se utilizarán los principios de unidad y eficacia integradora de la Constitución, los mismos que guardan directa relación con los principios de la economía social de mercado que la rigen.

41. El reconocimiento de los derechos fundamentales de los pensionistas

Finalmente, es imprescindible que este Colegiado insista en la necesidad de una protección objetiva y proporcional de los pensionistas, en su calidad de titulares de los derechos fundamentales.
Debe enfatizarse que su situación particular dentro del constitucionalismo contemporáneo impone a todo intérprete constitucional que su especial situación sea reconocida plenamente.
Al respecto, este Tribunal considera pertinente reproducir el fundamento 21 del Voto Razonado del juez Cançado Trindade en la Sentencia de Reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Caso de los 'Niños de la Calle', del 26 de mayo del 2001, en el cual se expresó que

> «(...) es difícil eludir la perturbadora indagación: si todos llegamos a este mundo, y de él partimos, con igual fragilidad, de que da testimonio la mortalidad, propia

> de la condición humana, ¿por qué nos victimamos unos a los otros durante el tan breve caminar de nuestras vidas? (...) Un mundo que se descuida de sus ancianos no tiene pasado; ya no participa de la herencia de la humanidad. Un mundo que sólo conoce y valoriza el presente efímero y fugaz (y por lo tanto desesperador) no inspira fe ni esperanza. Un mundo que pretende ignorar la precariedad de la condición humana no inspira confianza. Trátase de un mundo que ya perdió de vista la dimensión temporal de la existencia humana. Trátase de un mundo que desconoce la perspectiva intergeneracional, o sea, los deberes que cada uno tiene en relación tanto con los que ya recorrieron el camino de sus vidas (nuestros antepasados) como los que todavía están por hacerlo (nuestros descendientes). Trátase de un mundo en que cada uno sobrevive en medio a una completa desintegración espiritual. Trátase de un mundo que se ha simplemente deshumanizado, y que hoy necesita con urgencia despertar para los verdaderos valores».

Consideramos, por ello, un imperativo constitucional el que a través de la presente sentencia se configure objetiva y proporcionalmente el derecho a la pensión de aquellas personas que trabajaron para el Estado y aportaron durante su vida laboral, con el objeto de que, llegada su tercera edad, gocen razonablemente de una vida digna.

NOTAS

1. GARCÍA PELAYO, Manuel. El 'status' del Tribunal Constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, vol. 1, N° 1 (ene.-abr. 1981), pp. 13-14.
2. DE VEGA, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid, Tecnos, 1985. p. 53.
3. LUCAS VERDÚ, Pablo. El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política). Madrid, Reus, 1985. p. 206.
4. TRIEPEL, Heinrich. Derecho público y política. Madrid, Cívitas, 1986. 1ª reimpr. p. 42.
5. Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI/TC, pp. 78-91.
6. Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0051-2004-PI, p. 4, reiterada en la contestación de las demandas N° 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI.
7. HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 74.
8. JUST DA COSTA E SILVA, Gustavo. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Río de Janeiro – Sao Paulo, Renovar, 2000. p. 69.
9. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 85. La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral. Lima, 2004.
10. HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Madrid, CEC, 1983. p. 91.

11. Demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 28.
12. Contestación a la demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-PI, p. 8.
13. DE CABO MARTÍN, Carlos. La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho. Madrid, Trotta, 2003. p. 44.
14. Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
15. Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
16. Intervención inicial del abogado del Colegio de Abogados del Cusco (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
17. Contestación del apoderado del Congreso de la República (Audiencia del 3 de mayo del 2005).
18. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Primera Legislatura Ordinaria de 2004. Transcripción de la Sesión Conjunta de las Comisiones de Constitución y Reglamento, y de Seguridad Social. Miércoles 29 de septiembre de 2004.
19. Demanda de inconstitucionalidad N° 009-2005-PI, p. 41.
20. Demanda de inconstitucionalidad N° 050-2004-AI, p. 29.
21. Demanda de inconstitucionalidad N° 007-2005-PI, p. 21.
22. Alegatos respecto a demanda de inconstitucionalidad N° 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI y 009-2005-PI, p. 8.
23. MCILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, CEC, 1991. p. 37.



Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina
Nº 1 - Año I - setiembre, Lima 2005

Análisis y Comentarios

- F. Javier Díaz Revorio:
  «¿Puede ser inconstitucional la Constitución?»
- Enrique Bernales Ballesteros:
  «Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró improcedente la demanda contra la Constitución de 1993»
- César Landa:
  «La reforma de la Constitución desde la perspectiva del Tribunal Constitucional»

¿Puede ser inconstitucional la Constitución?[1]

Francisco Javier Díaz Revorio
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España)

I

Podría parecer que la pregunta que encabeza este escrito, así planteada, carece de sentido lógico. En efecto, si, de acuerdo con el diccionario, «constitucional» es lo «perteneciente o relativo a la Constitución de un Estado», dicha Constitución es necesariamente constitucional. Y si es constitucional, no podría, al tiempo, ser inconstitucional.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. De hecho, la teoría política y constitucional se ha planteado en diversas ocasiones la posibilidad de que una Constitución, o parte de sus preceptos, pudieran ser inconstitucionales. Así, por ejemplo, entre otros lugares y circunstancias en los que el tema se ha debatido, en la Alemania de los años 50 varios Tribunales, y algún sector doctrinal (es muy destacable el trabajo de Bachof) admitieron la posibilidad de que existieran «normas constitucionales inconstitucionales» (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*), por contradicción con un Derecho Constitucional suprapositivo que, esté o no constitucionalizado, constituiría un límite incluso para el Poder constituyente. La defensa de esta postura requiere una fundamentación de ese Derecho suprapositivo, que en ocasiones conlleva el establecimiento de jerarquizaciones internas dentro de la propia Ley Fundamental. Esa fundamentación vino sobre todo, en aquel momento, de la mano del iusnaturalismo, pero también otras teorías, como el decisionismo, podrían servir a esa finalidad.

En cualquier caso, el problema de las posibles normas constitucionales inconstitucionales, o de la inconstitucionalidad del propio texto constitucional en su conjunto, presenta numerosas caras y aristas, pues no sólo incluye la hipótesis de la posible inconstitucionalidad de preceptos de la Norma fun-

1. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 014-2003-AI/TC, de 10 de diciembre de 2003.

damental por contradicción con un supuesto Derecho suprapositivo, sino también la de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Constitución por contradicción con otros a los que se pudiera considerar de mayor rango, o la de inconstitucionalidad global del texto constitucional por carencia de legitimidad o de legalidad de origen, cuestión a la que se vincula el problema de la posible inconstitucionalidad de la reforma o la revisión constitucional, bien sea por razones procedimentales o de fondo. En cualquiera de estas vertientes, el tema en análisis implica abordar cuestiones esenciales para la teoría política, la teoría del Derecho y el Derecho Constitucional, como el propio concepto de Constitución, el de Poder constituyente y su diferencia con los poderes constituidos, el concepto y significado de la rigidez constitucional, y los conceptos de validez y legitimidad, entre otros. Y la cuestión no tiene una solución fácil, porque a veces los caminos de la política y del Derecho conducen a soluciones distintas, y también porque en ocasiones esa solución depende del sentido que se dé a determinados conceptos básicos, o de cuál sea la concepción del Derecho Constitucional de la que se parta. Es importante advertir, además, que no se trata de un ejercicio meramente teórico, pues como he apuntado varios Tribunales se enfrentaron, en Alemania, a esa cuestión, aunque no hubo en aquel momento ninguna declaración de inconstitucionalidad de un precepto constitucional.

II

Recientemente, el Tribunal Constitucional del Perú ha tenido que responder, en su sentencia de 10 de diciembre de 2003, a una acción que demandaba la inconstitucionalidad del «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993». El Tribunal, a pesar de entender que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad. Su argumentación podría sintetizarse en las siguientes premisas:

1) Efectivamente, la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen.

2) Sin embargo, no cabe realizar un control sobre la validez de la norma constitucional, pues ésta es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, que no se somete a normas previas.

3) No existiría parámetro adecuado para ser utilizado en la evaluación de la inconstitucionalidad de la Constitución.

4) Tampoco la Constitución puede ocupar el papel de objeto del control de constitucionalidad, ni el Tribunal Constitucional estaría legitimado para proceder a esa declaración.

En suma, el Tribunal afirma la carencia de legitimidad originaria del texto constitucional, pero entiende que la misma no puede afectar a su validez, ya que no es enjuiciable esta validez en relación con la Norma fundamental; y aunque pudiera plantearse esa cuestión sobre la validez, él no es órgano competente para conocer de la misma, ya que la Constitución de 1993 es precisamente el fundamento de la existencia y la fuente de la legitimidad del propio Tribunal.

En mi opinión, el Tribunal Constitucional acierta al no declarar la inconstitucionalidad del texto de 1993, si bien, desde la perspectiva procesal, las cuestiones de competencia deberían tratarse con carácter previo y en fase de admisibilidad, tal y como apunta el voto particular. Pareciera por ello que el Tribunal haya querido pronunciarse sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta las cuestiones políticas que al mismo subyacían, para no mostrarse indiferente o soslayar lo que la demanda tenía de examen del anterior sistema político del Perú. Pero para hacerlo, la sentencia ha tenido que abordar una serie de aspectos nucleares en la teoría constitucional, lo que plantea cuestiones del mayor interés. En un comentario como el presente, caracterizado por su brevedad, no es posible entrar en todas estas cuestiones con la profundidad y el rigor que requerirían, pero creo que merece la pena esbozar en unas líneas las reflexiones que al respecto suscita la aludida sentencia del Tribunal Constitucional.

III

La decisión que venimos comentando comienza con un intento de distinguir el plano político y el jurídico. Partiendo de esta distinción, la cuestión de la legitimidad se refiere a la dimensión política de la Constitución, mientras que el tema de la validez afecta a su dimensión jurídica. Entiendo que esta delimitación resulta necesaria, aun a sabiendas de que son muchos los puntos de contacto entre ambas dimensiones, así como los momentos en los que resulta inevitable pasar de una a otra, de tal manera que ninguna de ellas, considerada aisladamente, es capaz de aprehender íntegramente el concepto de Constitución. Particularmente, trataré de exponer más adelante por qué creo que una perspectiva meramente jurídico-formal no puede prescindir por completo de elementos metajurídicos (políticos y axiológicos) a la hora de explicar la Constitución y establecer el fundamento de su validez y de su mismo carácter normativo.

En cualquier caso, partiendo de la distinción aludida, el Tribunal señala que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen o «por procedimiento». Dejando a un lado las definiciones doctrinales utilizadas en la sen-

tencia, los motivos de esa ilegitimidad radican, en el caso concreto, en que la norma es consecuencia de un golpe de Estado y el resultado del referéndum en el que fue aprobada es bastante cuestionable. En suma, esta carencia de legitimidad de origen se debe, en la idea del Tribunal, a que no puede afirmarse que fuera aprobada siguiendo un procedimiento realmente democrático. La sentencia se cuida de no valorar ese procedimiento a la luz de las reglas de reformas previstas en el anterior texto constitucional de 1979, sino desde criterios de legitimidad, según los cuales su aprobación debería haber seguido un procedimiento acorde con los valores propios de los gobernados en ese concreto momento, en definitiva, como q ueda dicho, acorde con los valores democráticos.

Sin embargo, la sentencia viene a afirmar en otro momento la legitimidad del texto constitucional por su contenido, ya que éste sí es acorde con los valores propios del constitucionalismo y, en particular, de acuerdo con el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, reconoce y garantiza los derechos del hombre y la separación de poderes. Me parece que este aspecto es esencial y está plenamente presente a la hora de fundamentar la decisión finalmente adoptada por el Tribunal, ya que la existencia de estos valores en su contenido le permite ser reconocida dentro de la categoría o concepto de «Constitución».

Ahora bien, cabe reiterar que, según el razonamiento de la sentencia, la cuestión de la legitimidad, que es política, no debe confundirse con la de la validez, que es jurídica. De ahí que la ausencia de legitimidad de origen no implique la invalidez o nulidad del texto constitucional. La sentencia repasa diversos conceptos de validez para señalar que la Constitución no puede ser objeto de control de validez de acuerdo con ninguno de ellos. En síntesis, la argumentación del Tribunal es la siguiente: 1) entendida la validez como vigor o aplicación de la norma, la misma pudo cuestionarse en la etapa de Fujimori (1993-2000), pero no a partir del año 2000, momento en el que se vuelven a aplicar los principios de separación de poderes y reconocimiento de los derechos; 2) entendida la validez como obligatoriedad, en el sentido kelseniano, encontramos que el recurso a la «norma hipotética fundamental» como fundamento de la validez, encubre en realidad una cuestión de legitimidad que trasciende al ámbito jurídico; 3) si se sigue un concepto de validez como respeto a las normas de procedimiento y competencia (validez formal) o materiales (validez material), resulta que la Constitución no puede ser sometida a control de validez, dado que no existe norma alguna superior que establezca esos criterios a los que deba someterse; su fundamento radica en ser obra del Poder Constituyente, y éste es por definición ilimitado y no está sometido al Derecho.

Si bien esta argumentación sobre la validez deja alguna cuestión abierta [2], interesa destacar que la conclusión de la misma es que la validez de la Constitución es inobjetable, porque el fundamento de esa validez es precisamente el haber sido creada por el Poder constituyente[3]. Por ello la validez de la Constitución no puede ser cuestionada utilizando ninguna otra norma, anterior o superior, como parámetro formal o material. Y esta conclusión es tanto como reconocer que el Derecho no es capaz de resolver la cuestión esencial del fundamento de todo el Ordenamiento jurídico, pues una vez llegados a la cúspide del mismo, que es donde radica la validez de todas las demás normas, nos encontramos con que ese fundamento que sostiene jurídicamente a todo el ordenamiento, se asienta desde la propia perspectiva jurídica en la nada más absoluta. Porque, en efecto, la idea de Kelsen de fundamentar la Constitución, y en suma todo el ordenamiento, en la norma hipotética fundamental, no es sino un intento de soslayar los problemas de poder y de legitimidad que están presentes en la base de todo Ordenamiento, pero a los que paradójicamente el Derecho no puede dar respuestas estrictamente jurídicas.

En suma, la sentencia que comentamos parte de separar los aspectos políticos y los jurídicos, señalando: 1) que la Constitución es válida (dimensión jurídica) si es obra del Poder Constituyente; 2) que la Constitución es legítima en origen (dimensión política) si ese Poder constituyente ha sido ejercido por el pueblo. Con lo cual el Derecho no tendría criterios para valorar la Constitución, y todo conduce al poder.

2. Por ejemplo, si la validez se concibe como vigor o aplicación efectiva, ¿realmente puede entenderse que la norma constitucional no fue válida durante el régimen de Fujimori, pero «recobra» o alcanza validez tras éste, en el momento de ser efectivamente aplicada?

3. En el fundamento 17, la sentencia justifica la validez de la Constitución porque «es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el pueblo». Sin embargo, me parece que el inciso sobre la titularidad del pueblo se enmarca dentro de unas reflexiones de teoría general de la Constitución, y no debe considerarse aplicable, en el razonamiento del Tribunal, a la Constitución peruana de 1993, pues la propia sentencia se encarga de subrayar que esta carece de legitimidad de origen, tanto por el procedimiento seguido en su elaboración, como por las deficiencias del referéndum que conllevó su aprobación popular. La pregunta esencial sería, entonces: ¿la validez de la Constitución no es cuestionable jurídicamente porque es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, o porque es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente por el pueblo? Parece que en el razonamiento global del Tribunal la cuestión de la titularidad del poder constituyente por el pueblo, afecta a la legitimidad y no a la validez, sin que quepa extraer consecuencias jurídicas de la misma. Pero el citado inciso del fundamento 17 resultaría incoherente con esa conclusión.

Aplicando estas ideas a la Constitución peruana, tendríamos: 1) que la Constitución peruana de 1993 carece de legitimidad de origen, pero esto es una cuestión política que el Derecho no puede resolver; 2) que la cuestión sobre la validez de la propia Constitución (que se supone es la propiamente jurídica) no puede ser enjuiciada, porque la validez de esta norma obedece a la mera circunstancia de ser obra del Poder constituyente, que no está sometido a límites jurídicos.

De esta forma, el Derecho vuelve a encontrarse con el Poder, haciendo en parte inútil o imposible esa separación que, sin embargo, resultaba necesaria como punto de partida. Por ello creo que el razonamiento expuesto plantea alguna duda, porque mantiene tajantemente esa separación entre legitimidad y Derecho. Y si, como parece, el Derecho se ve obligado a acudir finalmente al Poder para justificar su propia validez, quizá haya que pensar que los requisitos de legitimidad de ese Poder no debieran ser del todo irrelevantes para el Derecho.

IV

Llegados a la cuestión del Poder, parece conveniente reconsiderar el problema en análisis a la luz de la teoría del Poder constituyente, y de la separación de éste y los poderes constituidos, en particular si consideramos que el Poder de revisión no se sitúa exactamente al mismo nivel que el Poder constituyente.

En efecto, la teoría política y la teoría constitucional configuran al Poder constituyente como un poder originario, supremo, absoluto y no sometido a reglas (aunque es sabido que desde algunos puntos de vista se ha tratado de señalar límites últimos, materiales o procedimentales, a ese poder, pero que en todo caso no derivarían de norma jurídico-positiva alguna). Desde esta perspectiva, el Poder constituyente se diferencia de todos los demás, que pueden considerarse «constituidos» y que se someten a las reglas procedimentales y materiales que establece la propia Constitución. Entre estos poderes constituidos ocupa una posición especial el poder de reforma o de revisión constitucional, que se puede considerar «poder constituyente constituido», ya que, en efecto, posee esta doble condición: a) es Poder constituyente, porque puede modificar la norma fundamental y, en su caso[4], dotar al Estado de

4. Dejo de lado ahora el supuesto de «cláusulas de intangibilidad» que prohíben la reforma de ciertos preceptos o principios recogidos en la Constitución, y sobre cuyo sentido, validez y eficacia jurídica ha existido un amplio y complejo debate, aún no cerrado.

una nueva Constitución mediante la revisión total de la anterior; b) es Poder constituido, porque para esa modificación o revisión constitucional debe someterse a las reglas procedimentales (o incluso, en su caso, materiales, según algunas opiniones[5]) establecidas en la propia Constitución. Por ello, respecto a la Constitución, el poder de revisión se encuentra en la paradójica doble situación de supraordenación (porque la puede modificar, incluso en su integridad) y subordinación (porque para ello debe someterse a las reglas previstas en la propia Norma Fundamental).

La sentencia que comentamos da por supuesto que la Constitución de 1993 es obra de un Poder constituyente originario, y no de un Poder de revisión del texto constitucional de 1979. Sin embargo, ello resulta dudoso. El hecho de que ese poder no se sometiese a las reglas procedimentales del texto de 1979 no resuelve la cuestión, pues la pregunta es si debió haberse sometido. Y la respuesta a esta cuestión será diferente según sea la perspectiva de análisis apuntada.

Lo que nos lleva a la cuestión de cómo distinguir lo que podríamos denominar una «Constitución nueva», sin vínculo alguno con la anterior, de una revisión total del texto constitucional previo. Desde el punto de vista de su contenido, en nada se diferencian, pues nos encontramos con un texto globalmente distinto y que sustituye por completo al anterior. La teoría política señalará que una «Constitución nueva» es obra del Poder constituyente originario, mientras que la revisión total de una Constitución es realizada por el Poder constituyente constituido o derivado. Pero ¿resulta indiferente al Derecho y a la Teoría Constitucional, que se produzca uno u otro supuesto? Desde una perspectiva más atenta a la lógica y al Derecho, el Poder constituyente originario sólo debería actuar en el caso de ausencia de Constitución previa, como la creación o independencia de nuevos Estados, porque a partir de ahí, la sucesión de textos constitucionales debería producirse con arreglo a las prescripciones establecidas en el texto constitucional inmediatamente anterior. De no ser así, las normas que regulan la reforma de un texto constitucional, y en definitiva la rigidez de éste, serían «papel mojado», al no resultar vinculantes para los poderes futuros con tal que éstos invocasen su actuación como auténtico Poder constituyente originario. De esta forma, el

5. Para los defensores de la eficacia de las «cláusulas de intangibilidad», éstas constituirían un límite a cualquier reforma posible de la Constitución. Pero incluso, mas allá de los supuestos de esas cláusulas expresas, hay quien ha defendido, en diversos sistemas constitucionales, la existencia de ciertos «límites materiales implícitos» a la reforma, constituidos por ciertos valores que deberían considerarse lógicamente irreformables.

«disfraz» de Poder constituyente permitiría obviar las reglas de reforma establecidas en la propia Constitución. Y no creo que el Derecho Constitucional deba considerar irrelevante si se cumplen o no las normas relativas a la reforma.

Sin embargo, la realidad política pone de manifiesto con reiteración que esa sucesión de Constituciones sin ruptura ni solución de continuidad no es precisamente el supuesto más frecuente, siendo difícil encontrar un Estado en el que cada nueva Constitución se haya aprobado siguiendo las reglas de la anterior, sin producirse salto o corte alguno desde la primera. Y lo cierto es que cuando ese nuevo Poder constituyente, que no se ha sometido a las reglas del texto constitucional anterior, consigue imponer su nueva Constitución, todos la consideran vigente y jurídicamente válida, pasando a ser aplicada efectivamente sin importar esa ruptura con el sistema constitucional previo. La sentencia de 10 de diciembre de 2003, que venimos comentando, destaca los numerosos ejemplos en la Historia constitucional peruana en los que un texto constitucional es aprobado por un Poder y siguiendo un procedimiento no previstos en la Constitución anterior.

A la misma conclusión cabría llegar analizando el constitucionalismo español. De hecho, el texto constitucional de 1978 es quizá el primero que claramente se aprueba de acuerdo con las reglas procedimentales anteriores, previstas en la Ley para la Reforma Política de 1977, que a su vez fue aprobada de acuerdo con lo establecido en las Leyes fundamentales franquistas. Pero éstas supusieron una evidente ruptura con el régimen anterior, y en particular con la anterior Constitución republicana de 1931[6]. ¿Significa esto que el fundamento de la validez de la Constitución de 1978 está en las leyes franquistas, que fueron establecidas por un «poder constituyente» o democrático? ¿Es el fundamento último de la Constitución actualmente vigente en España el alzamiento de algunos militares contra la República?

Como vemos, si bien en línea de principio, desde la perspectiva jurídica las reglas de reforma constitucional deben ser respetadas, las consecuencias de una ruptura con esas reglas anteriores se explican políticamente por la actuación de un nuevo Poder constituyente. En la práctica, cuando un poder intenta establecer una nueva Constitución rompiendo con el régimen anterior y sin someterse a las reglas del texto constitucional vigente, la valoración de

6. Por lo demás, el régimen republicano que aprobó esa Constitución de 1931 fue implantado tras unas elecciones municipales de resultados no del todo ciertos, lo que no era precisamente el procedimiento previsto de acuerdo con el régimen constitucional anterior…

ese poder y su actuación suele depender de si lo consigue o no. Si efectivamente consigue imponer la nueva Constitución, la justificación de la ruptura se buscará en la teoría del Poder constituyente como poder ilimitado; si no lo consigue, o si posteriormente a la aprobación de la nueva Constitución se vuelve al régimen constitucional anterior, tenderá a considerarse que el poder que rompió con el sistema anterior era ilegítimo, y la Constitución por él aprobada, inválida.

De esta forma, la teoría del Poder constituyente se utiliza muchas veces para dar una respuesta en clave de teoría política a un problema que jurídicamente parece casi imposible de resolver. Es significativo que el propio Kelsen acudiese a la Norma hipotética fundamental para justificar la validez de la Constitución, rechazando fundamentar esa validez en la Constitución anterior, y así sucesivamente, porque esto conduciría a una larga cadena, al final de la cual encontraríamos la misma pregunta: ¿cuál es el fundamento de la validez de la primera Constitución?

Estamos, por tanto, ante un complejo problema. Porque repugna al Derecho el incumplimiento o la falta de garantía de una norma jurídica, como son las prescripciones sobre la reforma constitucional; pero buscar la validez de una Constitución en el hecho de haber respetado el procedimiento de reforma de la anterior conduce en ocasiones a un callejón sin salida. Por ello se acude a la teoría del Poder constituyente, y a sus diferencias con el poder de revisión, para poder justificar siempre una nueva Constitución. Pero esa justificación no termina de ser suficiente desde la perspectiva jurídica, porque también repugna al Derecho aceptar que toda Constitución es válida, siempre que el Poder que la ha elaborado consiga finalmente imponerla a la sociedad.

V

Las anteriores reflexiones vuelven a poner sobre la mesa el problema de la legitimidad, y en qué medida el Derecho debe considerarlo. Y, desde el punto de vista constitucional, ponen de relieve la insuficiencia de los criterios estrictamente jurídico-formales, y del propio concepto jurídico-formal de Constitución.

No es ésta la ocasión idónea para entrar en profundidad en cuál sea el concepto adecuado de Constitución. Pero sí podemos apuntar que un concepto estrictamente jurídico-formal, con el que suelen trabajar los Tribunales Constitucionales, plantea algunas deficiencias y dificultades. En efecto, ese concepto comienza por prescindir de la cuestión de la legitimidad, y termina prescindiendo también del problema de la validez de la Constitución, bien sea

aceptando la validez de toda Constitución por ser obra del Poder constituyente, bien acudiendo a fundamentaciones en normas hipotéticas que en definitiva obligan a obedecer lo que diga la Constitución.

Desde luego, es enormemente difícil acudir a criterios de legitimidad, procedimentales o materiales, que pueden pretender aceptación general y consecuencias jurídicas concretas. Baste apuntar que la sentencia que comentamos parece vislumbrar dos: 1) para la legitimidad de origen, el principio democrático; 2) para el contenido de la Constitución, los principios de separación de poderes y reconocimiento y garantía de los derechos, siguiendo en ese aspecto el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En mi opinión, el principio democrático debería también considerarse, junto a los dos mencionados, a la hora de establecer esa especie de «legitimidad por el contenido», aunque el mismo podría encontrarse implícito en un entendimiento de los otros dos acorde con un Estado social y democrático de Derecho.

Pero ahora me interesa destacar las conclusiones que extrae la sentencia comentada de estas «fuentes de legimitidad». En primer lugar, respecto al origen democrático como «legitimidad por el procedimiento», el Tribunal entiende que esa legitimidad no existe en la Constitución peruana de 1993, pero esa ausencia no tiene consecuencias en el plano jurídico. En segundo lugar, por lo que se refiere a los contenidos mencionados, la sentencia encuentra que los mismos, que deben considerarse elementos esenciales para poder hablar de Constitución, sí aparecen en el texto de 1993. La cuestión, aunque hipotética a la vista de la sentencia, es, ¿qué habría dicho el Tribunal de no existir esos principios en la Constitución de 1993? En lógica con lo dicho, debería haber considerado que ese texto no es una Constitución, pero ¿qué consecuencias jurídicas habría extraído? ¿habría en tal caso declarado inválido el texto de 1993? Y si, caso de que el texto no reconociese la separación de poderes y los derechos debiera ser declarado nulo por falta de «legitimidad de contenido», ¿por qué no ha de ser declarado inválido por falta de legimitidad de origen?

Creo que sólo cabe entender que, o bien en ninguno de los casos la cuestión de la legitimidad debe tener consecuencias jurídicas, o bien que esas consecuencias deben existir en ambos. Pero entonces, la única justificación para no declarar inválido el texto (más allá del problema de la competencia, que me parece insoslayable y al que me referiré de inmediato) sería entender que esa falta de legitimidad democrática de origen ha sido subsanada tras la caída de Fujimori, mediante la aceptación del texto constitucional por los órganos de representación popular democráticamente constituidos. Creo que esta circunstancia es enormemente relevante; el problema es que dicha acep-

tación popular posterior, que podría actuar al modo de una cierta «convalidación» no se ha producido expresamente (como hubiera sido el caso con un nuevo referéndum celebrado con plenas garantías democráticas, por ejemplo), y sólo cabría entenderla, en su caso, en un sentido tácito o implícito. En esta línea se comprenden las exhortaciones institucionales de los últimos fundamentos de la sentencia.

En cualquier caso, si bien es acertado distinguir los problemas de validez y los de legitimidad, queda por responder la cuestión de en qué medida los temas de legitimidad deben tener relevancia o consecuencias jurídicas. Y creo que estas cuestiones de legitimidad, aun cuando pueda entenderse que no determinan la validez, no pueden ser por completo obviadas por el Derecho. Si en último término la validez de las diversas normas del Ordenamiento radica en la Constitución, y la de ésta en ser obra del Poder Constituyente, ya hemos precisado acudir al Poder para fundamentar la validez del Derecho. Y si ello es así, ¿puede ser indiferente al Derecho la cuestión de la legitimidad del poder? ¿ha de considerarse jurídicamente irrelevante que el titular del Poder constituyente sea el pueblo o un sujeto de carácter no democrático?

En términos constitucionales, la cuestión en examen nos conduce al problema de las implicaciones o consecuencias jurídicas de un concepto material-garantista de Constitución, que hace elementos esenciales de la misma a la separación de poderes y los derechos humanos. En la línea apuntada, creo que un concepto de Constitución estrictamente jurídico-formal no resulta suficiente, pues ignora los aspectos relativos a la legitimidad de origen y por el contenido. Desde la perspectiva jurídico-constitucional, un texto que carece de esa legitimidad de origen, o que por su contenido resulte contrario a los parámetros de legitimidad apuntados, no debería considerarse propiamente como «Constitución», aunque actuase efectivamente como la Norma Suprema de un Estado. La cuestión de si esa Norma Suprema o Ley fundamental es válida dependerá naturalmente del concepto de validez utilizado, pero entiendo que la ausencia de legitimidad no debe ser irrelevante para el Derecho: tal norma puede estar en vigor y resultar obligatoria, pero no parece que deba admitirse como jurídicamente legítima.

VI

Con independencia de lo anterior, queda por analizar la cuestión de la competencia del Tribunal Constitucional. Porque hubiera o no motivos para cuestionar la validez de la Constitución de 1993, lo primero es saber si el Tribunal al que se dirige la demanda tiene competencia para conocer de ella. Y, como antes apuntaba, esta cuestión es procesalmente previa a todas las

demás, con lo que debería haber conducido a la inadmisión sin entrar en el fondo del asunto. Pero seguramante el Tribunal quiso dejarla para el final, pues eso le permitía entrar en dicho fondo, condenar públicamente el origen del texto constitucional, salvando su contenido, y hacer las exhortaciones institucionales que se contienen al final de la fundamentación de la sentencia.

Más allá del orden en que se plantee esta cuestión de la competencia, parece claro que la respuesta a la misma es negativa, por los mismos motivos que señala acertadamente la sentencia en análisis. En primer lugar, el propio Tribunal actual tiene como fundamento y fuente de legitimidad a la propia Constitución de 1993 y no a la de 1979, con lo que no es posible que el mismo juzgue la validez del texto constitucional que le permite existir. Una declaración de nulidad de la Constitución arrastraría al propio Tribunal, y con él el procedimiento y la sentencia que declara la propia nulidad. Si la declaración de nulidad de una norma es también nula, esa norma deja de ser nula. Una paradoja irresoluble.

En segundo lugar, de acuerdo con el sistema constitucional de 1993 la Constitución no puede ser objeto de declaración de inconstitucionalidad; y faltaría también el parámetro para la declaración, ya que el Tribunal que encuentra por fundamento la Constitución de 1993 no puede utilizar como parámetro la anterior (que no contemplaba a éste Tribunal, y además ya no está vigente); y la Constitución de 1993 no puede ser parámetro de su propia validez.

Por lo demás, la Constitución de 1993 sólo prevé como objeto del control de constitucionalidad las normas con rango de ley. Pero esta última previsión pone de manifiesto una carencia significativa, que afecta no sólo a la Constitución del Perú, ya que es común a muchos otros textos constitucionales. En efecto, la Constitución prevé un procedimiento específico de reforma, pero no establece garantía alguna frente al incumplimiento del mismo, ya que no encomienda al garante principal de la Norma fundamental (ni a ningún otro órgano) el control procedimental de la reforma constitucional. Ello pone de manifiesto la imposibilidad de garantizar jurídicamente el cumplimiento de ese procedimiento, lo que conlleva la dificultad para declarar la invalidez de una futura reforma constitucional (o de una futura nueva Constitución) que se aprobase sin seguir las reglas de reforma actualmente vigentes. Y es que, a las dificultades ya apuntadas para controlar jurídicamente al poder de revisión constitucional, debe unirse la falta de competencia de órgano alguno para conocer de esa revisión, por falta de previsión constitucional al respecto. Carencia que debería subsanarse en todos aquellos sistemas en los que se produce, pues lo contrario supone convertir la rigidez constitucional en un principio meramente teórico, sin garantía jurídica.

En suma, la sentencia analizada plantea varias cuestiones nucleares para la teoría constitucional, acertando a mi juicio en la decisión del caso, aunque dejando abiertas varias cuestiones trascendentales, como las relativas a la relación entre validez y legitimidad, entre teoría política y Derecho, o las implicaciones jurídicas de la teoría del Poder constituyente.

Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró improcedente la demanda contra la Constitución de 1993

Enrique Bernales Ballesteros*
Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas

I. ANTECEDENTES

La Constitución de 1993 se origina en un golpe de Estado y fue creada con el objetivo central de institucionalizar el proceso autoritario en marcha. Es un texto espurio, que por su origen no debe mantenerse en su integridad. Si bien hay aspectos positivos, también existen zonas de penumbra: desequilibrios en las competencias de los órganos del Estado, deficiente tratamiento del Derecho de los Tratados, excesos en el régimen económico y deficiencias en las formas en que se relacionan los poderes del Estado[1].

Por eso, desde que se constituyó en noviembre del 2000, el Gobierno Transitorio de Valentín Paniagua tuvo entre sus principales objetivos sentar las bases para la reforma constitucional, por lo que se creó la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional[2], a fin de proponer las normas constitucionales que podrían ser reformadas y el procedimiento para llevar a cabo estos cambios.

Finalizado su trabajo, la Comisión propuso tres alternativas para la reforma constitucional:

---

* Con la colaboración de Cecilia Beltrán Varillas, adjunto de docencia en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y asistente de investigación de la Comisión Andina de Juristas.

1. Ver: Bernales Ballesteros, Enrique (con la Colaboración de Raúl Mendoza Cánepa). Para que la Constitución Viva. Lima: Editorial San Marcos, 2004. p. 93-99.
2. Esta comisión se creó mediante Decreto Supremo Nº 018-2001-JUS del 26 de mayo del 2001. Estuvo constituida por especialistas y expertos de reconocida trayectoria profesional y académica.

i) Que el Congreso de la República, de ser posible en el mes de agosto de 2001, declare la nulidad de la Constitución de 1993 y la vigencia de la Carta de 1979.

ii) Utilizar los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total, que sea aprobada en dos sucesivas legislaturas ordinarias o en una, y que tenga su ulterior ratificación en un referéndum.

iii) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si se aprueba una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

El Congreso, que había recibido estas propuestas, decidió que se procediera a la reforma total de la Constitución de 1993, para lo cual se aprobó la Ley 27600[3], que establece en su artículo 2 que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de 1979; el texto aprobado sería sometido a referéndum.

Los cuestionamientos a este proceso no se hicieron esperar, tal es así que el Colegio de Abogados del Cusco presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 27600. A juicio de los demandantes, el Congreso se estaba arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de reforma total, pretendía estatuirse una nueva Constitución. Asimismo, señalaron que la actual Carta Política no había conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado.

En su sentencia, el Tribunal consideró que con la aprobación de la Ley 27600 el Congreso recogía el clamor de la población por desvincularse de la Constitución de 1993 debido a su origen espurio y trataba de iniciar el proceso de apartamiento de la actual Carta Política, por lo que esta norma incluye el término «reforma total» de la Constitución de 1993. En consecuencia declaró infundada la demanda[4].

Después de esta sentencia, el Congreso continuó el debate en el pleno sobre la reforma constitucional hasta el 23 de abril del 2003, fecha en la cual

3. Esta norma fue publicada en el diario oficial «El Peruano» el 16 de diciembre del 2001.
4. Sentencia del expediente 014-2002-AI/TC, publicada el 25 de enero de 2003.

se presentó una cuestión previa por el congresista Hildebranto Tapia en el sentido de suspender el debate constitucional hasta el 5 de mayo del 2003, la que finalmente fue aprobada[5].

Es en ese contexto que más de cinco mil ciudadanos presentaron un demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993, que los demandantes denominan «documento de 1993», sustentándose en los siguientes argumentos:

- La Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, pues fue elaborada por el denominado Congreso Constituyente Democrático, elegido en un proceso sin transparencia, y manipulado por el gobierno de facto, con el objeto de lograr la legitimación del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y revestirse de legalidad; y además, porque fue ratificado en un referéndum de dudoso resultado.

- La Constitución de 1993, además de carecer de legitimidad de origen, no fue legitimada en su ejercicio, ya que no tuvo vigencia real, ni tenía voluntad de Constitución, ni sirvió para distribuir el poder o limitar su ejercicio, y tampoco garantizó el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre esta demanda, analizó la legitimidad y validez de la Constitución de 1993, para concluir que no existe un parámetro de control de su constitucionalidad, y que tampoco es una norma susceptible de control constitucional[6]. A pesar de declarar improcedente la demanda contra la Constitución de 1993 consideramos importante referirnos a algunos aspectos de esta sentencia.

II. ASPECTOS PROCESALES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La Constitución como objeto de control constitucional

De acuerdo al artículo 200 inciso 4 de la Constitución, la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. Sobre este tema se puede revisar: Ojo ciudadano en el Congreso. Lima: Consorcio Sociedad Democrática, 2003. Nº 2, p. 64-66.

6. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, publicada el 19 de diciembre del 2003.

Sobre este tema, cabe preguntarnos si estas normas son las únicas que pueden ser cuestionadas en un proceso de inconstitucionalidad, y si no es así, es decir si sólo es una lista enunciativa, realizarnos otra pregunta: sí se puede cuestionar la Constitución a través de un proceso de inconstitucionalidad.

Respecto al primer punto, el Tribunal ha señalado que las normas comprendidas en el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución «sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad»[7]. En razón de ello, el Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de normas que no se encuentran expresamente señalados en este artículo constitucional, como los decretos leyes y las leyes de reforma constitucional.

- En relación a los Decretos Leyes, el Tribunal ha señalado que estos constituyen «un fenómeno *sui géneris,* ya que son producto de la violación de las normas sobre producción jurídica señalada en la Constitución; y mantienen relación con la vida jurídica sólo por (la teoría de la continuidad)», asimismo, «deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras normas del mismo valor y rango; y por ende, sujetos al control de la constitucionalidad»[8]. En ese sentido, el Tribunal es competente para conocer demandas de inconstitucionalidad contra decretos leyes, en su condición de órgano de control constitucional.

- En relación a las leyes de reforma constitucional, el Tribunal ha señalado que «si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado»[9]. Esta interpretación permite que el Tribunal pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 27600, que determina el proceso a seguir para la reforma de la Constitución de 1993.

Si bien el Tribunal ha interpretado que puede conocer demandas de inconstitucionalidad contra normas no previstas en el artículo 200 inciso 4 de

7. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero del 2003, fundamento 21.
8. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 19.
9. Sentencia del expediente 014-2002-AI/TC, fundamento 35.

la Constitución, por ser ésta una lista enunciativa, es preciso analizar si puede conocer una demanda contra el propio texto constitucional. Al parecer, desde el momento en que se declara admisible la demanda presentada por más de cinco mil ciudadanos, el Tribunal se considera competente para conocer este caso.

El Tribunal se encarga de resolver esta pregunta cuando cuestiona que la demanda se presente contra el «documento de 1993», término que pretende desconocer el carácter normativo del texto constitucional. El Tribunal aclara que «los documentos por muy generales que puedan ser sus disposiciones, y el grado de aceptación o no que puedan tener, no son susceptibles de ser impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad. Mediante este proceso sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, esto es, fuentes formales del derecho»[10]. En consecuencia, si se trata de un documento la demanda no prosperaría.

Es por ello que los demandantes, durante la audiencia pública de este proceso, alegaron que se trataba de un documento con fuerza de ley con el objeto que el Tribunal pueda pronunciarse sobre su constitucionalidad. El Tribunal, sin embargo, advierte que de aceptarse este argumento, es decir, considerar a la Constitución de 1993 como una norma objeto de control constitucional, se producirían las siguientes paradojas:

> «- Declarar la inconstitucionalidad del texto que crea y establece las pautas fundamentales para la estructura, organización y funcionamiento del Estado peruano.
> - Declarar la inconstitucionalidad del texto que regula el proceso de inconstitucionalidad.
> - Evaluar la constitucionalidad del denominado «documento» a partir de un parámetro o criterio no objetivable.
> - Según sea el caso: a) que el objeto de control, es decir, el «documento de 1993» y el parámetro de ese control, terminen identificándose; b) que el Tribunal Constitucional juzgue la validez del «documento de 1993» conforme a la Constitución de 1979, que no sólo no está vigente, sino que incluso no preveía a este Tribunal Constitucional de la manera en que actualmente se encuentra establecido y operando»[11].

Por lo mencionado líneas arriba el Tribunal declaró improcedente la demanda, sin embargo, en un voto singular de la sentencia existe un pronuncia-

10. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 25.
11. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 26.

miento a favor de la nulidad de todo lo actuado, incluyendo el auto admisorio y que se disponga el archivamiento de la causa. Se trata de la opinión del Magistrado Aguirre Roca, en el cual señala que el artículo 200 inciso 4 de la Constitución sólo permite el trámite «vía acción de inconstitucionalidad, de las demandas que impugnen normas *que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo*; y siendo evidente que la misma Constitución de 1993 no es una norma que se contravenga a sí misma, ni en la forma ni en el fondo, es obvio que ella no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad ante un Tribunal nacida de ella y reglamentado ilimitado por ella misma, como lo es éste».

De lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que no era posible jurídicamente presentar una demanda de inconstitucionalidad contra el texto de la Constitución de 1993, pues no es una norma que pueda ser objeto de control constitucional, y porque no existe un parámetro para evaluar su constitucionalidad.

Sin embargo, este caso nos demuestra las dificultades de aplicar mecanismos para cuestionar jurídicamente una Constitución que carece de legitimidad de origen, pues «el proceso para elegir a los miembros del denominado Congreso Constituyente Democrático, los debates en su seno y hasta el propio referéndum, carecieron de las libertades y garantías mínimas para dotar de legitimidad de origen a la Constitución de 1993»[12]. En tal sentido, si bien no se puede cuestionar jurídicamente el texto constitucional aprobado se podría pensar en la posibilidad de establecer mecanismos de control de constitucionalidad del proceso de reforma constitucional. Sin embargo, en el caso peruano, como menciona HUERTA «si se llevase a cabo un procedimiento de reforma constitucional sin respetarse el procedimiento previsto en el artículo 206° de la Constitución, no habría posibilidad de cuestionar el referido proyecto»[13].

En el derecho comparado, como en las constituciones de Bolivia[14], Chile[15] y Colombia[16], se admite la posibilidad que los Tribunales Constitucionales

12. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 8.
13. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. El Tribunal Constitucional del Perú (apuntes para una reforma de sus competencias), página 212. En: Las Tareas de la Transición Democrática. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2001. p. 185 - 216.
14. Según el artículo 120 inciso 10 de la Constitución de Bolivia, corresponde al Tribunal Constitucional conocer y resolver «las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución».
15. Según el artículo 82 inciso 2 de la Constitución de Chile, corresponde al Tribunal Constitucional resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional.
16. Según el artículo 241 inciso 1 de la Constitución de Colombia, corresponde a la Corte Constitucional «decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan

puedan revisar previamente, al menos por el procedimiento, los proyectos de reforma constitucional.

Esta alternativa que nos ofrece el derecho comparado puede ser una garantía para que se pueda revisar el procedimiento de reforma constitucional cuando no se cumplan con los requisitos formales previstos en el ordenamiento jurídico, aunque ello implicaría que se establezca excepcionalmente para estos casos el control previo de constitucionalidad, que a juicio del Tribunal *no tiene cabida en nuestro medio*[17], salvo que se establezca una reforma constitucional parcial sobre este tema.

2. Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional

Uno de los petitorios de la demanda contra la Constitución de 1993 consistía en declarar su nulidad con la finalidad que se ordene la vigencia de la Constitución de 1979. Esto nos lleva al tema de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad.

Es por ello que nos permitimos recordar dos aspectos sobre los efectos de las sentencias que declaran inconstitucional una norma: a) los efectos a futuro de la sentencias de inconstitucionalidad, y b) sus implicancias respecto a las normas que hubiera derogado la norma declarada inconstitucional.

La Constitución de 1993 señala en su artículo 204 que «no tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal». Asimismo, el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que estas sentencias producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

En consecuencia, las sentencias del Tribunal no tienen efectos retroactivos sino hacia el futuro (ex nunc). Sin embargo, LANDA nos recuerda que se puede plantear excepcionalmente la retroactividad de las sentencias del Tribunal[18]. Así, el artículo 103 de la Constitución establece la retroactividad benigna en materia penal, en consecuencia se podría plantear que si la sentencia del Tribunal resulta ser más favorable al reo ésta se podría aplicar retroactivamente.

---

los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación».

17. Sentencia del expediente 0021-2003-AI/TC, publicada el 26 de junio del 2004, fundamento 4.

18. LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra, 2003, Segunda edición, p. 174- 176.

De otro lado, el Tribunal también podría declarar que su sentencia tiene efectos retroactivos en el supuesto de que sea declarada inconstitucional una norma que afecte los derechos de los trabajadores considerados irrenunciables.

Asimismo, se puede señalar que en materia tributaria los efectos de las sentencias del Tribunal tienen efectos retroactivos. Según el último párrafo del artículo 74 de la Constitución «no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación del principio de reserva de ley, de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona». En consecuencia, si el Tribunal declara inconstitucional una norma tributaria por afectar los principios mencionados, sus efectos tendrían que ser retroactivos. Esto asimismo se establece en el primer párrafo del artículo 40 de la ley orgánica del Tribunal, según el cual «las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución».

A pesar de las excepciones que se puedan establecer a los efectos de las sentencias que declaran inconstitucional una norma, ello no puede implicar, en el caso hipotético que se hubiese declarado inconstitucional la Carta de 1993, que la Constitución de 1979 recobre vigencia, pues además hay que tener en cuenta que el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que «por la declaración de inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado».

De otro lado, hay que señalar que si bien el Tribunal ha aceptado que se pueda aplicar ultraactivamente el artículo 307 de la constitución de 1979, de ello no se puede desprender la vigencia de todo el anterior texto constitucional. El Tribunal ha señalado que no puede confundirse «la aplicación ultraactiva de una determinada disposición constitucional, que es una cuestión que tiene que ver con su aplicabilidad, con el reconocimiento de la vigencia de la Constitución de 1979 (...)[19]».

Incluso esto último es debatible, pues si bien la Constitución de 1979 establecía en su artículo 307 que no perdía su vigencia por actos que contravengan a este texto, debemos considerar que con el referéndum realizado el 31 de octubre de 1993 se aprobó una nueva constitución que establece los principios y derechos aplicables a todas las personas, y cuyas normas son de

19. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 19.

cumplimiento obligatorio hacia todos los órganos del Estado. Debemos entender que fue este referéndum el que otorgó legitimidad a la Constitución de 1993, al ser la expresión del poder constituyente. A pesar de que se pueda cuestionar dicho proceso la respuesta mayoritaria fue a favor de su aprobación[20].

Asimismo, el artículo 103 de la Constitución de 1993 establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo. En consecuencia, en la Constitución que nos rige, el principio de irretroactividad es el que debe ser aplicable, salvo excepciones previstas en la Primera Disposición Final y Transitoria, que reconoce la teoría de los derechos adquiridos en materia de pensiones.

En ese sentido, concordamos con WIELAND cuando señala que «la Constitución de 1993, actualmente en vigor, no fue el producto de una revisión ni total ni parcial de la Constitución de 1979 sino, más bien, de un proceso constituyente caracterizado por tres momentos: la elección del Congreso Constituyente Democrático, la redacción y aprobación del proyecto de Constitución en el seno de dicho Congreso, y la ratificación final por el pueblo mediante referéndum. Por consiguiente, no existe vínculo formal alguno entre ambas normas fundamentales y *el artículo 307º de la Carta de 1979 carece de valor jurídico para fundamentar la supuesta «inconstitucionalidad» de la Constitución actual*»[21]. –subrayado nuestro-

Finalmente, la Decimosexta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 aclara la duda sobre la vigencia de la Constitución anterior al señalar que «promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979».

III. EXHORTACIONES INSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la sentencia sobre la Constitución de 1993, el Tribunal se pronuncia sobre aspectos que constituyen una interesante posición institucional respecto a determinados temas.

20. Los resultados del referéndum sobre la aprobación de la Constitución de 1993, según cifras oficiales del Jurado Nacional de Elecciones, fueron los siguientes: Si: 3, 895, 763 y No: 3, 548, 334. Estas cifras fueron publicados en el diario oficial «El Peruano» el 26 de agosto de 1994.

21. WIELAND CONROY, Hubert. La Constitución de 1993 ante el Tribunal Constitucional: Las paradojas de la admisibilidad de una demanda improcedente (abril del 2004), publicado en el sitio web de la Comisión Andina de Juristas (sección jurisprudencia constitucional).

Para justificar su actuación, el Tribunal considera que en los procesos de inconstitucionalidad «no sólo ejerce una función de valoración, es decir, de análisis de compatibilidad entre dos normas de distinta jerarquía (Constitución y norma de rango legal), sino también una función ordenadora y pacificadora, esto es, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias»[22].

1. Aplicación del artículo 307 de la Constitución de 1979 contra los golpistas del 5 de abril de 1992

Debemos recordar que el 5 de abril de 1992, el Presidente Alberto Fujimori anunció al país la instauración de un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. En su Mensaje a la Nación, el Presidente autoconvertido en mandatario de facto, formuló duros ataques contra las instituciones democráticas, centrando sus críticas en el Parlamento, el Poder Judicial y los partidos políticos, a los que acusó de manera directa como partícipes de una conjura en contra de su gobierno.

Entre las medidas adoptadas el Presidente Fujimori anunció la disolución del Congreso de la República, la reorganización del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura; la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales y la intervención de la Contraloría General de la República. Dispuso, asimismo, la suspensión temporal de los artículos constitucionales que se oponían a los objetivos de la medida[23].

En la sentencia que estamos analizando el Tribunal se pronunció sobre la aplicación del artículo 307 de la Constitución de 1979, el cual establecía sanciones que pueden ser aplicables a las personas que perpetraron el golpe del 5 de abril de 1992. De acuerdo a esta disposición:

> «Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

22. Sentencia del expediente 0021-2003-AI/TC, fundamento 2.
23. Ver al respecto: BERNALES BALLESTEROS, Enrique (con la colaboración de Alberto Otárola). La Constitución de 1993: Análisis Comparado. Lima: Constitución y Sociedad, 1999. p. 83- 91.

> Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.
>
> El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se les haya causado».

Sobre este tema, el Tribunal considera que «si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307 de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país»[24].

Respecto a lo mencionado por el Tribunal cabe preguntarse si ello tiene algún efecto vinculante. El artículo 35 de su Ley Orgánica señala que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos. Sin embargo, no queda claro si toda la sentencia del Tribunal es vinculante o sólo su parte resolutiva en la que se pronuncia sobre si una norma es compatible con la Constitución.

En el derecho comparado, como en el caso de Colombia, se establece que sólo la parte resolutiva de la sentencia tiene carácter vinculante. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia (Ley 270 de 1996) señala en el artículo 48 lo siguiente:

> «Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:
>
> 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, y sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, *sólo serán*

24. Sentencia del expediente 014-2003-AI/TC, fundamento 18. El Tribunal también se ha pronunciado sobre este tema en las siguientes decisiones: Sentencia del expediente 010-2001-AI/TC, fundamento 3 y en la sentencia del expediente 014- 2002- AI/TC, fundamento 52.

de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general». -subrayado nuestro-.

Si bien la ley Orgánica del Tribunal Constitucional no tiene una disposición similar a la ley colombiana, se puede concluir que lo vinculante de las sentencias del Tribunal es la parte resolutiva de sus decisiones, pues cuando el Tribunal ha querido que sus fundamentos tengan carácter vinculante los incorpora en la parte resolutiva de su sentencia.

En consecuencia, en la sentencia que analizamos el Tribunal sólo emite un pronunciamiento sobre la aplicación del artículo 307 de la Constitución de 1979, que si bien podrá considerarse que carece de fuerza jurídica obligatoria, podría ser tomada en consideración por el Congreso o el Ministerio Público.

2. Sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional

Tradicionalmente, las sentencias de los Tribunales Constitucionales sobre demandas de inconstitucionalidad sólo se pronunciaban sobre la compatibilidad de la norma impugnada con el texto constitucional. Actualmente, diversos Tribunales están optando por otro tipo de sentencias, denominadas interpretativas, en las cuales se dictan pautas de cómo interpretar una norma para que ésta sea compatible con la Constitución sin expulsarla del ordenamiento jurídico.

La justificación de utilizar este tipo de sentencias radica en que los Tribunales pretenden evitar vacíos y lagunas al declarar inconstitucional una norma. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el uso de ese tipo de sentencias radica en el principio de la conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional(...)»[25].

En ese sentido, el rol tradicional del Tribunal Constitucional de ser sólo legislador negativo ha variado, siendo importante que en el uso de este nuevo tipo de decisiones no se produzca alguna intromisión en las atribuciones del Poder Legislativo.

El Tribunal Constitucional peruano actualmente está emitiendo sentencias interpretativas, una de las cuales es conocida como exhortativa y se aplica cuando resulta perjudicial declarar inconstitucional una norma, por lo que

25. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 35.

sólo se le declara incompatible con la Constitución y se exhorta al Congreso para que realice las modificaciones señaladas por este órgano[26].

En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, estas sentencias exhortativas «son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado)»[27].

El Tribunal Constitucional ha adoptado diversas sentencias exhortativas en procesos de inconstitucionalidad, a modo de ejemplo podemos citar la decisión de este órgano sobre la norma que establecía la pena de cadena perpetua, en la cual señaló que «sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias»[28]. En tal sentido, el Tribunal exhortó al Congreso de la República a dictar en un plazo razonable una norma sobre la cadena perpetua que fije parámetros de esta pena a fin de que no sea atemporal. Como sabemos, después de esta decisión se expidió el Decreto Legislativo 921, el cual estableció un procedimiento de revisión de la pena cuando el condenado haya cumplido 35 años de prisión[29].

Debemos advertir que el Tribunal está haciendo un uso frecuente de las sentencias exhortativas no necesariamente para declarar incompatible una norma con la Constitución sino para que el legislador regule determinadas normas, que incluso no habían sido cuestionadas originariamente en la de-

26. Respecto a las sentencias interpretativas se pueden revisar: DÍAZ REVORIO, F. Javier. La Interpretación Constitucional de la Ley (las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional). Lima: Palestra, 2003, 445 p.; EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional. En Estudios Constitucionales. Lima: ARA editores, 2002; y HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. El proceso de inconstitucionalidad en el Perú. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales, 2003. N° 52, p. 35- 61.

27. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 32.

28. Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 137.

29. Una crítica a las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional se puede revisar en el siguiente texto: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. ¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?. En: Revista Jurídica del Perú. Normas Legales, 2004. N° 55, p.79- 88.

manda de inconstitucionalidad, o para que adopte determinadas medidas, como se puede apreciar en los siguientes casos:

- En la sentencia de inconstitucionalidad sobre el artículo 89 inciso j del Reglamento del Congreso de la República, el Tribunal exhortó a este órgano para que reglamente el número de votos para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral. En tal sentido, exhortó a este poder «a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual,(...) debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso»[30]. Como podemos apreciar, en este caso, el Tribunal no realiza un análisis sobre la compatibilidad de una norma con la Constitución, ya que no existe una disposición que regule el número de votos para declarar la incapacidad moral del Presidente de la República, lo que hace es exhortar al Congreso para que legisle sobre este tema a efectos de evitar aplicaciones irrazonables de este artículo constitucional.

- En la sentencia de inconstitucionalidad sobre normas que establecen el procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en los procesos seguidos contra el Estado, el Tribunal recomendó la creación de un registro de la deuda pública interna, así como la adopción de otras medidas que permitan contar con una política estatal destinada al pago de la deuda interna. Para este órgano constitucional resulta «imperativo e inexcusable que se abra un registro de tal deuda, en el que conste el origen, la preferencia legal para la amortización y el pago, así como todos los otros datos que permitan conocer con claridad las obligaciones asumidas por el Tesoro Público» [31]. El Tribunal, sin necesidad de señalar que una norma sea incompatible con la Constitución, realiza recomendaciones para que el Estado adopte una política sobre el pago de la deuda interna.

Ambos casos nos demuestran que el Tribunal está exhortando al Congreso o al Ejecutivo para que adopte determinadas medidas sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de alguna norma, ampliándose los alcances de las sentencias exhortativas.

En la sentencia sobre la demanda contra la Constitución de 1993, el Tribunal exhortó al Congreso para que adopte alguna de las tres propuestas

30. Sentencia del expediente 006-2003-AI/TC, publicada el 5 de diciembre del 2003, fundamento 26.

31. Sentencia de los expedientes 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, publicada el 1 de febrero del 2004, fundamento 67.

de la Comisión de Bases de la Reforma Constitucional para resolver la abrogación de la Constitución de 1979, y señaló que «el hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, sin embargo, no resuelve el problema de fondo que, a nuestro modo de ver, consistiría en los justos reparos morales que el oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es, pues, inevitable que en el corto plazo y desde una perspectiva estrictamente política, se resuelva su destino, bajo riesgo de seguirse socavando nuestra aún precaria institucionalidad».

En este sentido, el Tribunal invoca al Congreso «para que adopte las medidas políticas y legislativas concretas tendientes a lograr dicho fin, y lo exhorta para que, con anterioridad al vencimiento del mandato representativo de los actuales congresistas, opte por alguna de las posiciones planteadas o la que, en ejercicio de sus atribuciones, considere conveniente al interés de la Nación».

En esta sentencia, nuestro Tribunal no está declarando incompatible una norma con la Constitución a efectos de interpretarla para no expulsarla del ordenamiento jurídico, como es el fin de las sentencias exhortativas, pues lo que hace es exhortar al Poder Legislativo para que adopte una medida de carácter política, consistente en resolver la legitimidad de la Constitución de 1993 a efectos de asegurar la transición democrática del país.

Nos preguntamos si el Congreso debería seguir las pautas de esta sentencia, puesto que de su contenido no se desprende algún mandato imperativo al legislador, salvo una recomendación de parte de un organismo constitucional considerado el supremo intérprete de la Constitución.

V. REFLEXIONES FINALES

La presentación de una demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993 no hace más que manifestar los cuestionamientos a su origen, modelo y contenido. Es por ello que es vital avanzar en una reforma constitucional que supere las graves deficiencias y limitaciones de la Constitución de 1993.

En el Mensaje a la Nación último del Presidente de la República, Alejando Toledo, se insta a retomar la discusión sobre la vía para llevar a cabo esta ansiada reforma constitucional para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática del Perú. Para ello planteó tres alternativas: a) la reforma de la Constitución por el actual Congreso en las dos próximas legislaturas, conforme lo previsto en su artículo 206º, b) entregar competencias constituyentes por espacio de seis meses al próximo Parlamento, el mismo que iniciará sus funciones en julio del 2006; y c) convocatoria a una Asamblea Constituyente.

A nuestro parecer, de estas tres alternativas la viable por razones jurídicas y políticas es la reforma de la Constitución por el actual Congreso: el debate se retomaría a partir de lo avanzado hasta antes de la suspensión, es menos costoso en términos temporales y económicos y concluir la reforma a través de los canales del artículo 206 de la Constitución asegura una menor incertidumbre, favoreciendo un ambiente de estabilidad tanto en lo político como en lo económico.

En ese sentido, algunos temas a ser considerados de discusión prioritaria en el marco del proceso de reforma serían los siguientes: separación constitucional de las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, prohibición absoluta de la reelección presidencial, Congreso bicameral con funciones diferenciadas y establecimiento del dominio de la ley por la Constitución para la competencia legislativa del Parlamento, Congreso elegido en segunda vuelta electoral, eliminación del voto preferencial, establecimiento de elecciones primarias en los partidos políticos y limitación de la reelección parlamentaria a dos periodos, ya sean consecutivos o alternos, la renovación del Congreso por tercios o por mitades, entre otras reformas.

Es preciso advertir que si bien queda clara la urgente necesidad de proceder a culminar el proceso de reforma constitucional para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, no es menos cierto que la gran mayoría de los ciudadanos no percibe la reforma constitucional como una necesidad, y por tanto, como algo imprescindible para el futuro del país. Lamentablemente, y así parecen demostrarlo todas las encuestas de opinión, la reforma constitucional no es un tema crucial para el gran público.

En este escenario, urge que la clase política, especialmente aquella que responde a las agrupaciones políticas con representación parlamentaria, emprenda una campaña de persuasión orientada hacia la ciudadanía con el fin de convencerla de la legitimidad e importancia de proceder a una reforma constitucional que fortalezca la democracia y siente bases más sólidas para el gobierno que se elija en el 2006, cualquiera que este sea.

Lima, agosto del 2004.

La reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

César Landa
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EL PERÚ. *2.1. La reforma constitucional en América Latina. 2.2. La reforma constitucional en el Perú. 2.2.1. Tribunal Constitucional y poder de reforma. A) Poder constituyente y poder constituido. B) Reforma total y reforma parcial de la Constitución. C) Constitución formal y Constitución material. D) Estabilidad jurídica y cambio constitucional. 2.2.2. Tribunal Constitucional y límites al poder de reforma. A) Principio de soberanía y reforma de la Constitución. B) Límites de la reforma constitucional. B1) Límites materiales. B2) Límites formales.* III. CONCLUSIÓN.

I. PRESENTACIÓN

En los últimos años, en el Perú, no obstante haber superado la etapa dictatorial del régimen de Fujimori de la década de los noventa, las clásicas instituciones democráticas del Estado (Poder Ejecutivo, Congreso de la República y Poder Judicial) se encuentran sumidas en una crisis de representatividad y legitimidad democráticas; sin embargo, esta crisis no ha alcanzado al Tribunal Constitucional peruano, a pesar de estar inserto en la misma estructura del Estado de Derecho.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha convertido en una de las pocas instituciones que gozan de legitimidad democrática frente a la opinión pública. Ello se debe, por un lado, a que los poderes clásicos no han otorgado a los ciudadanos soluciones concretas a sus legítimas expectativas sociales y económicas en el marco de la globalización económica; lo cual sí ha sucedido con el Tribunal Constitucional al actuar, en unos casos, atendiendo a las legítimas aspiraciones de tutela de los derechos fundamentales de las personas, muchas de ellas vinculadas al ámbito laboral y económico; y, en otras, desestimándolas.

No obstante, es de resaltar que la legitimidad del Tribunal Constitucional peruano no se ha visto menoscabada a pesar de haber tenido la oportunidad de pronunciarse sobre conflictos constitucionales bastante complejos y con consecuencias por demás graves. Precisamente, uno de esos temas-problema sobre los cuales el Tribunal se ha pronunciado está relacionado con la reforma de la Constitución de 1993, lo cual ha servido, por un lado, para que dicha reforma se realice dentro de los cauces constitucionales y, de otro lado, para precisar los límites de la reforma constitucional. A partir de estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano es que realiza un análisis de la reforma constitucional en el Perú.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Y EL PERÚ

2.1. La reforma constitucional en América Latina

En América Latina, la reforma de las constituciones, generalmente, se ha producido, más que como procesos consensuados y dentro de los procedimientos constitucionales establecidos, como consecuencia de conflictos sociales, golpes de Estado o revoluciones. Esto se debió, por un lado, a que la vigencia y la reforma de las constituciones latinoamericanas ha dependido directamente de los acontecimientos políticos y militares de cada época; y por otro, porque que las constituciones en América Latina han sido constituciones nominales, que no concordaban con los presupuestos sociales y económicos, y/o constituciones semánticas[1] en beneficio de los detentadores del poder.

Así tuvimos en Venezuela, las constituciones de 1901, 1925 y 1931, época de dictaduras; la Constitución mexicana de 1917 —después de la revolución de 1910— y sus reformas de 1936; la Constitución chilena de 1925 después de la revolución del Gobierno contra el Parlamento y sus reformas de 1943; las constituciones brasileñas de 1934, 1937 y 1946, después de golpes de Estado. Colombia reforma su Constitución de 1886 en 1910, 1936 y 1945, en un contexto de importantes crisis sociales y políticas, incluida una guerra civil; y Argentina reforma su Constitución de 1853 en 1949, después de un golpe de Estado[2].

1. LOWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959. pp. 152-157.
2. LANDA, César. «La vigencia de la Constitución en Latinoamérica». En César Landa y Julio Faúndez (editores). *Desafíos constitucionales contemporáneos*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP y University of Warwick, 1996. pp. 13-16.

Esta situación, se ha venido superando a partir de la década de los ochenta, generándose escenarios de profundos cambios históricos contemporáneos, como el restablecimiento de la democracia representativa, así como la incorporación de instituciones modernas propias del Estado constitucional democrático. En este contexto se insertan las reformas, respetando los procedimientos establecidos, de la Constitución argentina de 1994, la Constitución de Colombia de 1992, la reforma de la Constitución ecuatoriana en 1998 y, más recientemente, la reforma de la Constitución de Bolivia, si bien ha tenido su origen en un contexto de crisis, dicha reforma ha sido realizada mediante Ley de Necesidad de Reformas de 1.º de agosto de 2002[3].

2.2. La reforma constitucional en el Perú

La realidad peruana no ha sido distinta a la anteriormente descrita. En la historia republicana del Perú se ha vivido «haciendo y deshaciendo constituciones»[4], esto como consecuencia de que siempre se ha tenido la idea errada de que la Constitución, antes de ser una norma portadora de principios y valores más importantes de una sociedad, es un mero plan o programa de gobierno. Pero no sólo nos hemos pasado haciendo constituciones en respuesta a los requerimientos del caudillo de turno, sino que cada cambio de Constitución o la reforma de ella se ha realizado sin respetar el ordenamiento jurídico precedente, utilizando para ello cualquier medio, sin considerar los principios constitucionales y democráticos de transformación dentro de la unidad y estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el problema principal no es que la Constitución sea la expresión jurídica de un programa político[5], sino que, ésta se haya realizado como un mecanismo de solución unilateral a las crisis políticas o económicas en nuestra historia. Porque, de haber habido consenso nacional suficiente entre las elites nacionales y el pueblo, la estabilidad jurídica y la democracia política se hubieran podido armonizar, en una Constitución legítima y por tanto duradera. Estabilidad que no es incompatible con la reforma constitucional; por cuanto, precisamente este es el instituto jurídico-político, que

3. San Martín Arzabe, Hugo. «El proceso de reforma constitucional de Bolivia». En *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*. T. I. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stifftung, 2004. p. 368.

4. Villarán, Manuel Vicente. *Páginas escogidas*. Lima: P.L. Villanueva, 1962. p. 45.

5. Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo 1..., *op. cit*., p. 11.

permite hacer del Estado constitucional una entidad abierta al cambio y, por tanto, estable y duradera.[6]

Ésta es, precisamente, la situación que se presentó tras la caída del régimen autoritario del ex Presidente Fujimori y la instauración del nuevo régimen democrático[7], en el cual la legitimidad y el sentido democrático de la Constitución Política de 1993 fue cuestionada por la ciudadanía y algunos gremios profesionales.

En efecto, Al término del gobierno transitorio del Presidente Paniagua, a mediados de julio de 2001, la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, que nombró, le entregó el documento final de su trabajo; en el cual se propuso lineamientos normativos para una reforma total de la Constitución; así como, tres alternativas para llevar a cabo dicho proceso. Como en la Comisión de Bases desde un inicio no se llegó a ninguna decisión unitaria sobre « el procedimiento a proponerse para desarrollar las reformas constitucionales propuestas »[8], se acordó presentar todas las alternativas puestas en debate.

Así, en dicho documento se plantearon tres vías: en primer lugar, declarar la nulidad de la Constitución de 1993 y declarar la vigencia de la Carta de 1979, sostenida por el sector político-jurídico radical; en segundo lugar, utilizar los mecanismos previstos por la Constitución de 1993 para su reforma, apoyada por el sector jurídico-constitucional; y, en tercer lugar, celebrar un referéndum con el propósito de consultar al pueblo si prefería que se retorne a la Constitución de 1979 o que se elaborase una nueva Constitución, propuesta por el sector jurídico-político moderado[9].

El documento fue entregado al entrante Presidente Toledo, al instalarse su gobierno el 28 de Julio de 2002; quien lo derivó al nuevo Congreso de la República. Luego de varios meses de debate parlamentario en la Comisión de Constitución, así como de audiencias y seminarios con académicos, acerca de cómo llevar a cabo el proceso de reforma constitucional, el Congreso de la República, dictó la Ley N.° 27600, el 14 de diciembre de 2001.

---

6. De Cabo Martín, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho…*, *op. cit*., pp. 21-25.
7. Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores, 2.ª edición, 2003. pp. 82-85.
8. Crean Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Decreto Supremo N° 018-2001-JUS- Al respecto, revisar el Artículo 1°, numeral 3. La Comisión estuvo integrada por veintisiete profesores, políticos y especialistas en Derecho Constitucional, entre ellos el suscrito
9. Ministerio de Justicia, *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú…*, *op. cit*., pp. 101-103.

La Ley N.º 27600, dispuso en dos artículos lo siguiente:

«Artículo 1º.- Suprímase la firma de Alberto Fujimori Fujimori, del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República.

Artículo 2º.- La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993».

Contra esta ley el Colegio de Abogados del Cuzco presentó una demanda de inconstitucionalidad, en sus argumentos fuertes sostenía que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N.° 27600, se estaba arrogando atribuciones propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible del pueblo; pues, bajo el membrete de «reforma total», se pretendía establecer una nueva Constitución.

Asimismo, observó que la actual Constitución Política no le había otorgado al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra nueva, sino solamente la potestad de modificarla. Lo que suponía que sólo podía actuar como un poder constituyente derivado y no como un poder constituyente originario[10].

La Constitución no había establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, manteniendo su identidad y continuidad, argumentaba el Colegio de Abogados del Cuzco. Por lo que, de un análisis minucioso y doctrinario no se podía dejar de lado que el poder de reforma sólo permitía modificar parcialmente la Constitución. Más aún, sí se consideraba que se podía reformar la Constitución en cualquiera de sus materias, salvo en las indicadas en el último párrafo del artículo 32° de

10. Tribunal Constitucional. Exp. N.° 014-2002-AI/TC. Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.° 27600. En ella se demanda su inconstitucionalidad, porque dicha ley fue aprobada sin cumplir los requisitos de una ley orgánica, despromulga la Constitución de 1993 al retirarse la firma del Presidente Fujimori que la promulgó, establece un procedimiento de reforma total de la Constitución, lo que debe ser obra de una Asamblea Constituyente, y, con la excusa de reformar la Constitución, el Congreso pretendía dictar una nueva Constitución.

la Carta Magna. Finalmente afirmaba que la facultad de dictar una nueva Constitución era exclusiva del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

El apoderado del Congreso de la República contestó la demanda indicando que el único procedimiento establecido en la Constitución que permitía la reforma constitucional era el recogido en el artículo 206° y que sólo respetando tal procedimiento podía ser válida la reforma. Porque, únicamente de esta manera se observaría el principio de continuidad o estabilidad del ordenamiento jurídico[11]. Señalaba, adicionalmente, que el poder reformador del poder constituyente no era la única alternativa para una reforma total de la Constitución, pues una interpretación sistemática de los artículos 32° y 206°, permitía sostener que también se le había conferido dicha facultad al Congreso de la República.

Por otro lado, afirmaba que la reforma total o parcial de la Constitución a cargo del poder legislativo, prevista en su propio texto, era consecuencia de la voluntad libre y autónoma del poder constituyente expresada en la Constitución. Agregó, que el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, que establece límites de las materias a ser sometidas a referéndum, no habían sido establecidas para el caso de un referéndum constituyente, sino para los que tenían por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor.

Pero, en cuanto a la prohibición de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, el apoderado del Congreso indicó que tal prohibición sí vinculaba tanto al referéndum constitucional como al legal. En atención a que, tales derechos constituían un núcleo de identidad personal y moral, que ni el proceso político ni las normas jurídicas estaban éticamente autorizados a ignorar y que, por lo demás, se encontraban reconocidas y protegidas internacionalmente.

Asimismo, afirmaba que la propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente para plasmar una nueva Carta Fundamental no tenía sustento en la Constitución; pues, el artículo 45° de dicho texto era claro en esta materia, al establecer que el poder, incluyendo al de naturaleza constituyente, sólo

11. De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 67, donde especifica que las funciones como opera la reforma constitucional, son: «en primer lugar, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía».

podía ejercerse dentro de los límites que prevé la Constitución y la ley. Refirió que el referéndum, por eso, era el mecanismo que la Constitución había previsto para otorgar a la reforma constitucional la legitimidad política necesaria que asegurara su perdurabilidad.

Finalmente, enfatizaba que el retiro de la firma del ex Presidente Alberto Fujimori del texto de la Constitución de 1993 constituyó un gesto político necesario para la moral pública. Ello, en aplicación de la Resolución Legislativa N.° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar; acto que sin embargo no afectaba la vigencia de la Constitución de 1993.

2.2.1. Tribunal Constitucional y poder de reforma

Por su parte, el Tribunal Constitucional se pronunció en todos los extremos de la demanda, declarándola infundada, a partir de dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿puede reformarse totalmente la Constitución? ¿Tiene el Congreso de la República capacidad, *per se*, para efectuar la reforma total de la Constitución? ¿Puede un poder constituido, después de haberse aprobado la reforma total de la Constitución, ordenar la abrogación de la Constitución que le confiere la competencia de reformar?[12]. Interrogantes que a continuación se analizan.

A) Poder constituyente y poder constituido

En países como Francia y Estados Unidos, la doctrina del poder constituyente apareció no tanto como una creación teórica, sino como una necesidad histórica para justificar el tránsito de un Estado absoluto a un Estado democrático, a finales del siglo XVIII. No obstante, en el pensamiento jurídico de la Edad Media se encontraba arraigada la idea de la existencia de un poder constituyente en Dios, en la medida que era la forma de justificar el poder del monarca: «*Omnis potestas a Deo*»[13].

Por eso, sólo cuando el pueblo fue autoconciente que era él quien otorgaba legitimidad a la autoridad, fue cuando se constituyó soberanamente en sujeto y no objeto de la historia: Ello fue posible, a partir de concebir, por un lado, la existencia de derechos naturales de todos los hombres y, por otro, la

12. Tribunal Constitucional. Exp. N.° 014-2002-AI/TC..., *op. cit*., fundamento 36.

13. Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1928, p. 77; asimismo, Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*..., *op. cit*., p. 168.

necesidad de pactar unánimemente un contrato social, que les otorgaba una *potestas constituens* para establecer el Estado en base a una Constitución[14]. Así, en esos países se legitimaron nuevos regímenes políticos, en base tanto a la *praxis* de los derechos y libertades como al principio democrático de la soberanía popular[15].

En virtud de lo cual, el poder constituyente sirvió como instrumento de creación jurídica del Estado y la Constitución. Por ello, la autoridad se sometía a la *lex fundamentalis* que dictaba el pueblo soberano, pero, a la cual este mismo estaba obligado a respetar. Es decir que gobernantes y gobernados quedaban subordinados en adelante por la soberanía de la Constitución. Sin embargo, la doctrina del poder constituyente que postuló Sieyès, planteó tres cuestiones en torno a: la naturaleza de dicho poder, la forma de actuación del titular y su destino una vez cumplida su obra[16].

En cuanto a su naturaleza, SIEYÈS utiliza la doctrina de la soberanía absoluta del monarca de BODIN, para otorgar al poder constituyente un poder «divino» que todo lo puede –*vox populi vox dei*–, porque no se encuentra sometido a ninguna Constitución previa; por ello, puede ejercer su función de manera espontánea. De aquí se derivan dos consecuencias: una primera, mientras el poder constituyente se fundamenta por sí mismo, en base al derecho natural, el poder constituido se fundamenta en el derecho positivo, es decir en la Constitución; y, una segunda, que el poder constituyente al ser un poder prejurídico, actúa de acuerdo con su voluntad, libre de toda forma o control.

La forma de la actuación del poder constituyente esta vinculada a la titularidad del mismo; por cuanto, si bien le corresponde al pueblo soberano definir su concreta forma de organización política, SIEYÈS se la atribuye a la Nación, que constituye una ficción jurídica y política que se integra por todo el pueblo en general y nadie en concreto a la vez[17]. Motivo por el cual, de

14. ZWEIG, Egon. *Die Lehre vom Pouvoir Constituant . Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1909, p. 2.

15. Pero, la noción de soberanía popular, en virtud de la cual todo poder emana del pueblo, diluyó el poder de las minorías dentro del poder de la mayoría; por cuanto sólo el poder mayoritario era el que emanaba del pueblo, según observa; HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*..., *op. cit*., pp. 168-173.

16. SIEYÈS, Emmanuel. *Was ist der dritte Stand?*. Berlin: Verlag von Reimar Hobbing, überseßt und eingeleitet von Otto Brandt, 1924, p. 35; asimismo, Thompson, Eric. *Popular sovereignty and the french constituent assembly 1789-91*. London: Manchester University Press, 1952, pp. 99-115.

17. Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia.* Madrid: Trotta, 2000, pp.163 ss.

manera pragmática introduce la democracia representativa como forma de ejercicio del poder constituyente. Con lo cual, sobre la base de una ficticia soberanía de la Nación estableció una real soberanía de la Asamblea: excluyendo así la participación directa del pueblo, en favor de los partidos y sus representantes quienes quedaron como titulares de la soberanía de la Nación[18].

En esa lógica, el poder constituyente se extingue cuando termina su obra: la Constitución. A partir de lo cual surgen los poderes constituidos establecidos en la Constitución por aquel. De lo cual se deriva que los poderes constituidos no puedan ejercer la competencia propia del poder constituyente, como tampoco el poder constituyente pueda seguir operando como poder constituido. Sin embargo, frente a la nítida separación lógica entre poder constituyente y poderes constituidos, Sieyès lo confunde todo, cuando plantea que los representantes de una Asamblea Constituyente todo lo pueden, porque entonces actúan tanto como poder constituyente, como también, apelando a la soberanía del pueblo, puedan ejercer funciones propias de los poderes constituidos[19].

Pero, si esa fue en síntesis el aporte de la doctrina francesa a la noción del poder constituyente, por otro lado, la experiencia de los revolucionarios norteamericanos se fundó en una tradición popular, no tanto teórica de la soberanía, sino práctica de la misma. Pero, sustentada en valores y principios propios de la tradición constitucional inglesa –Locke, Blackstone, Burke- y de la filosofía política francesa –Montesquieu, Rousseau-. Así, principios como la división de poderes, el rol gabinete, el poder del Congreso, la vinculación entre legislación y administración, el control y balance de poderes, eran elementos esenciales para garantizar la libertad, en los orígenes del constitucionalismo norteamericano[20].

18. Durante los debates del 8 de agosto al 14 de septiembre de 1791 de los revolucionarios franceses sobre la revisión de la Constitución en la Asamblea Nacional, el representante Malou, criticó que, por un lado, se le otorgue en la Constitución al pueblo el poder soberano, con la tentación de que pueda demandar su ejercicio inmediatamente, afectando, por otro lado, la eficacia de los poderes supremos de la representación que quedaban como una abstracción de carácter subalterno. Por ello, « lo que la Nación no puede hacer por la universalidad de sus miembros, cada uno de sus representantes tiene el derecho y el deber de hacerlo». En Buchez, P. J. B. *Histoire parlamentaire de la révolution française. Histoire de l´Assemblée Constituante. Précédée d´une Histoire abrégée des Français depuis l´établissement de la nationalité française jusqu´en 1789*. Paris: J. Hetzel éditeur, 1846, pp. 486-518, en particular p. 491.

19. Sieyès, Emmanuel. *Was ist der dritte Stand?..., op. cit*., pp. 49-66.

20. Bryce, James. *The american commonwealth*. New York: Macmillan, 1899, pp. 19-31.

Sin embargo, el aporte del constitucionalismo norteamericano se encuentra en otorgar la soberanía y el poder constituyente al pueblo, a diferencia de los ingleses que lo corporeizaban en el Parlamento británico con facultades omnipotentes e irresponsables. Ello se debe a que, los inmigrantes puritanos al fundar sus colonias en Nueva Inglaterra redactaron los famosos *convenants*, convenios en el que estatuyeron las reglas de su organización política, civil y religiosa[21]. En esos pactos políticos se encuentran dos principios fundamentales: Uno, que la aprobación de sus *convenants* era una forma de constituir la nueva sociedad, que se identifica con un contrato social. Dos, que ese poder era ejercido directamente por el pueblo y no por sus representantes, por lo tanto en la práctica era un poder constituyente[22].

Luego de la independencia de los ingleses, las colonias norteamericanas ante el temor de integrarse y perder su autonomía dentro de un sólo Estado, concibieron a una norma fundamental escrita, como la forma de salvaguardar los derechos de sus comunidades, delimitando en ella los poderes del gobierno nacional, que se erigió entonces como gobierno federal en la Constitución de 1787. Pero, la plenitud de los poderes residía en el pueblo de los Estados miembros, al punto que dicha constitución escrita dispuso en su artículo VII, que mediante la ratificación de cuando menos nueve Estados, de trece, era suficiente para la entrada en vigencia de la Constitución.

Así, el pueblo a través de los referéndum –*meeting towns*– ejerció su poder constituyente de la manera establecida por la norma fundante y, por tanto, con capacidad para ratificar la Constitución[23]. Sin duda alguna, la sujeción de todas las autoridades y órganos de gobierno a una Constitución escrita, como instrumento de expresión de la voluntad de la soberanía del

21. Es en ese espíritu religioso común propio de sus creencias, usos y costumbres, así como, de la utilidad individual que le proporcionan, donde se encuentran los fundamentos de la democracia norteamericana y su progreso, según DE TOCQUEVILLE, Alexis. *De la démocratie en Amérique*. Paris: Éditions M.-Th. Génin, Libraire de Médecis, tome second, 1951, 11-17. Se puede revisar los *convenants* en: Long, Breckinridge, *Genesis od the constitution of the United States of America*. New York: Macmillan Co., 1926, pp. 1-41.

22. En la actualidad la práctica del llamado «mandatory» referéndum son frecuentes en muchos Estados de los Estados Unidos para reformar sus constituciones, ver BEARD, William. *Government and liberty*. New York: Haykon House, 1947, pp. 36-38.

23. WARREN, Charles. *The making of the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1947, pp. 733-782; Shoup, Eral. *The government of the american people*. Boston: Ginn and Co., 1946, pp. 49-52:; asimismo, *Introduction to american government*. New York: Appleton – Century – Crofst, Inc., 1951, pp. 14-30, en especial p. 27, donde se recuerda que la Declaración de Independencia norteamericana estableció que « los gobernantes derivan su poder precisamente del consentimiento de los gobernados».

pueblo de los Estados, y por tanto la capacidad para reformarla sólo por ellos mismos, constituye la novedad más destacada del sistema norteamericano[24].

Pues bien, si estos son los orígenes históricos moderno de la idea del poder constituyente del pueblo, de otro lado, es indudable que desde entonces éste se encuentre vinculado estrechamente a la noción de supremacía constitucional. Lo que origina que el poder soberano del pueblo se transforme en poder soberano de la Constitución. En virtud del cual, el soberano se ordena y subordina a su propia obra jurídica, en la medida que es expresión fidedigna de su voluntad general. Lo que no es óbice para plantear la vieja interrogante, según la cual: si el poder constituyente de ayer puede atar al poder constituyente de hoy.

Sin embargo, la cuestión así planteada puede resultar siendo maniquea, si se entiende que el poder constituyente es una voluntad popular única y permanente en el tiempo; pero, que, como poder político absoluto se agota al dictar la Constitución. Por cuanto, el poder constituyente más que desaparecer al acabar su obra, se transforma en el poder de reforma consagrado en la Constitución por él mismo. Por ello, reaparece en los momentos constituyentes en que se hace necesaria y posible la reforma constitucional, pero ya no de manera absoluta, sino limitada de acuerdo con la Constitución[25].

Lo que sí es permanente e inalterable es la soberanía del pueblo; la misma que en una democracia constitucional también se encuentra inserta en los poderes constituidos. Salvo que en períodos de profundos cambios políticos o sociales, demande el cambio de la Constitución, para hacer una reforma total de la Constitución. Circunstancias políticas e históricas en las cuales se ha recurrido a convocar a una Asamblea Constituyente; la misma que ha ejercido poderes soberanos muchas veces ilimitados[26].

---

24. Al respecto, la idea de los líderes norteamericanos de darse una Constitución escrita encuentra su origen en los ordenamientos ingleses del siglo XVI, donde rigió, aunque por breve tiempo, una genuina Constitución suprema o rígida, en la forma del famoso *Instrument of Government* de 1653; así como, en la influencia de personajes, como James Harrington, uno de los preeminentes pensadores de esa época, quien demostraba la necesidad de una tener una Constitución, proponiendo que debía ser suscrita por el pueblo para darle suprema autoridad. Ver Bryce, James. *The american commonwealth…*, *op. cit*., p. 37.

25. De Cabo Martín, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 13 ss.

26. Tal es el caso de los cambios de regímenes políticos, como el ocurrido con la instalación de la Segunda República Española, en la cual en la sesión inaugural de las Cortes Constituyentes, del 4 de Julio de 1931, el Presidente del Gobierno Provisional de la República, Alcalá Zamora, afirmaba que: «Y la soberanía plena. Dirá alguno: plena es toda soberanía de Cortes Constituyentes. En el papel, sí; en la realidad,

B) Reforma total y reforma parcial de la Constitución

Es innegable que históricamente cuando los cambios políticos y sociales han devenido en una revolución, la alternativa práctica ha sido refundar el Estado, a través de apelar a un nuevo poder constituyente del pueblo, a través de las Asambleas Constituyentes, que aprobaron una nueva Constitución. Por ello, el poder constituyente es una erupción del derecho revolucionario y la libertad política.

De modo que, la valoración de la reaparición de un momento constituyente ha quedado circunscrita en la práctica a una decisión política fundamental de los representantes, que han expresado la necesidad del pueblo de otorgarse una nueva forma concreta de organización política y jurídica. En el cual, la reforma constitucional total ha constituido la forma de establecer la nueva legitimidad político y social, en el orden jurídico supremo.

De modo que, en los demás períodos cuando no se ha llegado a constituir una situación revolucionaria, a juicio del pueblo y sus líderes, el poder constituyente ha quedado transformado en el poder de reforma constitucional, con que operan los poderes constituidos de acuerdo a la suprema norma constitucional. Este poder constituyente-instituido –*pouvoir constituant-institué*–, puede ser de dos tipos: un poder de reforma cuya titularidad ejerce la representación; o, un poder de reforma en el que actúa directamente el pueblo. Pero, la reforma constitucional modernamente también integra éstos dos sistemas, a través de un procedimiento combinado de democracia representativa y de democracia directa, como es el caso del artículo 206° de la Constitución peruana de 1993[27].

Pero, cualquiera sea el titular democrático de la reforma constitucional debe tener muy en claro que el poder constituyente no puede ser destruido por el poder constituido, ni el poder constituyente puede sustituir al poder constituido. Para lo cual la Constitución debe establecer límites explícitos y

no. En realidad, soberanía más plena que la de este Parlamento no la conoció ninguno». En *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*. Tomo I. Madrid: Cesores de Rivadeneyra, 1933, p. 5.

27. «Articulo 206°.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros, a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral».

sino implícitamente, que aseguren a los poderes constituidos su estatus de portavoces del poder constituyente, en última instancia no del originario sino del presente.

En consecuencia, el poder constituido no puede llegar a sustituir al poder constituyente originario, salvo que el propio poder constituyente instituido en la Constitución, haya previsto la reforma total y no sólo parcial de su Constitución, como es el caso del artículo 32°-1 de la Constitución de 1993[28]. Por ello, «la revisión constitucional puede tener por objetivo ya sea reformar algunos puntos concretos, ya sea abrogarla y reemplazarla por otra. Pero, cualquiera que sea el cambio constitucional, ya sea total o parcial, se deberá operar siguiendo las reglas establecidas por la Constitución para su modificación»[29].

No obstante, el demandante alegó que el artículo 2° de la Ley N.° 27600 autorizó la reforma total de la Constitución, lo que juzgó incompatible con la Constitución, pues ésta sólo autorizaría la reforma «parcial». El Tribunal consideró que la impugnación era *non nata*, debido a que la Ley N.° 27600 no pretendía plantear si la reforma tenía alcances parciales o totales, por cuanto dicho dispositivo no aprobaba reforma constitucional alguna, sino se limitaba a autorizar a la Comisión de Constitución del Congreso a «proponer un proyecto» de reforma total de la Constitución.

Por otro lado, el artículo 105° de la Constitución dispone que: «Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso de la República. Y según establecen los artículos 72° y 73° del mismo Reglamento, la aprobación de leyes de reforma constitucional debe realizarse de conformidad con el procedimiento legislativo, que incluye su estudio en Comisiones. No en cualquier clase de comisiones, sino, como señala el artículo 77° del mismo Reglamento, en aquélla que le corresponda en aplicación del criterio de especialización. Y lo razonable, si es que la opción adoptada ha sido que una Comisión del Congreso realice la tarea

28. «Artículo 32°.- Pueden ser sometidas a referéndum:
1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y
4. Las materia relativas al proceso de descentralización

No puede someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor».

29. Carré de Malberg, Raymond. *Contribution à la Théorie générale de l´État*. Tome deuxième. Paris: Sirey, 1922, p. 497 y pp. 583-599.

de proponer un Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución, es que esa Comisión no sea otra que la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento del Congreso de la República»[30].

Tan es así, que si bien el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente la existencia de las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional es competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir a través de la ley de reforma constitucional.

Por ello, el ordenamiento constitucional se modifica mediante una ley de naturaleza constitucional, además, porque el poder de reforma de la Constitución, al ser propio de un poder constituyente instituido en las funciones legislativas del Congreso, por muy especial y singular que sea, no deja de ser un poder constituyente-instituido que actúa a través de una ley constitucional limitada y, por tanto, sujeta a control constitucional por parte del Tribunal Constitucional[31].

Resulta consustancial al carácter limitado del poder de reforma constitucional del Congreso mantener la identidad y diversidad del poder constituyente[32]; para lo cual el Congreso debe saber discernir la noción de Constitución formal –jurídica- y material –histórica y social–; para adaptar la Constitución a las nuevas exigencias sociopolíticas, sin llegar a pervertir su tarea de reforma jurídicamente delimitada, como sería el caso de alterar la decisión política fundamental democrática *–res facti non iuris–*, propio de un acto revolucionario, no de Derecho.

C) Constitución formal y Constitución material

Así, cuando se habla de Constitución formal se alude a la Constitución en un sentido normativo; es decir como el conjunto de normas jurídicas –principios y reglas- que integran el texto constitucional, y, que son válidas en todo Estado de Derecho, debido a que se asienta en la noción de racionalidad y validez. La expresión más radical de esta tesis es la concepción kelse-

30. Tribunal Constitucional. *Exp. N.° 014-2002-AI/TC...*, *op. cit*., fundamento 31.

31. DE CABO MARTÍN, Carlos. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho...*, *op. cit*., pp. 62 ss.

32. ROSENFELD, Michel. *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity.* En *Constitutionalism, identity, difference, and legitamicy. Theorical perspectives.* (M. Rosenfeld, editor). Durham and London: Duje University Press, 1994, pp. 3-35.

niana de Constitución; para quien el soberano debe ser el propio orden jurídico que se suponga fácticamente válido. De modo que, la vigencia de la Constitución no depende de un orden valorativo supremo o social, sino de la misma norma fundamental[33].

Pero, cuando se habla de la Constitución material, por un lado, se entiende la Constitución primordialmente como una forma sociológica de ser y no de deber ser; es decir, consagración de las situaciones y estructuras sociales y económicas del presente. Asimismo, esta noción no se sustenta en una norma constitucional escrita, sino que la sociedad tiene su propia normatividad fundamental. Por ello, el concepto material de Constitución se funda en la concepción sociológica de su vigencia, como expresión de la realidad social[34].

Cuando se habla de Constitución material, también se alude a la llamada Constitución histórica. Aquélla que se basa en la concreta historia de un pueblo, que explica y proyecta su presente a partir de su pasado. Postura histórica que se halla en permanente devenir, pero sobre la base de ciertos estructuras originarias. Por ello, la Constitución del pueblo inglés es una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen elementos irracionales y por ello irreductibles a un esquema[35]. Por eso mismo, «la reforma normal de la Constitución no puede llegar hasta la sustitución del poder soberano; no puede transformar una democracia en una autocracia»[36].

Por todo ello, la identidad y estabilidad de un Estado constitucional democrático se edifica en función de la relación armónica del concepto de Constitución normativa, social e histórica; base sobre la cual recién pueden operar el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional; en tanto elementos centrales de todo proceso de

33. García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, pp. 34-41; asimismo, García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*..., *op. cit*, pp. 49-50.

34. Lassalle, Ferdinand. *Ueber Verfassungswesen*. Berlin: Verlag P. Singer, 1907, 76 p.

35. Boutmy, Èmile. *Ètudes de Droit constitutionnel. France – Anglaterre – Ètats-Unis*. Paris: Libraire Armand Colin, 1923, pp. 24-38; asimismo, García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*..., *op. cit*., pp. 46-53.

36. Recasens Siches, Luis. *El poder constituyente su teoría, aplicada al momento español.* Madrid: Javier Morata editor, 1931, p. 77. Sobre los límites a la soberanía, se puede revisar: Lowell, Lawrence. *Essays of government*. Boston and New York: The University Press, Cambridge, 1890, p. 189, donde se recuerdo lo dicho por el Juez Miller de los Estados Unidos « No man in this country is so high that he is above the law. No officer of te law set that at defiance with impunity. All the officers of the government, from the highest to the lowest, are creatures of the law, and are bound to obey it. It is the only supreme power in our system of government » .

reforma constitucional. Pero, en el Perú, si bien la necesidad de la reforma constitucional ha aparecido, cuando el principio democrático de soberanía popular entró en contradicción con el principio jurídico de supremacía constitucional[37], no ha existido, tras de esta situación, un proceso de reflexión política acerca de la fórmula constitucional a adoptar.

Por el contrario, se ha operado intuitivamente con conceptos de Constitución normativa, histórica y social, sin prever las consecuencias de cada una, para la unidad y transformación del Estado Constitucional. Esto es, que se hubieran definido qué instituciones del marco normativo previsto en la Constitución de 1993 no eran suficientes para garantizar la estabilidad y la transformación democrática del Estado constitucional. En este sentido, es claro que si se busca que el pueblo madure democráticamente y deje atrás un régimen constitucional de origen autoritario, es necesario que sus líderes tengan en claro cuál es el nuevo marco institucional a reformar y cuál el método constitucional a utilizar, para llevar a cabo la reforma parcial o total de la Constitución.

Para lo cual, respetar al principio de supremacía constitucional es también una forma de romper con la inestable tradición política peruana. En el Perú no sólo nos hemos pasado haciendo constituciones en respuesta a los requerimientos del caudillo de turno, sino que cada cambio de constitución se ha realizado sin respetar el ordenamiento jurídico precedente y usando cualquier medio para ello. En ese sentido, el actual momento constitucional se presenta como el propicio para reformar parcial o totalmente la Carta Fundamental; pero ésta sólo podrá culminarse –así como se inició– con base no sólo en el consenso político, sino respetando el principio de transformación dentro de la unidad y estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico[38].

En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional[39] estableció que el Congreso por sí solo se encuentra habilitado únicamente para efectuar la reforma parcial de la Constitución; mientras que, si quisiera llevar a cabo una reforma total de la Constitución –artículo. 32° de la misma– debería convocarse al poder constituyente. Es decir que, el Congreso sólo podría elaborar un proyecto de Constitución que luego debe someter, necesariamente, a la voluntad popular, mediante referéndum constitucional. Esta, pues, es la vía

37. De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente...*, *op. cit*., p. 25.

38. Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia...*, *op. cit*., pp. 167-169.

39. Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente N° 014-2002-AI/TC*, del 21 de enero del 2003. Ver: www.tc.gob.pe.

de la reforma constitucional que el Congreso ha asumido, desde la Ley N.° 27600.

En mérito de lo cual, se inició el debate académico, mientras que el debate parlamentario se encuentra inmerso todavía en la coyuntura político nacional. Esto último, ha dado lugar a que la oposición parlamentaria busque liderar el malestar socio-económico de la población, cuestionando el proceso de reforma constitucional y el carácter de reforma total, antes que debatir el contenido de los artículos finales de dicha reforma constitucional[40].

D) Estabilidad jurídica y cambio constitucional

Como la reforma de la Constitución no es una obra acabada, sino que está evolucionando de acuerdo con las fuerzas políticas, sociales y económicas, se puede señalar que el estado actual de entrampe de la reforma constitucional, es la expresión jurídica directa del conflictivo momento histórico del proceso democrático peruano[41]. Pero, la estabilidad jurídica, política y económica democráticas que el pueblo anhela establecer en el país, no debe significar veleidad o inmovilismo constitucional. Por el contrario, la Constitución y su reforma debe permanecer siempre incompleta; porque, si bien pretende encausar el proceso político, económico, social y cultural de la Nación, debe también estar siempre abierta a incorporar los cambios históricos presentes y venideros[42].

Pero, los elementos imprescindibles para llevar a cabo una reforma constitucional justa en un Estado constitucional, como ya se ha señalado, son la democracia como paradigma de la soberanía popular y la Constitución como el marco institucional para el cambio económico, social y jurídico. Pero, con

40. El COMERCIO, *Afirman que reforma constitucional será producto de acuerdo multipartidario*. Lima: edición del 26 de abril de 2003, en www.elcomercioperu.com.pe. Asimismo, LA REPUBLICA, *65% cree necesaria reforma de la Constitución*. Lima, edición del 4 de mayo de 2003, en www.larepublica.com.pe; asimismo, El COMERCIO, *Solari pide acelerar debate de reforma constitucional*. Lima, edición del 7 de mayo de 2003, en www.elcomercioperu.com.pe.

41. Sin embargo, se debe reconocer que se ha avanzado, aunque parcialmente, en la reforma constitucional. *Cfr*. Congreso de la República. *Memoria de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Periodos 2001-2002; 2002-2003*. Lima: Edición oficial, 2003. pp. 53 y ss. Mas recientemente, se ha realizado la reforma de algunos temas trascendentes, tales son, por ejemplo: la reforma del artículo 34° relacionado con el voto militar y policial o de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución referida a los regímenes de pensiones.

42. Hesse, Konrad. *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, *op. cit*., pp- 5-10.

estabilidad política, que es necesaria para el desarrollo del propio Estado constitucional. En esa línea de pensamiento, la reforma constitucional sólo es legítima, cuando su fines y sus medios son democráticos.

En efecto, la democracia sólo se desarrolla en Estados con sistemas jurídicos constitucionales que cumplen con el principio de supremacía constitucional; mas no en la dictadura de la mayoría, así ellas tengan su origen en una mal entendida voluntad popular[43]. En ese sentido, resulta constitucional y también democrático descartar que sea una Asamblea Constituyente la competente para realizar una reforma total de la Constitución. Por el contrario, ésta es válida y legítima si continúa utilizando los mecanismos de la reforma constitucional previsto en los artículos 206° y 32° del texto constitucional de 1993; es decir que el Congreso termine de aprobar el proyecto de ley de reforma constitucional y lo someta a referéndum constitucional.

Opción jurídica compatible con la Constitución, que no puede ser interpretada aisladamente; en el sentido que la convocatoria de un referéndum es un derecho político ciudadano y no una potestad del Congreso. Por cuanto la Constitución es un todo orgánico, sustentado en principios de unidad e integración, que hace de todo el texto constitucional una norma suprema aplicable de manera sistemática[44]. En donde la clásica división liberal entre ciudadanos y autoridad, queda integrada en un Estado constitucional, a través de institutos como el referéndum constitucional.

De allí que, resulta plenamente coherente constitucionalmente que el Congreso pueda convocar a un referéndum constitucional, para que los ciudadanos expresen directamente su voluntad; así como que, éstos tengan también el derecho de tomar la iniciativa de una reforma constitucional parcial o total, para que primero el Congreso la debata y apruebe, así como, luego las autoridades electorales puedan llamar al cuerpo electoral a pronunciarse, mediante el referéndum constitucional.

Pero, como toda decisión de trascendencia política, la reforma constitucional en particular requiere de consenso político y social. Esto es, no sólo del cumplimiento de una «formalidad» constitucional, sino de un pacto democrático-constitucional de los partidos políticos y de las bancadas parlamen-

43. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona: Ariel, 1996. pp. 117 y ss.; BASTIDA, Francisco J. «La soberanía borrosa: la democracia». En *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*, N.° 1, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias, España, 1998. p. 403.

44. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 32.

tarias, para llevar a cabo la reforma. Dicho pacto se logró y se expresó en la Ley N.° 27600, de diciembre del 2001, sobre la necesidad de la reforma constitucional y la forma de realizarla. Pero, progresivamente ha sido desmontado, progresivamente por los partidos de la oposición, en función del desgaste de la popularidad del gobierno.

Por ello, es que resurgen tesis políticas, que recuerdan la ilegitimidad de origen de la Constitución de 1993 y el carácter pétreo del artículo 307° de la Constitución de 1979[45]. Desconociendo que la norma constitucional vigente ha variado en función del curso del tiempo político, ayer autocrático hoy democrático. Al haberse utilizada dicha norma suprema para llevar a cabo la transición democrática y ahora para convenir las fuerzas políticas democráticas en reformarla total o parcialmente. Con lo cual, se realizaron armónicamente los principios de soberanía popular y supremacía constitucional, como condición indispensable para la reforma pacífica de nuestro Estado Democrático Constitucional.

Es que sólo cuando una Constitución ha sido aniquilada, no cabe que la base del nuevo régimen futuro sea confeccionada según el procedimiento y formas previstas por el Derecho anterior. De ahí que cuando una Constitución queda radicalmente destruida no puede suministrar órganos para la confección de la Constitución futura[46].

Por ello, cabe recordar que, cuando el principio democrático se aleja de los contenidos de la Constitución y su reforma, ésta pierde legitimidad social y se convierte en un proceso vacuo que puede perpetuarse en el tiempo, pero no mantendrá su eficacia como proceso fundamental de redemocratización del Estado y la sociedad. Asimismo, cuando el principio de supremacía cons-

45. «Artículo 307°.- Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Así mismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quiénes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado».

46. Recasens Siches, Luis. *El poder constituyente su teoría, aplicada al momento español...*, *op. cit*., pp. 69-70; asimismo, Carré de Malberg, Raymond. *Contribution à la Théorie générale de l´État*. Tome deuxième..., *op. cit*., pp. 495-497.

titucional de un texto constitucional y su reforma, aun cuando tenga escasa legitimidad de origen o sobreviviente, adquiere legitimidad política –principio de soberanía popular– por el uso democrático del referéndum popular, éste se convierte en el marco institucional para democratizar el desarrollo del Estado y la sociedad. Precisamente, esta es, pues, la relación que existe entre la reforma constitucional total o parcial y la actual Constitución de 1993.

2.2.2. Tribunal Constitucional y límites al poder de reforma

Sin embargo, hay un tema todavía pendiente de desarrollo como es el de los límites al poder de reforma constitucional, lo cual sí ha sido materia de análisis y pronunciamiento en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional[47]. Es, por lo tanto, a partir de este pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución que –siguiendo a Pedro DE VEGA[48]–se aborda en esta parte los límites tanto formales como materiales al poder de reforma de la Constitución.

A) Principio de soberanía y reforma constitucional

El artículo 45° de la Constitución de 1993 establece que el poder del Estado emana del pueblo, lo cual constituye la expresión política del principio de la soberanía popular, propio de todo Estado constitucional democrático con el que se identifica la Nación. En tal sentido, cabe señalar que la Constitución es el fundamento de legitimidad y validez de todo el ordenamiento instituido por ella[49]. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas.

De ahí que se haga necesario que quienes ejercen el poder deben estar sometidos a la expresión popular propia de un régimen democrático que se

47. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N-° 0050-2004-AI/TC y otros.

48. DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente..., op. cit.* pp. 217 y ss.

49. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. pp. 104 y ss.; Kelsen, Hans. *Introducción a la teoría pura del Derecho*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Procesal, 3.a edición, 2001. pp. 75 y ss.

encuentra consagrada en el texto constitucional, que es también instrumento máximo de garantía un Tribunal Constitucional, cuya misión, a la postre, no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución.

Por otro lado, la Constitución (artículo 45°) establece también que quienes ejercen el poder lo hagan pero dentro de las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen; limitación que, por cierto, también alcanza al Tribunal Constitucional. Es que la Constitución, cuando se refiere éste, «no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones «constitucionalmente relevantes», sino que determina su composición, los órganos y método de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, recibe ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos»[50].

Es más, se puede señalar que, en un Estado constitucional, el rol principal del Tribunal Constitucional no es otro que tutelar la constitucionalidad de los actos y las normas y, por lo cual, se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica[51]. De esto se desprende que, al ser un órgano primordial en la configuración y vigencia del Estado constitucional democrático, el Tribunal Constitucional debe propiciar en un máximo sentido que la Constitución sea cumplida en toda su plenitud y dimensión, por ello el Tribunal ha reconocido que «en todo proceso sometido a su competencia debe reconocer que la Constitución actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*».

Sin embargo, surge una duda respecto de la posibilidad de excluir expresamente al Tribunal de cualquier acto de control de la reforma constitucional, porque se estaría asignando a éste la condición de cuestión política no justiciable[52]. Se arguye, además, que, al no estar prevista expresamente en la Constitución (artículo 200, inciso 4) una ley de reforma constitucional, no podría aparecer como objeto de impugnación a través de un proceso de inconstitucionalidad.

50. García Pelayo, Manuel. «El «status» del Tribunal Constitucional». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.° 1, Vol. I, enero-abril, Madrid, 1981. pp. 13-14.

51. Artículo 1 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (Ley N° 28301).

52. Landa, César. «Justicia constitucional y political questions». En *Anuario Iberoamericano de Derecho Justicia Constitucional*, N.° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. pp. 173 y ss.

Al respecto, cabe señalar que las *political questions* no son ilimitadas y, por tanto, no pueden quedar absolutamente libradas a la discreción del órgano que la actúa, sino que se encuentra sometida también a ciertos parámetros, dentro de los cuales, y quizás el principal, es el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad.

Es pertinente señalar, por lo demás, que el Tribunal Constitucional, en tanto principal garante de la Constitución, debe velar porque la Norma Suprema no sea, en sí misma, vulnerada a través de reformas constitucionales que puedan atentar tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos sobre los cuales se sustenta, como contra los titulares y los procedimientos establecidos para una reforma constitucional. Ahora, si bien el Tribunal Constitucional es competente para analizar la constitucionalidad de una ley de reforma constitucional, se debe precisar cuál es el parámetro de esa actuación.

La controversia se suscita porque, de un lado, la Constitución es el parámetro básico de actuación del Tribunal Constitucional y, por otro, se plantea la siguiente cuestión: ¿hasta dónde el Tribunal puede llegar a examinar, como parte de su competencia implícita, su propio marco constitucional de control?

Para intentar dar una respuesta a esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha sostenido que puede analizar la constitucionalidad de una norma de reforma constitucional, siempre y cuando dicha reforma afecte el «contenido fundamental» de la Constitución[53]. Para determinar este núcleo, es imprescindible considerar los parámetros que la propia reforma constitucional asume como parte de su ordenación constitucional. Esto quiere decir que si, a través de una ley de reforma constitucional, se vulnera la esencia misma de la Constitución, el Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución (artículo 201°) tiene legitimidad para intervenir, excepcionalmente, como un ente competente para analizar la ley de reforma constitucional impugnada.

Pero el control de constitucionalidad, por parte del Tribunal, de una ley de reforma constitucional sólo se puede realizar a partir del «contenido fundamental» de la Constitución; es decir, a partir de los límites, explícitos o implícitos al poder de reforma.

53. Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Reus, 1985. pp. 103 y ss.; Canosa Usera, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1988. pp. 249 y ss.

B) Límites de la reforma constitucional

La cuestión de los límites de la reforma de la Constitución[54] está estrechamente vinculada con el poder constituyente y con el poder de reforma o poder revisor, además de las características que los diferencian. En efecto, el primero tiene la calidad de soberano, y una vez que, como fruto de esa soberanía, surge la Constitución, se transforma, convirtiéndose en poder jurídico. El segundo, por su parte, al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia o «contenido fundamental»[55].

En una aproximación de carácter inicial, cabe señalar que todo cambio que se realice o intente realizar a la Constitución, no puede alterar su identidad; es decir, la adecuación de las normas constitucionales sirve, más bien, para confirmar o reafirmar su identidad, en un sentido de evolución normativa y social. En este marco, es que se hace imprescindible diferenciar entre *interpretación* y *mutación*.

La interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema. En este marco, la doctrina constitucional sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente[56]. Por lo tanto, desde la perspectiva de la reforma constitucional, un sistema es estable si mantiene conformidad con el desarrollo de los principios constitucionales, o requerirá una adaptación, si ésta no vulnera la esencia constitucional sobre la que se fundamenta formalmente la comunidad política.

Teniendo claro que no toda reforma constitucional se produce de conformidad con la identidad de un sistema, que en el caso peruano se de-

54. Da Costa e Silva, Gustavo Just. *Os Limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro, 2000. pp. 73 y ss.

55. Marbury, William L. «The Limitation Upon the Amending Power». En 33 Harvard Law Review, 223, 223-24 (1919); Frierson, William L. «Amending the Constitution of the United States: A Reply to Mr. Marbury». En *Harvard Law Review*, 33 (1920) 659-66.

56. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1983. p. 91.

fine en el Preámbulo y los principios fundamentales[57], cabe analizar, en primer lugar, los límites formales; y, en segundo término, los límites materiales del poder de reforma.

B.1. Límites formales

Con respecto a los límites formales, en anterior oportunidad, el Tribunal Constitucional ha señalado[58] que los límites formales son aquellos que están referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables y que se encuentran referidos a lo siguiente:

I) En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.

II) En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación, promulgación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

III) En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.

En efecto, en nuestro ordenamiento constitucional, se ha previsto el procedimiento de reforma en el artículo 206º de la Constitución. Esta disposición constitucional implica que tal procedimiento no podría ser modificado por el poder constituido, sino, *prima facie*, por un poder constituyente instituido. En ese sentido, la Constitución establece, en el mencionado artículo, que «toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Pre-

57. Landa, César. «The Constitutional Reform in Peru as a stage of Constitutional State». En *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 52, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004. pp. 87 y ss.; Congreso de la República del Perú. *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución*. Lima: Edición oficial, 2002. pp. 17 y ss.

58. Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 014-2002-AI/TC.

sidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral».

De modo que todo acto de reforma constitucional debe ser intrasistémico, en la medida que está reglado por el artículo 206° de la Constitución; salvo que se trate de un cambio fundamental de la Constitución, lo cual al ser un hecho extrasistémico se funda en un nuevo orden jurídico y político[59].

De ahí que se pueda señalar que la Constitución permite al Congreso, como órgano constituido, ejercer la función constituyente derivada, pero siempre que observe las formalidades prescritas para ello en el texto constitucional. Ello es así en la medida que la Constitución (artículo 45) establece, por un lado, que el poder se ejerce según las limitaciones que ella impone; y, por otro lado, que el Congreso, según lo estipula el artículo 102º, debe velar por el respeto de la Constitución y de las leyes.

El sometimiento del Congreso a la Constitución obliga a éste, por tanto, a respetar los límites formales al momento de dictar una ley de reforma constitucional, porque debido a que la autoridad del poder de reforma tiene como soporte la propia Constitución, su contenido no puede poner en cuestión su fundamento ni su razón de ser.

Ahora bien, en la medida que el poder de reforma proviene de la propia normatividad y normalidad constitucionales, pueden enunciarse, cuando menos, dos corolarios básicos al respecto:

I) Que sus posibilidades formales de actuación son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere; y,

II) Que sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución tienen, por necesidad, que ser también limitadas.

Por lo demás, es del caso señalar que las disposiciones de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional; de ahí que la reforma de la Constitución, por lo poderes constituidos que se realice al margen de los límites formales previstos en ella devienen en nulas e ineficaces. Es decir, en cuanto la validez de una disposición depende de su correspondencia con la forma –y en su caso con el contenido– de otra superior, no puede válidamente aplicarse a sí misma. Por lo tanto, las disposiciones que regulan la reforma, en cuanto no pueden aplicarse a sí mismas, se convierten en irreformables[60].

59. De Vega, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente..., op. cit.* p. 274.

60. De Cabo Martín, Carlos. La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho. Madrid: Trotta, 2003. p. 44.

Ahora bien, cabe decir que, precisamente ese es motivo por el cual el Tribunal Constitucional se declaró competente, en relación con el procedimiento de reforma constitucional, a fin de evaluar si ellas se habían realizado o no respetando los procedimientos previstos en la propia Constitución; es decir, en este aspecto, la competencia del Tribunal se concretizó en la evaluación de si se habían transgredido los límites formales de la reforma constitucional.

B.2. Límites materiales

Con respecto a los límites materiales, el Tribunal Constitucional ha afirmado[61] que son aquellos límites que se refieren a los contenidos intangibles de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma intrasistémico. Ello se explica porque el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede alterar el contenido fundamental de la Constitución, sin convertirse ilegítimamente en soberano.

Los límites materiales pueden ser expresos e implícitos, si bien a ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder de reforma de la Constitución. Sobre los límites materiales expresos, llamados también «cláusulas pétreas» son aquellos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional que están fuera del alcance de cualquier intento de reforma. Éste es el caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958[62], el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947[63] o el artículo 119° y 120° de la Constitución de la República Dominicana de2002[64]; y, en el caso peruano, del artículo 182° de la Constitución de 1839[65], el artículo 142° de la Constitución de 1933[66].

61. Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 014-2002-AI/TC.

62. «Artículo 89.- (...) No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma».

63. «Artículo 139.- La forma Republicana no puede ser objeto de revisión constitucional».

64. «**ART. 119.**- Ninguna reforma podrá versar sobre la forma de Gobierno, que deberá ser siempre civil, republicano, democrático y representativo.

ART. 120.- La reforma de la Constitución sólo podrá hacerse en la forma que indica ella misma, y no podrá jamás ser suspendida ni anulada por ningún poder ni autoridad ni tampoco por aclamaciones populares».

65. «Art. 182º.- Es inalterable la forma de Gobierno Popular Representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo, y la división e independencia de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial».

66. «Artículo 142º.- No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede

Debemos señalar, al respecto, que dentro de los límites expresos, en el caso de las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional, no se ha previsto específicamente ninguno; lo cual no obsta para reconocer que el artículo 32º[67], al reconocer la posibilidad de someter a referéndum la reforma total de la Constitución, impone como límite expreso el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales[68]. En términos generales, se puede afirmar que el Congreso tampoco puede modificar aquellas cláusulas intangibles expresas, en la medida que dichos límites imposibilitan el ejercicio del poder constituyente derivado de los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como intangibles.

Sobre los límites materiales implícitos se puede señalar, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la «aniquilación» de la Constitución misma. Tales son los casos, verbigracia, de los principios referidos a la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), el principio de soberanía del pueblo (artículo 54º de la Constitución), los principios de la Constitución económica (artículo 58º de la Constitución), la forma republicana de Gobierno y, en general, el régimen político y la forma de Estado (artículo 43º de la Constitución).

Estos principios supremos forman el «contenido fundamental» de la Constitución con un carácter de inmodificables por el poder de reforma constitucional, de los cuales el Tribunal Constitucional es un atento guardián. Pero si bien es cierto que ello coloca al Tribunal por encima del Poder Legis-

---

ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformatoria o derogatoria, y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública».

67. «Artículo 32°.- Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;

2. La aprobación de normas con rango de ley;

3. Las ordenanzas municipales; y

4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor».

68. Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 014-2002-AI/TC (FJ 97).

lativo y frente al poder constituyente –en tanto su vocero–, es verdad también que no queda exento del carácter excepcional y autolimitado de su facultad de control de constitucionalidad[69].

III. CONCLUSIÓN

Los procesos de reforma constitucional en los países de América Latina, en general, y en el Perú, en particular, se han realizado, hasta no hace mucho, sin observar el procedimiento establecido por las propias constituciones. Sin embargo, esta situación se ha ido revirtiendo paulatinamente en la medida que los Tribunales Constitucionales han asumido, en tanto guardianes de la Constitución, una actitud vigilante a fin de que los procesos de reforma constitucional se realicen dentro del marco establecido por los límites formales y materiales.

En el caso del Perú, cabe señalar que, sobre la base de las sentencias del Tribunal Constitucional, por un lado, sobre la reforma de la Constitución de 1993 y, de otro lado, sobre los límites al poder de reforma constitucional, la reforma constitucional en el Perú ha quedado constitucionalmente encausado.

Ello porque los pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución no sólo han permitido que el proceso de reforma constitucional se lleve a cabo a través de los procedimientos establecidos en la Constitución misma, sino que también se realice respetando los límites materiales y formales, así como los límites explícitos e implícitos que la Ley Fundamental también incorpora.

Bajo estas consideraciones se debe afirmar que el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre el poder de reforma de la Constitución, no está haciendo otra cosa que actualizar la reforma constitucional en tanto instrumento de defensa de la Constitución, a través del reconocimiento de los límites democráticos expresos e implícitos al poder constituyente instituido, orientados a proteger y fortalecer, por lo demás, el sistema democrático.

Lima, junio de 2005.

69. PEGORARO, Lucio. «Tribunales Constitucionales y revisión de la Constitución». En *Pensamiento Constitucional*, N.° 6, Año VI, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999. p. 240.

Poder constituyente y reforma constitucional

Roger Rodríguez Santander
Asesor del Tribunal Constitucional del Perú.
Miembro del Comité de Redacción

SUMARIO: I. Introducción; II. El poder constituyente: una aproximación histórica al concepto; III. Poder constituyente y poder reformador; IV. Límites al poder reformador; V. Entre un poder constituyente ilimitado y la juridicidad del Estado Constitucional; VI. La distinción entre Constitución material y Constitución formal: premisa para la comprensión de los conceptos de reforma parcial y reforma total de la Constitución; VII. Breve análisis de la STC 0014-2002-AI; VIII. Una reflexión final.

«A medida que la Constitución va pasando por la prueba del tiempo, van consolidándola los mismos acontecimientos que han permitido apreciar su vitalidad, tanto que, en definitiva, se la puede considerar menos como una creación voluntaria de sus fundadores que como la resultante y el producto de todas aquellas causas o fuerzas sociales y nacionales que contribuyeron a asegurar su duración.»

(Carré de Malberg, R. Teoría general del Estado. México: Facultad de derecho, UNAM; Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 1198, nota 17)

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la aprobación de la Ley N.° 27600, publicada el 16 de diciembre de 2001, en julio de 2002, la Comisión de Constitución del Congreso de la República dictaminó el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 1993. A partir de entonces se esperaba que en no más de 10 meses el Pleno congresal lo someta a debate, decidiendo si lo aprobaba o, en caso contrario, si lo enviaba a otra Comisión. Si el proyecto resultaba aprobado, por mandato de la referida Ley N.° 27600, el Legislativo estaría obligado a convocar a la ciudadanía para que, por vía de un referéndum, ratifique la reforma constitucional, ocurrido lo cual nacería una nueva Constitución escrita, quedando abrogada la Constitución de 1993.



Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina
Nº 1 - Año I - setiembre, Lima 2005

Doctrina constitucional comparada

- Alessandro Pace:
  «Muerte de una Constitución»
- Alfonso Celotto:
  «El control sobre la reforma constitucional en Italia»

Muerte de una Constitución*

ALESSANDRO PACE
Profesor ordinario de Derecho Constitucional
Universidad de la Sapienza - Roma

1.- El 6 de diciembre de 1998 Hugo Chávez Frías, de 44 años, ex-teniente coronel de paracaidistas y autor del fallido golpe de estado del 4 de febrero de 1992, es elegido Presidente de la República de Venezuela con el 56% de los votos, sobre la base de un programa electoral en el que proponía aumentar de forma inmediata el poder adquisitivo de la masa popular con los recursos derivados de la lucha contra la corrupción y el fraude fiscal (el 80% de los venezolanos vive, en efecto, en evidentes condiciones de extrema pobreza). Aun antes de iniciar el ejercicio de sus funciones, el Presidente electo anuncia su intención de convocar lo antes posible un referéndum consultivo sobre la formación de una Asamblea Constituyente.

El 19 de enero de 1999, la sección político-administrativa de la Corte Suprema de Justicia, con dos sentencia (nº 17 y 18) dictadas en el ejercicio de su competencia de interpretación de las leyes ordinarias, a raíz de dos recursos interpuestos por asociaciones privadas, interviene en el encendido debate suscitado entre los partidos políticos y en el seno de la opinión pública, en relación con el procedimiento a seguir para poder convocar una Asamblea Constituyente: si ha de ser por el trámite de un referéndum consultivo o a partir de una reforma de la Constitución vigente. Basándose en una discutible (y también extensiva) interpretación de los artículos 4 y 50 de la Constitución y no -como debería haber sido- en la interpretación sólo del Art. 181 de la Ley Orgánica sobre el Sufragio y la Participación Política (LOSPP), la Corte hace suya la tesis sostenida por Chávez y establece, por tanto, la plena legitimidad constitucional de la convocatoria de un referéndum de tales características, no obstante la vigencia de la Constitución de 1961, y a pesar de que ésta prevea en su Art. 246 un procedimiento específico para su reforma total (distinto de aquel previsto para sus modificaciones puntuales).

El 2 de febrero de 1999, el teniente coronel Chávez, al tomar posesión de su cargo como Presidente de la República de Venezuela, pronuncia las

* Traducción realizada por el Prof. Dr. Benito Aláez Corral, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

siguientes palabras: «*Juro delante de Dios, juro delante de la Patria, juro delante de mi pueblo que sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas necesarias para que la República nueva tenga una Carta Magna adecuada a los nuevos tiempos. Lo juro*». Ese mismo día, el Presidente Chávez firma el decreto de convocatoria del referéndum sobre la Asamblea Constituyente, que incluía dos preguntas formuladas a cada uno de los ciudadanos: 1ª) «: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?»; 2ª)»¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?».

La segunda de las cuestiones formuladas (hecha suya en el ínterin por el Consejo Nacional Electoral mediante una decisión autónoma, impugnable como tal judicialmente), fue, sin embargo, anulada por la misma sección político-administrativa de la Corte Suprema, en sentencia nº 271 de 18 de marzo de 1999, a raíz de un recurso presentado por un elector. Esta segunda pregunta, que implícitamente ratificaba la confianza en el Presidente Chávez, tenía para la Corte un valor plebiscitario ilícito y no meramente consultivo, como, sin embargo, se desprendía del Art. 181 LOSPP, acorde con la citada sentencia nº 17 de 1999[1]. Consecuentemente, el Consejo Nacional Electoral reformula la segunda de las cuestiones, como sigue: «¿Está Usted de acuerdo con las bases propuestas por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, examinadas y parcialmente modificadas por el Consejo Nacional Electoral en su sesión de 24 de marzo de 1999, íntegramente publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela nº 36.669 de 25 de marzo de 1999?».

El 25 de abril de 1999, con la abstención de más del 60% de los electores, la «convocatoria» de la Asamblea Constituyente obtiene un resultado positivo, gracias, también, a las mencionadas normas para la elección de la Asamblea Constituyente, preconfiguradas por el Consejo Electoral Nacional (las llamadas bases comiciales que Chávez había querido determinar autónomamente: véase la originaria formulación de la segunda pregunta). Esta

1. Anteriormente, con la sentencia del 4 de marzo de 1999, la misma sección había desestimado un recurso que pretendía la anulación de esta misma cuestión, sobre la base de los mismos requisitos pero dirigido directamente contra el decreto presidencial, por lo que era, como tal, inadmisible. Esta decisión, así como el resto de los datos referidos en esta primera parte del comentario, es posible hallarlos en Internet en el URL http://www.analitica.com/constituyente

normativa prescribe, ciertamente, que a los fines de la validez de la consulta referendaria es suficiente la mayoría relativa de los votos, sea cual sea el resultado.

El resultado, pues, es el siguiente: sobre 3.983.302 votantes (las abstenciones suman 6.543.062 electores, el equivalente al 62%), el «sí» a la primera cuestión lo dieron 3.500.746 electores, el equivalente al 92, 36%, mientras el «sí» a la segunda cuestión lo dieron 3.259.812 electores, el equivalente al 86, 43%. La intención de Chávez de «tumbar la Constitución de 1961« está ahora ya a un paso de su realización[2].

2.- La sentencia que aquí se comenta es la primera de las dos decisiones de 19 de enero de 1999 (y también la más importante, dado que la segunda es prácticamente confirmación de la primera), con la cual la Corte Suprema venezolana, como ya se ha señalado, ha considerado legítimo instituir una Asamblea Constituyente mediante un referéndum popular consultivo, a pesar de la vigencia de la Constitución de 1961, y aunque esta Constitución prevea un procedimiento especial para su reforma total.

La sentencia deja mucho que desear tanto en su coherencia argumentativa como en su claridad conceptual; a pesar de ello, está siendo objeto de atención y reflexión, sea por la importancia práctica que ha tenido en Venezuela -tal decisión ha legitimado con toda su autoridad una decisión política muy discutible desde el punto de vista jurídico-, sea por la relevancia teórica de los problemas por ella afrontados, esto es, la posibilidad de identificar el poder constituyente con la soberanía constitucionalmente reconocida al pueblo, además de singularizar entre los derechos constitucionales implícitamente atribuidos a la persona humana el derecho de los ciudadanos a participar en un referéndum, para ser consultados sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente. Pero no sólo por esto. La sentencia también es importante por los problemas que se someten a la misma, aunque no los afronte explícitamente, y que implican: la naturaleza (jurídica o fáctica) del poder constituyente cuando éste se ejerce de forma pacífica; y la naturaleza (constituyente o constituida) del poder general (o total) de reforma.

Antes de ir más allá, se debe, sin embargo, subrayar que la situación político-institucional venezolana era, y es, muy compleja, y que sería un error considerar que la Corte Suprema se ha alineado apriorísticamente en favor del Presidente Chávez. Más bien la forma de nombramiento de sus jueces

2. Según los críticos del nuevo Presidente, el diseño político de Chávez sería aquél consistente en concentrar en sus manos los tres poderes del Estado, para poder afrontar la profunda crisis económica y social venezolana. Véase la carta de J. J. Aznárez en el diario español *El País* de 25 de abril de 1999, 12.

(elegidos por las dos Cámaras en una sesión conjunta: Art. 214 de la Constitución) podría demostrar desde un punto de vista «periodístico», en todo caso, la opinión contraria[3]. Sea como sea, la violenta polémica surgida a primeros de abril entre el Presidente Chávez, que negaba «autoridad legítima y moral» a la Corte Suprema, y esta última, que, como única respuesta, ha declarado oficialmente en sesión plenaria exigir que el ciudadano Presidente de la República Hugo Chávez Frías cese en su actitud irrespetuosa y hostil contra la Corte Suprema de Justicia, a la que corresponde como función primordial preservar el Estado de Derecho[4], priva de todo fundamento a la tesis -que sólo un lector superficial podría deducir de las sentencias nº 17 y 18 de 1999- según la cual, con la decisión aquí comentada, la Corte Suprema habría intentado favorecer al Presidente Chávez. Y, ciertamente, la independencia de la Corte Suprema respecto del Presidente constituye un elemento importante de reflexión que surge de las vicisitudes venezolanas, de las que emerge la existencia no de un movimiento unitario dirigido a la instauración de un nuevo orden constitucional contrario a otro movimiento unitario opuesto, sino de una multiplicidad de posiciones, algunas contrarias a la instauración de una nueva Constitución, otras, sin embargo, favorables, pero diferenciadas entre sí, por la diversa estrategia en cuanto a la modalidad de establecimiento de la Asamblea Constituyente. Lo cual no es distinto de lo que ocurre, en general, en tales situaciones quebradizas (en particular, no es distinto de los que aconteció en la posguerra en Francia y en Italia y, más recientemente, en España), pero, precisamente por ello, debe servir para reflejar críticamente, una vez más, la validez conceptual de *apriorísticas* identificaciones subjetivas del titular del denominado poder constituyente[5].

Una segunda premisa -aunque debería ser muy obvia- es que, en el examen de la sentencia y de las vicisitudes institucionales venezolanas, uno no se debe dejar condicionar por la simpatía hacia la «constitución moribunda» o por el aclamado «bolivarismo» del Presidente Chávez. Sin tomar partido por uno o por otro, nos limitaremos, por tanto, a verificar la corrección jurídica

3. Véase, incluso, la carta antes mencionada, publicada en *El País* de 25 de abril de 1999.

4. El texto del comunicado oficial de la Corte Suprema de Justicia puede leerse íntegramente el sitio Web de la Corte Suprema de Justicia venezolana, en el URL http://www.csj.gov.ve .

5. Con tal locución, trato de referirme aquí, como ya he hecho en escritos precedentes (publicados por segunda vez en *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova, 1997, pág. 59 y ss., 105 y ss., a los que se añade *Processi costituenti italiani 1996-1997*, también publicado en *Studi in onore di L. Elia*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1999, pág, 1127 ss.), al poder *de hecho* tendente a la instauración -pacífica si es posible, pero también violenta, si fuera el caso- de una

de las argumentaciones colocadas como fundamento de la sentencia aquí comentada.

3.- Los pasajes fundamentales de la sentencia son los siguientes:

Primer problema. La competencia interpretativa de la Corte Suprema de Justicia. La Corte afronta, ante todo, el problema de su propia competencia para pronunciarse sobre la interpretación del art. 181 de la mencionada LOSPP[6], y lo resuelve positivamente a la luz de la combinación de lo dispuesto en el art. 42.24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (LOCSJ) - el cual atribuye precisamente a la Corte la competencia para «conocer del recurso de interpretación y (para) resolver las cuestiones que se plantean acerca del alcance y significado de los actos legislativos en los casos previstos por la Ley»- con lo dispuesto en el art. 234 de la LOSPP, el cual, a su vez, admite el recurso de interpretación en materia de referéndum consultivo. Y

---

nueva Constitución. Sin embargo, que se trata de un efectivo poder constituyente, en general, se sabrá sólo *ex post*, es decir, después de que la «nueva» Constitución haya sido no sólo aprobada sino también legitimada por el consenso popular (en este sentido véase también M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, en *Riv. Dir. Cost*. 1996, pág. 154): tal poder es ejercitado por concretos líderes carismáticos, por el monarca, por grupos o por movimientos políticos, a fin de «orientar la historia, pero al mismo tiempo pararla, para imprimir al futuro la fisonomía del hoy, eternizándola» (así, muy perspicazmente, M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, pág. 66), y, por ello, moviéndose *en contraste* con el orden constitucional precedente, o *en ausencia* de éste, pero siempre bajo la presencia del anterior ordenamiento estatal, cuya continuidad no se halla condicionada por eventuales modificaciones constitucionales [sobre este punto, véase por todos, V. Crisafulli, *La continuità dello Stato*, (1964), también publicado en Idem, *Stato, popolo, governo*, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 3 y ss., 35 y ss. La identificación del poder constituyente (de hecho) sólo con el poder de instauración violento y, al mismo tiempo, la no percepción de que el ordenamiento jurídico no desaparece con la mutación de la Constitución del Estado, es lo que, sin embargo, ha inducido a R. Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, Tome II, Sirey, Paris, 1922, pág. 495, 497 ss., a considerar, erróneamente, que todo cambio constitucional, incluso aunque sea total, debe llevarse a cabo «según las reglas establecidas por la Constitución que se intenta modificar». J. L. Requejo Pagés, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, pág. 57 ss. y 101 ss. distingue, exactamente, el poder constituyente *de la Constitución,* del originario poder constituyente *del Estado* (y, por ello, considera las modificaciones constitucionales irrelevantes para la continuidad del ordenamiento jurídico), pero, a diferencia de cuanto aquí se comparte, considera que el poder constituyente *de la Constitución* está jurídicamente condicionado por las Constituciones positivas precedentes del mismo Estado].

6. El art. 181 de la LOSPP dispone: «El Presidente de la República en Consejo de Ministros, el Congreso de la República por acuerdo adoptado en sesión conjunta de las Cámaras, convocada con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación a la fecha de su realización, por el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros presentes; o un número no menor del diez por ciento (10%) de aquellos electores inscritos en el Registro Electoral, tendrán la iniciativa para convocar la celebración de un referendo, con el objetivo de consultar a los electores sobre decisiones de especial transcendencia nacional.

con ello, asistimos al primer salto lógico de la sentencia aquí comentada. Después de haber replicado que «el recurso ha sido previsto exclusivamente para determinar el alcance y significado de los actos legislativos, en los casos previstos en la Ley», la Corte, contradiciéndose, extiende su jurisdicción interpretativa a la propia Constitución venezolana (con referencia primero al art. 4 y después al art. 50), y lo hace, observando que la doctrina más autorizada considera ya superada la interpretación de la ley «realizada de manera subsuntiva y aislada», debiendo el intérprete, aunque su atención se concentre en la concreta ley de que se trate, tener en cuenta «el ordenamiento jurídico como combinación de principios, valores y métodos dirigidos a integrar los textos legales en el proceso de aplicación del derecho». Esto se puede compartir con carácter general, pero no cuando la competencia interpretativa del órgano jurisdiccional se halla reducida *exclusivamente* a los actos legislativos. En tal caso, el magistrado, en el ejercicio de esta competencia, deberá tener en cuenta los principios y valores constitucionales con el fin de interpretar correctamente la norma legislativa ordinaria, pero no podrá extenderse hasta el punto de ampliar el contenido mismo de su competencia interpretativa, llevándola a abarcar *directamente* las mismas normas constitucionales. Por lo demás, la misma estudiosa española, expresamente citada por la Corte a tal efecto, no ha dudado en afirmar que «la interpretación no puede ir más allá de los límites definidos en el sistema de fuentes, alterándolos»[7].

Segundo problema. ¿Supremacía de la Constitución o primacía de la soberanía popular? ¿Puede la Constitución, como norma suprema fundamental, prever y organizar los propios procesos de su transformación y modificación o debe considerarse que siempre pertenece al «pueblo soberano», en tanto titular del poder constituyente, el llevar a cabo y aprobar cualquier modificación constitucional? Esta cuestión -que la Corte expone de forma dramática (si fuese cierta la primera tesis, se vería salvaguardada la supremacía constitucional, pero el principio democrático se habría convertido en retórica vacía; sin embargo, si fuese cierta la segunda tesis, se vería preservada la soberanía popular, pero se perjudicaría irremediablemente la supremacía constitucional)-, correctamente vista, plantea una falsa alternativa.

La primera inexactitud reside en que -al contrario de lo que opina la Corte- poder constituyente y soberanía popular, reconocida en la Constitu-

La celebración de los referendos en materias de interés propio de los Estados y Municipios, se regirá por los establecido en las normas que los rigen, respectivamente.».

7. M. L. Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 115.

ción («*legal sovereignty*» en el léxico de I.W. Jennings[8]), no se identifican. El primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda -en tanto reconocida por la Constitución- se plasma en poderes jurídicos y en derechos funcionales, ambos esencialmente limitados[9]. En efecto, los límites del poder constituyente son meros límites de oportunidad (autolímites políticos) que el sujeto que pretenda ejercitar tal poder (si ya lo hubiese ejercitado sólo se sabrá, en general, *ex post*) no puede sino respetar, siempre que quiera que su proyecto constituyente se convierta en una realidad efectiva mediante la sucesiva legitimación popular de la Constitución. Por el contrario, los límites de ejercicio de la soberanía (jurídica) popular proceden de la Constitución, en tanto norma suprema organizadora de todos los poderes públicos, tal y como explícitamente (y también de forma realista) ha establecido, por ejemplo, el art. 1.2 de la Const. italiana, el art. 20.2 de la Ley Fundamental de Bonn y el art. 4 de la misma Constitución venezolana. La autorizada afirmación, conforme a la cual «en el Estado constitucional no hay soberano»[10], significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados.

La segunda inexactitud se encuentra en la afirmación de la pretendida existencia de un poder constituyente del pueblo. La experiencia histórica concreta muestra que el poder constituyente ha sido siempre ejercido por el monarca, por un líder carismático y/o por facciones y movimientos políticos; pero no por el pueblo, el cual, sin embargo, *siempre* ha desempeñado otra función -no menos importante, pero esencialmente diversa-: aquélla de *legitimar* o rechazar la Constitución, no sólo en el trámite de su ratificación (cuando ésta ha sido prevista), sino también en las primeras fases inciertas de aplicación de la «nueva» Constitución, cuando la efectividad de ésta no se confunde ya con la efectividad del ordenamiento jurídico en su

8. I. W. Jennings, *The Law and the Constitution*5, Univ. of London, London, pág. 144 ss.

9. Sobre el carácter limitado de la soberanía jurídica, véase también M. Luciani, *L'antisovrano*, ob. cit., pág. 136 ss., que, entre otras cosas, recuerda la exacta afirmación de H. Kelsen, *Il problema della sovranità* (*Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920), traducción italiana de A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989, pág. 65, según el cual, «el Estado (...), conforme a su esencia más profunda, es en sí mismo un ordenamiento, límite y limitación. Un Estado sin límites e ilimitable sería un ordenamiento sin orden, un límite no limitado».

10. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1994, pág. 121 ss., etc...

conjunto[11]. Adviértase, sin embargo, que lo que se tiene en cuenta en la legitimación no es la soberanía *jurídica*, sino la soberanía popular *de hecho* («*political sovereignty*» en el ya mencionado léxico de I. W. Jennings), que, como tal, no está disciplinada ni es disciplinable por el derecho.

De nuevo sobre el segundo problema. La solución de derecho positivo de la Corte venezolana. Siendo irresoluble, desde un punto de vista lógico, la cuestión por ella misma planteada (tendente a encontrar una solución al caso concreto que garantice a un tiempo la supremacía jurídica de la Constitución y la primacía jurídica de la soberanía popular), la Corte suprema la resuelve .... abriendo una «vía de escape» en el plano del derecho positivo, a costa de no pocas «invenciones» interpretativas y requiebros lógicos.

Aunque ella misma admita que «conforme a los criterios interpretativos tradicionalmente considerados válidos», el art. 4 de la Const. venezolana, cuando establece que «La soberanía reside en el pueblo, quien la ejerce, mediante el sufragio, por los órganos del poder público», se refiere «exclusivamente al principio de la representación popular», la Corte se aparta de esta interpretación absolutamente correcta. Superponiendo su propia voluntad a la del constituyente de 1961, opina que un sistema participativo «consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce. De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación».

En otras palabras, olvidándose de haber admitido poco antes que ésta no es la opción positivamente adoptada por el art. 4 de la Const. venezolana, la Corte se contradice y, apelando al art. 50 de esta Const. («La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.»), colma la pretendida laguna...excluyendo que la misma exista. Consecuentemente, afirma que «el *referéndum* previsto por la LOSPP es un derecho inherente a la persona humana no enumerado, cuyo fundamento se encuentra en el art. 50 de la

11. Son de obligada referencia las espléndidas páginas de C. Esposito, *La consuetudine costituzionale* (1962), publicado también en Idem, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 306 ss.

Constitución». Y concluye: «... la interpretación que debe atribuirse al artículo 181 de la LOSPP, respecto del alcance del referéndum consultivo que consagra, en cuanto se refiere al caso concreto objeto del recurso que encabeza las presentes actuaciones, es que: a través del mismo puede ser consultado el parecer del cuerpo electoral sobre cualquier decisión de especial trascendencia nacional distinto a los expresamente excluidos por la propia LOSPP en su artículo 185, incluyendo la relativa a la convocatoria de una Asamblea Constituyente».

Sin embargo, es evidente cómo, para llegar a tal conclusión, la Corte, en primer lugar, ha desatendido -por su misma admisión- la única interpretación tradicionalmente considerada válida del Art. 4 de la Const. venezolana; en segundo lugar, ha considerado posible un ejercicio directo de poderes «soberanos» expresamente prohibidos por aquella norma; y, finalmente, ha aplicado al ejercicio de los poderes «soberanos» o, si se quiere, al ejercicio privado de una función pública (¡esto es, al *referéndum* con finalidad institucional!) una norma, como el art. 50 de la Const. venezolana, que tiene su exclusiva razón de ser en únicamente en la referencia a las libertades civiles «inherentes a la persona humana» (véase la analogía con la enmienda IX de la Const. de los EE.UU.).

Pero las críticas no sólo son éstas. ¿Afirmar que el art. 4 de la Const. venezolana consienta el ejercicio popular directo de la soberanía (que la Corte identifica con el poder constituyente), no significa, acaso, consentir «un llamamiento al pueblo contra la Constitución vigente»[12], poniendo así a la Constitución en una irremediable contradicción consigo misma? ¿Cómo es posible, de un lado, negar exactamente que el poder constituyente se encuentre previsto en las normas sobre reforma constitucional (arts. 245-249 de la Const. venezolana), puesto que es característico de «su naturaleza de poder soberano, ilimitado y principalmente originario no estar regulado por normas jurídicas», y, de otro, sostener contradictoriamente que el ejercicio práctico de tal poder constituyente haya sido atribuido al pueblo por el art. 4 de la Const. venezolana? Finalmente, ¿cómo se puede sostener que los mecanismos jurídicos de la participación (propios de la soberanía popular) garantizarán «la supremacía de la Constitución» cuando estos mismos mecanismos son llamados a la tarea de «tumbar» a la Constitución misma?

4.- La sentencia, más allá de todas las perplejidades puestas de relieve más arriba, también suscita, sin embargo, algunas reflexiones «en positivo». En efecto, no se debe olvidar todo lo que fue dicho por los recurrentes en sus

12. M. Dogliani, *Potere costituente e potere costituito*, en *Alternative*, nº 4, 1996, pág. 66.

argumentaciones de partida y que no fue contestado por la Corte. Es decir, que la confrontación político-institucional en Venezuela, en el momento de la decisión aquí comentada, no se daba tanto entre los que apoyaban una Asamblea Constituyente y los que se oponían a ella, sino entre los que apoyaban el establecimiento de una Asamblea Constituyente por el trámite de un *referéndum* y los que apoyaban su establecimiento por el trámite de una revisión constitucional deliberada en ambas Cámaras (una solución ésta no menos ilegítima que la otra).

Pero si esto es verdad, se comprende políticamente (aunque no se justifique jurídicamente) por qué la Corte no rechazó la tesis favorable al establecimiento de una Asamblea constituyente por el trámite de un *referéndum* consultivo, aduciendo el argumento, absolutamente correcto, de que el art. 246 de la Const. venezolana, al prever la posibilidad de una reforma constitutional total, indicaría el camino a recorrer para modificar, incluso radicalmente, la Constitución venezolana de 1961, en el ámbito del ordenamiento constitucional por ella establecido. Con toda probabilidad, no había en aquel momento espacio «político» para tal interpretación constitucionalmente correcta; y la Corte tampoco quería, con igual probabilidad, arriesgarse a «deslegitimarse» en un conflicto político-institucional que la habría colocado en contradicción bien con los que apoyaban el establecimiento referendario de la Asamblea Constituyente, bien con los que apoyaban su establecimiento por el trámite de la reforma constitucional.

No obstante, ¿por qué apoyar el establecimiento de una Asamblea Constituyente y no desarrollar, a la inversa, la vía de la reforma constitucional total, prevista en el Art. 246 de la Const. venezolana? La respuesta se encuentra en que la previsión de un procedimiento de reforma total no equivale a evocar al poder constituyente[13]. En efecto, mientras aquel procedimiento presupone, en todo caso, la existencia de límites procedimentales (una propuesta parlamentaria, un debate parlamentario, o, cuando menos, el respeto de algunas reglas procedimentales), el poder constituyente, como se ha recordado, es por definición ilimitado y la Asamblea Constituyente representa, quizás, el único caso, comprobable históricamente, de un sujeto dotado *a priori* de poder constituyente. Esto, si, de un lado, excluye que sea posible individualizar apriorísticamente al poder constituyente en el ejercicio del poder de reforma constitucional total -como, por ejemplo, aquel previsto por el Art. 168 de la Const. española[14]-, de otro lado, podría explicar la amplísi-

13. En este sentido, véase mi *Potere costituente*, ob. cit., pág. 114, nota 39.

14. En este sentido, véase P. de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del*

ma convergencia de la opinión pública venezolana en favor del establecimiento de una Asamblea Constituyente, aunque estuviera dividida en su interior entre la vía referendaria y la vía parlamentaria. La gravedad de la crisis económica y social se convierte así, en el pretexto para sancionar, como quiera que sea, la muerte de la Constitución de 1961, y la Corte Suprema se reserva en este marco una posición autónoma: favorable, sí, a la hipótesis referendaria, pero contraria al uso plebiscitario de este instrumento de democracia directa. En otras palabras, una posición prudentemente distanciada de aquella «aventurera» del Presidente Chávez.

5.- Una última observación. A pesar de opiniones contrarias muy autorizadas[15], no hay duda de que la instauración de un nuevo ordenamiento constitucional contrario a la Constitución vigente sea siempre ilegal, aun cuando es llevada a cabo de forma pacífica. La diferencia es que, mientras la instauración violenta, en caso de fracasar, se encuentra penalmente sancionada, el intento fallido de una instauración pacífica puede, alguna que otra vez, estar carente de cualquier sanción. Esto es seguramente cierto en lo que se refiere al intento de instaurar un nuevo orden constitucional mediante un procedimiento de reforma constitucional inválido por razones formales o materiales -en tal caso, al menos en Italia, los parlamentarios invocarán, ciertamente, la inmunidad *ex* art. 68.1 Const. it.[16], y los ciudadanos particulares, a su vez, invocarán la eximente de la obediencia a la ley constitucional-. Sin embargo, es un poco más dudoso que esto pueda suceder cuando la tentativa haya sido realizada mediante una ley ordinaria contraria a la Constitución vigente: en tal caso, aún subsistiendo la inmunidad parlamentaria, aquellos que hubiesen ejecutado tales leyes podrían, todo lo más, eximirse de responsabilidad penal por haber obedecido leyes formalmente existentes aunque inválidas; pero no de responsabilidad civil y administrativa, después de que tales leyes hubieran sido declaradas inconstitucionales. Menos discutible, a los fines de la responsabilidad penal, civil y administrativa, es, sin embargo, la hipótesis del intento fallido de instauración no violenta de una nueva Constitución, el cual hubiese utilizado, como aval para el paso al nuevo ordenamiento constitucional, actos de gobierno con fuerza de ley. De la adopción de un decreto-ley no convertido, y tanto más si ha sido emanado en oposición a la Constitución,

poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 228 ss.; en contra, M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 35 ss.

15. R. Carré de Malberg, *Contribution*, ob. cit., Tome II, pág. 497 ss.

16. Véase mi *Processi costituenti italiani*, ob. cit., pág. 1146.

no se deducen efectos eximentes para los comportamientos por él disciplinados[17]. Y esto vale también *a fortiori* en la hipótesis, aquí examinada, de la tentativa ilegal de instauración de una nueva Constitución.

Trasladando cuanto se ha recordado hasta aquí a las circunstancias venezolanas, se debe partir de la lectura del Art. 250 de la Const. venezolana, conforme al cual: «Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia (párrafo 1º). Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y asimismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado (párrafo 2º)».

No hay duda, después de todo lo que se ha puesto de relieve en las páginas precedentes, de que el establecimiento de una Asamblea Constituyente, aun cuando se realiza a través de un *referéndum*, representa una clara violación de la Constitución venezolana de 1961. Igualmente indubitado es que el art. 250, mencionado hace un momento, considera nulas las modificaciones de la Constitución que no respeten los procedimiento previstos. De lo que sigue, que los intentos pacíficos de establecer una nueva Constitución son tratados con el mismo rasero que aquellos otros violentos: ambos son ilegales. Por ello, es evidente, bajo este aspecto, la grave responsabilidad «histórica» que la Corte Suprema venezolana ha asumido con la decisión aquí comentada. Si es cierto que el intento de instauración pacífica pasa por el respeto (aunque meramente formal) de las normas constitucionales anteriormente vigentes, así como de la utilización de las «instituciones» y «lugares» típicos del régimen precedente -y ello con el fin de alcanzar la legitimación popular del futuro orden constitucional[18]-, se debe concluir que, sin la autorizada intervención de la Corte Suprema, el Presidente Chávez, no habría osado hablar de «*Cons-*

17. Cfr. Corte Costituzionale, Sentencia de 22 de febrero de 1985, nº 51, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, I, pág. 248 y ss.

18. En este sentido, véase de nuevo *Potere costituente*, ob. cit., pág, 146 y ss.

titución moribunda», en el juramento prestado en el momento de la toma de posesión de su cargo[*].

(5 de julio de 1999)

* *Apostilla* (10 de agosto de 1999). La larga «agonía» de la Constitución de 1961 prácticamente había concluido el 5 de agosto de 1999 con el anuncio de la «muerte» de la IV República venezolana, proclamada por el presidente Chávez ante la Asamblea Nacional Constituyente elegida el 25 de julio anterior, en la cual los seguidores del Presidente Chávez -unidos en el *Polo Patriotico*- obtuvieron 120 de 131 escaños, si bien con una abstención del 52,9 por ciento de los electores. Inmediatamente después del anuncio de los resultados electorales, Chávez sostuvo que la Asamblea, por él denominada «*la Soberanisima*», al asumir la dirección política del país, podía disolver tanto al Congreso como a la Corte Suprema, ambos siempre muy críticos en los últimos tiempos con las tendencias autoritarias del nuevo presidente (véase *El país* de los días 27, 28 y 29 de julio de 1999). De aquí la firme (aunque tardía) oposición de la presidenta de la Corte Suprema, Cecilia Sosa, la cual subrayaba públicamente que «los constituyentes no están por encima de la ley» y que, por tanto, éstos debían respetar la Constitución vigente (isic!), hasta que el pueblo venezolano no haya aprobado la nueva Constitución en referéndum. El presidente de la Asamblea Constituyente, Luis Miquilena, en el acto de toma de posesión de la Asamblea (el 3 de agosto de 1999), proclamaba, por única respuesta, el carácter «originario» de la misma, con la consiguiente ausencia de límites legales a su propio poder de decisión. Comunicaba, también, que a partir del día siguiente, la Asamblea estaría reunida en la sede oficial del Congreso, «liberada» entre tanto de los parlamentarios que se hallaban aún en sus cargos, y ya no en al sede de la Universidad Central de Venezuela (*El país* del 4 de agosto de 1999). En la sesión del 5 de agosto intervenía el presidente Chávez, que, como ya se ha dicho, declaraba «muerta» la IV República y ponía su cargo a disposición de la Asamblea, para simbolizar el poder absoluto de ésta. En estridente contraste con tal manifestación de homenaje, Chávez (rápidamente confirmado como presidente de Venezuela por parte de la Asamblea Constituyente el 9 de agosto), trazaba ante ésta las lineas fundamentales de la nueva Carta Constitucional, según un esquema elaborado por él (*El país* del 6 de agosto de 1999), que los constituyentes deberán aprobar dentro de los próximos tres meses -como ha decidido Chávez- y no dentro de seis meses como inicialmente había sido previsto por Ley.

El control sobre la reforma constitucional en Italia*

Alfonso Celotto
Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Roma Tre (Italia)

1. PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución de la Republica italiana es fruto de un *único* poder constituyente, que culminó con la aprobación definitiva de la Carta constitucional el 22 de diciembre de 1947, y entró en vigor el 1° de enero de 1948.

Una Carta constitucional, como acto de instauración de un nuevo ordenamiento, se configura siempre como producto de un poder constituyente, y se deriva de un hecho institucional, frecuentemente conectado a eventos revolucionarios.

En Italia, las bases del nuevo ordenamiento constitucional se funda en el precedente ordenamiento provisorio, expedido al termino de la segunda guerra mundial. En particular, sobre el «patto di Salerno», celebrado en la primavera de 1944, mediante el cual se imponía a la Corona y a los partidos políticos, reagrupados en los «Comitati di liberazione nazionale», la aplicación y respeto de la llamada tregua institucional: el Rey prometía retirarse a la vida privada apenas fuese liberada la capital, dejando en su lugar, como lugarteniente general, al heredero al trono; los partidos antifacistas se encontraban empeñados en buscar la solución a la cuestión institucional relacionadas con la convocatoria de una Asamblea constituyente, a elegirse después de la liberación del territorio nacional.

El contenido de tal acuerdo fue consagrado con la elección del Lugarteniente y en el decreto-ley lugartenienta l n. 151, del 25 de junio de 1944, que atribuía al pueblo italiano la elección –a efectuarse después de la liberación del territorio nacional– de las «formas institucionales», a través de la elección de una Asamblea constituyente, para «deliberar la nueva Constitución del Estado». De allí en más, se instituyó un Ministerio para la Constituyente, con el objeto de preparar la convocatoria de la Asamblea constituyente y de prepa-

* Traducción de Edgar Carpio Marcos

rar los elementos necesarios para el estudio sobre la nueva Constitución, delineando el aspecto político del Estado y las líneas directivas de su acción económica y social (decreto lugartenencial de 31 de julio de 1945, n. 435). Asimismo, se atribuyó directamente al pueblo, mediante *referendum*, la elección de la forma institucional, monárquica o republicana, sustrayéndosela por tanto de la potestad de la Asamblea constituyente para elegirla libremente (d. legisl. luga. n° 98 del 16 de marzo de 1946).

Por su contenido, los dos decretos (n. 151, de 1944, y n. 98, de 1946) pueden, pues, ser calificados como *actos normativos constitucionales*. Y como tal debe ser considerado, en cuanto condicionante en parte de la misma función de la Asamblea Constituyente, el *referendum* institucional del 2 de junio de 1946, cuyo resultado favorable a la forma republicana fue proclamado por la Corte de Casación el 18 de junio del mismo año.

Sobre esta base, emanó la Constitución de la República, la que fue aprobada definitivamente el 22 de diciembre de 1947, promulgada 5 días después por el Jefe provisional del Estado y contrafirmada por el Presidente de la Constituyente y por el Presidente del Consejo, y publicada el mismo día en una edición extraordinaria de la *Gazzetta Ufficiale*, entrando en vigor el 1° de enero de 1948. Los referidos caracteres formales y la autocalificación como «ley fundamental de la República» (XVIII, 3° cpv., disp. trans. Cost.), no admiten dudas sobre su cualidad de acto normativo: acto constitucional por excelencia, en cuanto es al mismo tiempo constituyente y constitutivo del ordenamiento. Pero acto, a su vez, condicionado por el *referendum* institucional que optó por la elección de la forma republicana, en cuanto decisión fundamental del pueblo cuyo respeto se impuso a la misma Asamblea costituyente. La Constitución italiana, por tanto, fue *condicionada* por el resultado del *referendum* institucional pero, en cuanto fuente suprema, *condiciona* a su vez cualquier otro acto o hecho normativo del ordenamiento.

En ese sentido puede decirse que el poder de revisión constitucional es, por naturaleza, limitado. En efecto, la Constitución siendo modificable según el procedimiento previsto en el artículo 138, no puede serlo del todo, por cuanto cualquier poder normativo debe entenderse por ella constituido y, por tanto, susceptible de ejercerse en los límites de la Constitución. Sobre todo no es modificable –por expresa previsión del art. 139- lo referido a la «forma republicana». Y esta disposición debe leerse en conexión con el art. 1 de la Constitución, que califica a Italia como «República democrática fundada sobre el trabajo», que constituye el núcleo immodificable del ordenamiento italiano, en el cual generalmente se comprende la naturaleza representativa, o electiva, y temporal del cargo de jefe de Estado y, con mayor razón, el carácter democrático del ordenamiento, la participación del pueblo en el

gobierno del Estado, en el sentido de la existencia de un Parlamento representativo y de mecanismos de democracia directa.

Tal límite de la «forma republicana» no puede ser revisado ni siquiera a través de una reforma *a dos tiempos* (abrogando el artículo 139 y, después, introduciendo la forma monárquica), ni organizando e induciendo a un nuevo *referendum* institucional. A estas conclusiones se arriba cuando se repara sobre la conexión inescindible entre la forma republicana y los principios que representan los valores supremos sobre los cuales la Constitución se funda, según una tendencia que es compartida y desarrollada en la jurisprudencia constitucional. Inmodificables, en efecto, no son solo los principios costitucionales expresamente sustraidos a la revisión (forma repubblicana), sino también aquellos condicionantes del orden constitucional, «principios que, si bien no son mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución italiana» (sent. n. 1146, de 1988, de la Corte constitucional)[1]. Estos principios no pueden ser desnaturalizados o modificados en su contenido esencial por leyes de reforma constitucional o por leyes constitucionales. El único camino para conseguir tal fin es el procedimiento o hecho extralegal y, por tanto, revolucionario[2].

2. LAS LEYES DE REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN *EX* ARTÍCULO 138 DE LA CONSTITUCIÓN

El ordenamiento italiano, al lado de la Constitución, admite otras fuentes de rango formalmente constitucional, *constitucionales pero no de origen*

1. La existencia de este núcleo absolutamente inmodificable compuesto por principios supremos o fundamentales, garantizado por la jurisdicción constitucional también con referencia a las leyes de revisión constitucional y a las leyes constitucionales, ha sido expresamente reconocido en las sentencias n°. 1146 de 1988 y n°. 203 de 1989 de la Corte constitucional; v. también sent. n°. 366 de 1991, sobre la prohibición de reforma de las normas constitucionales concernientes a derechos inviolables.

   Bastante debatido es la determinación de qué cosa es posible comprender dentro de los principios supremos: se entiende que ingresan los derechos inviolables, los cuales forman el patrimonio indivisible de la persona humana (sent.. n. 235 de 1988), como por ejemplo, el derecho al nombre, a la vida, a la libertad y secreto de las comunicaciones, de acción y de defensa, a la libertad sexual, etc., como también, bajo otro perfil, el principio solidario (sent. n. 75 de 1992), el principio de igualdad de voto (sentt. números 216 de 1995 y 304 de 1996), los derechos electorales (sent. n°. 388 de 1991) y el principio del Estado laico.

2. En tal sentido, por todos, Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 1999; 8 ss. y Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pág. 151 ss.; en sentido contrario, excluyendo los límites tácitos y admitiendo la posibilidad de revisar también el artículo 139 de la Consticuión, mediante una «revisión a dos tiempos», Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2001, 84 ss.

constituyente, previstos por el artículo 138 de la Constitución. Se trata de las *leyes de reforma constitucional* y de *otras leyes constitucionales* [3].

La Constitución italiana es una Constitución rígida, esto es, en sentido negativo caracterizada por el hecho de no poder ser modificada por ley ordinaria y, en sentido positivo, por el hecho de que el procedimiento para su modificación es necesariamente distinto y más complejo que el procedimiento legislativo ordinario[4]. Así, para modificar expresamente el texto constitucional –no se puede, por cierto, excluir las modificaciones tácitas, ya sea en vía interpretativa o bien en vía de aplicación[5], como acaeció, por ejemplo, para todo lo relativo al sistema de la Unión Europea[6]- son necesarias las leyes de reforma constitucional, que requieren de una doble deliberación parlamentaria en las Cámaras, contar con mayorías especiales y un eventual referéndum popular.

3. La previsión de la categoria de las «otras» leyes constitucionales, además de las leyes de revisión constitucional, deja entender que la ley constitucional puede ser utilizada, más que para modificar el texto de la Constitución, también para disponer en materia expresamente reservada por la Constitución a las leyes constitucionales (artt. 7, 71, 72, 116, 117, 132, 137, 138 de la Constitución y la XI disposición transitoria de la Constitución), y para integrar, derogar o suspender disposiciones constitucionales.

4. Sobre la distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles, Cf. por primera vez, BRYCE, *Flexible and rigid consti-tutions*, in *Studies in history and jurispru-dence*, Oxford, 1901, I, 145 ss.

5. Sobre el discutido fenómeno de las modificaciones consuetudinarias a la Constitución formal (llamadas «modificaciones tácitas»), la literatura es abundante, sobre todo en Alemania y Francia. Cf, con amplias referencias a tal doctrina extranjera, ESPOSITO, C., voz «Consuetudine (diritto costituzionale)», en *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 456 y MORTATI, voz «Costituzione (dottrine generali)», en *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 197 ss. En la doctrina italiana, vid, también –cuando menos- entre otros clásicos, los trabajos de CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Milano, 1948; PIERANDREI, *La Corte costituzionale e le modificazioni «tacite» della Costituzione*, en *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, 315 ss.; TOSI, S., *Modificazioni tacite della costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959; PERGOLESI, *Rigidità ed elasticità della costituzione italiana*, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, 44 ss.; más recientemente, ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970; RESCIGNO, G.U., *Le convenzioni costituzionali*, Milano, 1972; por último STAMMATI, S., *Punti di riflessione sulla consuetudine e le regole convenzionali*, en *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, 807 ss.; ROSSANO, C., *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli, 1992; y, con particular relación a los desarrollos del pensamiento mortatiano, DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza*, en *Dir. e Società*, 1994, 217 ss.

6. El sistema comunitario –fenómeno grandioso que ha profundamente impactado el ordenamiento italiano- se ha afirmado y consolidado en Italia sin modificar la Constitución, la que ha permanecido formalmente intacta por más de 40 años (a diferen

De acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, las leyes constitucionales «son adoptadas por cada Cámara en dos deliberaciones sucesivas, con un intervalo no menor de tres meses, y son aprobadas por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara en la segunda votación».

La carencia de una previsión en el artículo 138 de la Constitución sobre las disposiciones relativas al procedimiento a seguirse en el ámbito de las dos deliberaciones en cada una de las Cámaras, quiere significar que, en línea de principio, el procedimento de formación de las leyes constitucionales sigue la disciplina prevista por la Constitución y los reglamentos parlamentarios para el procedimiento de formación de las leyes ordinarias. Tal conclusión está, desde luego, explícitamente afirmada por los reglamentos parlamentarios. En una primera vez, los artículos 97, 1 del Reglamento de la Cámara y el 121.1. del Reglamento del Senado establecieron que en la primera deliberación se aplica el procedimiento establecido para los proyectos de ley ordinaria. En la segunda, los artículos 99 del Reglamento de la Cámara y el 123 del Reglamento del Senado se limitaron a establecer qué disposiciones previstas para el procedimiento legislativo ordinario no son aplicables en una segunda deliberación.

Después de la primera aprobación del proyecto de ley constitucional por una Cámara, con mayoría simple, sigue –con un lapso no inferior a los 3 meses –, su aprobación por parte de la otra Cámara[7].

En segunda deliberación, ambas cámaras deben aprobar el proyecto de ley constitucional con una mayoría cualificada. Si las Cámaras aprueban con la mayoría de los dos tercios (a calcular no sobre los presentes, sino sobre el número legal de miembros), la ley constitucional es promulgada, publicada y entra en vigor. En cambio, si la aprobación en segunda deliberación tiene *mayoría absoluta* (la mitad más uno del número legal de miembros del Con-

cia de cuanto ha sucedido en otros estados miembros de la Unión Europea) respecto a transformaciones así de importantes (hasta la reciente modificación del artículo 117 de la Constitución, realizada en el año 2001). La Constitución italiana se ha limitado a soportar el impacto del derecho comunitario sobre el plano meramente *real*, en su aspecto «viviente», gracias al apoyo –en verdad frágil- del artículo 11 de la Constitución. Sobre el punto, consiéntasenos reenviar a Celotto, *Le «modalità» di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1999, 1473 ss.

7. En ausencia de una precisa indicación constitucional en relación al procedimiento de la doble deliberación, los reglamentos parlamentarios (artículos 97-100 del Reglamento de la Cámara de diputados; y artículos 121 - 124 del Reglamento del Senado) han optado por la forma alternativa (una primera vez en una y en la otra, y sucesivamente -transcurridos tres meses- una segunda vez en la una y en la otra, antes que en forma consecutiva (vale a decir, 2 veces en una Cámara y 2 veces en la otra), que también fue seguida en los primeros años de aplicación.

greso), se abre otra fase del procedimiento. En tal caso, el proyecto de ley constitucional queda en el estado de proyecto, y como tal es publicado en la *Gazzetta Ufficiale*. Se trata de una publicación *anómala*, que no comporta la entrada en vigor de la ley, sino permite conocer el proyecto y hacer decurrir el término de tres meses, dentro de los cuales, 500,000 electores, o bien cinco consejos regionales, o un quinto de los miembros de Cámara, pueden solicitar un referéndum sobre tal proyecto.

El *referéndum* popular, cuyas modalidades de actuación está disciplinada por la ley N°. 352, del 25 de mayo de 1970, deviene así acto del procedimiento de formación de la ley. Pero es un acto doblemente *eventual*, en el sentido que está doblemente condicionado, *a*) por no haberse reunido en segunda deliberación la mayoría de los dos tercios en cada Cámara; *b*) por haber sido requerido en los tres meses sucesivos a la publicación anómala, en cuanto si dentro de los tres meses no viene solicitado, el proyecto de ley constitucional se entiende de todos modos aprobado. El referéndum –hasta ahora solicitado y aplicado sólo en un caso, para la reforma del sistema regional, que ha culminado en la ley constitucional N°. 3 del 2001- es convocado con decreto del Presidente de la República y el proyecto de ley constitucional se entiende aprobado cuando haya obtenido la mayoría de los votos válidos, con exclusión de los votos nulos y blancos[8].

La Constitución italiana no contiene disposiciones particulares que disciplinen la promulgación de las leyes constitucionales en modo diferente a la promulgación de las leyes ordinarias. En línea de principio, pues, es de presumir que la disciplina aplicable es aquella prevista por los artículos 73 y 74 de la Constitución. Ello se corrobora con una lectura del inciso 1° del artículo 73, según el cual «Las leyes son promulgadas por el Presidente de la República dentro de un mes de su aprobación», como del inciso 2°, según el cual «Si las Cámaras, cada una con mayoría absoluta de sus miembros, declaran la urgencia, la ley es promulgada en el término por ella establecido». En cambio, más debatida es la aplicabilidad del artículo 74 en lo que se refiere a la admisibilidad del poder presidencial de reenvío de las leyes constitucionales a las Cámaras.

8. A diferencia del *referendum* abrogativo, en este caso no se requiere, a los fines de la validez del voto particular, un quorum de participación. El *referendum* constitucional aparece por ello *opositivo* respecto al acto producto de la mayoría; es apelable al pueblo por parte de las minorías parlamentarias o populares, teniendo una función de garantía, de tutela del texto constitucional y de sus contenidos. Ampliamente sobre tal referéndum cfr. FERRI, G.P., *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, 2001.

La tesis dominante, en ausencia de praxis, considera que el único caso en el cual el Presidente de la República puede proceder al reenvío es el relativo a una ley constitucional inexistente, o bien sobre aquel cuyo contenido sea tal que comporte, en caso de su promulgación, la responsabilidad del Presidente prevista por el artículo 90 de la Constitución (alta traición y atentado contra la Constitución). En tal caso, el Presidente de la República, antes de rechazar en absoluto la promulgación, debe reenviar la ley a las Cámaras, anunciando a ellos, en el mensaje que acompaña su reenvío, la intención de rechazar la promulgación si es que la ley es vuelta a aprobar[9].

3. EL CONTROL DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES: PRIMERAS TENDENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

La superioridad del poder constituyente sobre el poder de reforma constitucional implica que el contraste entre Constitución y leyes constitucionales debe resolverse no en términos de abrogación, gracias a la aplicación del principio cronológico, sino en términos de ilegitimidad de la disposición constitucional sobrevenida, con intervención de la Corte Constitucional, en razón de la superioridad jerárquica de determinadas normas o de determinados principios respecto a cualquier otra disposición contenida en leyes constitucionales sucesivas.

Sobre el punto, la jurisprudencia ha atravesado por tres fases:

En un primer momento, sin declararlo expresamente, la Corte evitó tomar posición sobre el tema del control en un supuesto de incompatibilidad entre Constitución y una disposición contenida en una ley constitucional.

En la sentencia n°. 6 de 1970, a la Corte se le sometió la cuestión de legitimidad constitucional de 2 artículos del Estatuto regional siciliano, inicialmente adoptado con el decreto ley n° 15, de mayo de 1946, y el n° 455, que tenían fuerza de ley constitucional en razón de su conversión en ley constitucional n°. 2 de 1948. En tal ocasión, la Corte observó que el objeto del juicio no era una ley constitucional porque las eventuales normas inconstitucionales contenidas en el Estatuto (y por tanto en el decreto ley n° 455) debían entenderse como no recepcionadas en la citada ley constitucional n°. 2, por lo que la Corte declaró la ilegitimidad constitucional de las dos disposiciones mencionadas. Tal conclusión fue considerada incoherente con la indicada premisa de la cual partía la Corte, puesto que si ésta entendía que tales dis-

9. Cfr., por todos, Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 116 s.; también Cerri, *Revisione costituzionale*, en *Enc. Giur*., XXVII, Roma, 1991, especialmente, pág. 5 y ss.

posiciones eran ilegítimas, y no que habían sido derogadas, tendría que haber declarado inconstitucional el artículo 1° de la ley constitucional n° 2 en la parte en la cual convertía en disposiciones formalmente constitucionales los artículos 26 y 27 del decreto ley n°. 455 (debiendo afrontar con ello el problema del control de las leyes constitucionales por vicios sustanciales); si, en cambio, entendía que aquellas disposiciones habían sido tácitamente abrogadas, debió haberse limitado a constatar esta abrogación, sin necesidad de declarar su ilegitimidad constitucional (evitando con ello, esta vez diáfanamente, afrontar el problema antes referido)[10].

De ahí en más, la Corte ha reconocido la existencia de «principios supremos del ordenamiento constitucional». Tal reconocimiento no ha sido directamente instrumental al control de las leyes constitucionales, sino más bien ha servido para admitir el control –en relación a tales principios y no sobre normas formalmente constitucionales que de tales principios no constituyan expresión o actuación- de algunas leyes que, teniendo la forma de ley ordinaria, vengan por la Corte definidas como leyes dotadas de una particular «cobertura constitucional». Se trata de la problemática conectada a las leyes de ejecución de los Pactos Lateranensis (que, según el artículo 7 de la Constitución puede ser modificada con ley ordinaria cuando las modificaciones de los pactos hayan sido previamente aceptadas por las dos partes, y solamente con ley constitucional en el caso de modificaciones deseadas por el Estado italiano y no aceptadas por la Iglesia Católica) y a la ley de ejecución de los tratados de la Comunidad Europea (que gozan de una fuerza particular gracias al artículo 11 de la Constitución, en la parte en la cual tal disposición prevé que el Estado italiano consiente, en condiciones de igualdad con otros Estados, las limitaciones de soberanía necesaria para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones). En ambos casos, la Corte ha entendido que las disposiciones pacticias inmersas en nuestro ordenamiento por las citadas leyes de ejecución tengan la capacidad de derogar las normas formales constitucionales, con excepción de los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano[11].

4. (SIGUE): LA ADMISIÓN DEL CONTROL

En años más recientes, la Corte Constitucional ha superado estas incertezas y ha afirmado explícitamente, en la sentencia n°. 1146, de 1988, la

10. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, cit.,

11. Cfr. sentencias números 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973, 1 de 1977, 18 de 1982, en relación a la ley de ejecución de los Pactos late-ranensis; sentencias números 98 de 1965, 183 de 1973, 170 de 1984, 399 de 1987, 232 de 1989, 398 de 1998, en relación a la ley de ejecución de los trata-dos de la Comunidad Europea.

existencia de límites tácitos o naturales de la reforma constitucional, identificándolos con aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional a los cuales se ha hecho referencia en las decisiones precedentes.

Debiendo evaluar, en relación al principio de igualdad reconocido en el artículo 3° de la Constitución, la legitimidad constitucional de dos disposiciones del Estatuto de la Región de Trentino Alto Adige –Estatuto que de conformidad con el artículo 116 de la Constitución tiene fuerza de ley constitucional, la Corte ha rechazado una excepción propuesta por la Procuradoría del Estado, en la que se sostenía la inadmisibilidad de las leyes constitucionales para ser objeto del juicio de legitimidad constitucional, cuando menos cuando ellas sean impugnadas por vicios sustanciales.

En particular, se afirma que: «La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser transgredidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Estos son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (art. 139 de la Constitución), y como los principios que, si bien no son expresamente mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución italiana.

Esta Corte, en numerosas decisiones anteriores, ha reconocido que los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un valor superior respecto a otras normas o leyes de rango constitucional, ya sea cuando ha comprendido que también las disposiciones del Concordato, las cuales gozan de la particular «cobertura constitucional» derivada del artículo 7°, inciso 2°, de la Constitución, no se sustraen al conocimiento de su conformidad a los principios supremos del ordenamiento constitucional» (ver las sentencias nos. 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973, 1 de 1977 y 18 de 1982), ya sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede ser sometida al control de esta Corte «en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana» (v. sentencias. nos. 183 de 1973 y 170 de 1984).

No se puede, por tanto, negar que esta Corte sea competente para juzgar sobre la conformidad de las leyes de reforma constitucional y de otras leyes constitucionales también cuando contradigan los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuese, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso y no efectivo precisamente en relación a sus normas de más elevado valor.»

Se trata de una afirmación de notable importancia, en cuanto admite la garantía última del control también sobre las leyes constitucionales, a fin de completar el sistema de garantías.

Una parte de la doctrina ha criticado esta posición, relievando que sobre el plano político-institucional, es el Parlamento que debería tener un rol central y de clausura en el sistema republicano, mientras que a la Corte Constitucional le debería corresponder sólo el rol de garante del respeto de las reglas del juego por parte del mismo Parlamento. Al Parlamento le debería corresponder en exclusiva establecer, con el procedimiento referido en el artículo 138 de la Constitución, eventuales límites a la revisión constitucional, agregando nuevos contenidos a aquellos ya previstos por la Constitución, o también abrogando estos últimos con procedimientos particulares cuando a ellos se atribuya sólo un valor relativo. A la Corte debería corresponder la tarea de garantizar el respeto de tales límites, a través de la declaración de ilegitimidad constitucional de eventuales disposiciones contenidas en leyes constitucionales, incompatibles con aquellos límites. Desde esta perspectiva, el Parlamento representa el órgano de clausura del sistema porque solamente a él le corresponde la competencia de las competencias, precisamente porque en él se le ha confiado el ejercicio del poder de revisión constitucional. La misma existencia de la Corte Constitucional depende en definitiva de una elección política del Parlamento ya que nada impediría la abrogación de las disposiciones constitucionales que la prevén, en ausencia de un límite textual de la revisión en este sentido.

La tesis afirmada por la Corte Constitucional, según la cual existen límites tácitos a la revisión constitucional, identificables en los principios supremos del ordenamiento constitucional, comporta que el órgano de clausura del sistema no es más el Parlamento, sino la misma Corte, desde el momento en que es ella la que establece cuándo un determinado principio puede ser considerado como supremo y, por tanto, de determinar la ilegitimidad constitucional de disposiciones formalmente constitucionales que contrasten con éstas. Poder –aquel de individualizar en concreto los principios supremos-, tanto más vasto y preocupante, cuanto más vaga, indeterminada y por tanto subjetiva es la definición del concepto de «principios supremos del ordenamiento constitucional».

Esta tesis, sin embargo, no es convincente, en cuanto está ligada a una idea clásica de democracia parlamentaria. La actual forma de gobierno se enriquece y se completa en la articulada previsión de formas de *checks and balances* que consiente un control y un diálogo también sobre las formas de revisión constitucional. Se sostiene que es más democrático en un sistema en

el cual existe no sólo un órgano –representativo del pueblo- en capacidad de revisar la Constitución, sino también un órgano –de indirecta legitmidad democrática- con capacidad para verificar tales reformas, a fin de confirmar la existencia de un «custodio de la Constitución».

Este planteamiento ha encontrado confirmación en la reciente sentencia n°. 2 de 2004, en la cual la Corte Constitucional tuvo que juzgar sobre el Estatuto de la Región Calabria (que no tenía la fuerza de ley constitucional). En el recurso gubernamental se pedía a la Corte auto plantearse, ante sí misma, una cuestión de legitimidad constitucional sobre el artículo 126 de la Constitución, reformada en el año 2001.

Sobre el particular, la sentencia constitucional afirma: «Toca afrontar, sobre este punto, la solicitud, deducida en vía subordinada por la región demandada, que esta Corte se autoplanté ante sí misma la « cuestión de legitimidad constitucional del artículo 126, inciso 3, de la Constitución, por violación de los artículos 3, 97, 123, 92 y 94 de la Constitución» y, en particular, del principio del parlamentarismo que allí estaría implícito, según el cual una asamblea electa no podría ser disuelta por hechos accidentales dada la presencia de una relación de confianza.

La Región contesta la solicitud sobre la base de la conocida jurisprudencia de esta Corte, que ha reconocido la posibilidad de someter a juicio de constitucionalidad también las leyes constitucionales que se entiendan incompatibles con los principios supremos de nuestro ordenamiento constitucional (sentencia n. 1146 de 1988).

No corresponde en esta sede considerar que la Región Calabria formuló una duda de constitucionalidad relativa a una disposición que forma parte del texto constitucional (el artículo 126, inciso 3°), antes que de la disposición contenida en el artículo 4° de la ley constitucional n°. 1 de 1999, sustitutiva del texto precedente.

Por otro lado, la cuestión que se pide de resolver resulta manifiestamente infundada, desde el momento que no sólo la misma forma de gobierno de tipo parlamentario no parece constituir en cuanto tal un principio organizativo inmodificable en el sistema constitucional estatal, sino también porque el mismo Título V de la Constitución prevé explícitamente la posibilidad de diversas formas de gobierno a nivel regional, para después expresamente caracterizarlo en cierta medida «normal», salvo la diversa voluntad expresada por la aprobación de disposiciones estatutarias contrarias, con la elección directa del Presidente de la Junta. Es cierto que en los sistemas institucionales en los cuales también el titular del Ejecutivo es elegido directamente por el cuerpo electoral no subsiste la tradicional relación de confianza con el

consejo representativo del cuerpo electoral, tanto que en los órdenes institucionales del género aparece irrazonable que el órgano monocrático electo disponga también del poder de dimitir arrastrando con ello el sistema de las instituciones representativas, evidentemente donde se evalúe como irrealizable la actuación del programa de gobierno sobre cuya base ha sido electo (y seguramente una comprometida elección política de tal género no aparece considerada entre los «eventos accidentales, como en cambio asegura la defensa regional)».

Aún falta en Italia una sentencia que declare la inconstitucionalidad de una revisión constitucional, pero con esta decisión del 2004 podemos relievar que se ha consolidado en el ordenamiento italiano esta forma de garantía y de control también sobre las leyes constitucionales, hecho que fortalece el carácter democrático del sistema.



Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina
Nº 1 - Año I - setiembre, Lima 2005

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Resumen de los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad enero-agosto 2005

Resumen de las sentencias en procesos de inconstitucionalidad

(enero - agosto 2005)

1. EXP. 0038-2004-AI/TC

Demandante

Jorge Power Manchego-Muñoz y más de 5000 ciudadanos.

Disposición sometida a control

Los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, Segunda Disposición Final y Tercera, Cuarta y Sexta Disposición Transitoria de la Ley N.° 28212, que crea la Unidad Remunerativa del Sector Público (URSP) publicada el 27 de abril de 2004.

Disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas

artículos 194º y 195º, referidos a la autonomía de los gobiernos locales; artículo 106º, que establece el número de votos necesarios para la modificación de una ley orgánica; y artículo 103º, que dispone que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos.

Petitorio: Que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, Segunda Disposición Final, y Tercera, Cuarta y Sexta Disposición Transitoria de la Ley N.° 28212 y normas conexas.

Sentencia:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.

2. EXP. 0041-2004-AI/TC

Demandante

Defensoría del Pueblo.

Disposición sometida a control

Ordenanzas N.os 171-MSS y 172-MSS expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco, que aprueban el régimen legal tributario y los importes de arbitrios municipales correspondientes al ejercicio fiscal 2004; las Ordenanzas N.os 003-96-O-MSS, 006-97-O-MSS, 002-98-O-MSS y 01-0-MSS; el artículo 4° de la Ordenanza N.° 024-MSS (2000), el artículo 4° de la Ordenanza N.° 55-MSS (2001), el artículo 6° de la Ordenanza N.° 92-MSS (2002), los artículos 7° y 8° y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N.° 128-MSS (2003), así como el artículo 5° de la Ordenanza N.° 130-MSS (2003).

Disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas

Los principios de legalidad (no ratificación por ordenanza provincial dentro del plazo), no confiscatoriedad y capacidad contributiva, establecidos en el artículo N.° 74° de la Constitución.

El principio de no retroactividad de la ley, previsto en el artículo 103° de la Constitución, y asimismo, porque utilizan criterios prohibidos para la determinación del importe a pagar por concepto de arbitrios.

Petitorio

Se declare la inconstitucionalidad de las ordenanzas mencionadas.

Sentencia:

1. Declarar **FUNDADA** la acción de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales las siguientes Ordenanzas:

- Ordenanzas N.° 171-MSS y 172-MSS (2004).
- Ordenanza N.° 003-96-O-MSS (1996).
- Ordenanza N.° 006-97-O-MSS (1997).
- Ordenanza N.° 002-98-O-MSS (1998).
- Ordenanza N.° 001-99-MSS (1999).
- El artículo 4° de la Ordenanza N.° 024-MSS (2000).

- El artículo 4° de la Ordenanza N.° 55-MSS (2001).

- El artículo 6° de la Ordenanza N.° 92-MSS (2002).

- Los artículos 7° y 8° y la Segunda Disposición Final de la Ordenanza N.° 128-MSS (2003).

- El artículo 5° de la Ordenanza N.° 130-MSS (2003).

2. Declarar que la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por consiguiente, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas declaradas inconstitucionales, quedando a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad.

3. Declarar que los términos de esta Sentencia no habilitan la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas declaradas inconstitucionales.

4. Se invoca la intervención de la Contraloría General de la República para que, dentro de las funciones que la Constitución le confiere y conforme a lo señalado en el fundamento 78 *supra*, programe auditorías a la Municipalidad Distrital de Surco y demás municipios, a fin de evaluar la forma cómo se han determinado los costos por servicios de arbitrios de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines; y se establezcan, de ser el caso, las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar.

3. EXP. 048-2004-PI/TC

Demandante

José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos,

Disposición sometida a control

Ley 28258 – Ley de Regalía Minera-

Disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas

Artículo 66 que establece una reserva de ley orgánica para fijar las condiciones de la utilización y el otorgamiento de particulares de los recursos naturales; inciso 16 del artículo 2 y el artículo 70, que reconocen el derecho

de propiedad, inciso 14 del artículo 2 y el artículo 62 que reconocen el derecho a la libertad contractual; , inciso 2 del artículo 2 que reconocen el derecho a la igualdad; y el artículo 103 que recoge el principio de retroactividad de las leyes.

Petitorio

Que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la ley 28258 – Ley de Regalía Minera- sus modificatorias y normas conexas.

Sentencia:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.

2. Exhortar al Congreso para que: a) establezca los mecanismos legales pertinentes, a fin de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla los objetivos de los artículos 8º y 9º de la Ley de Regalía Minera, Ley N.º 28258; b) diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia para que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de estos recursos; c) integre en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4° de la Ley de Regalía Minera, N.º 28258, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

3. Exhortar a la Contraloría General de la República para que, en las acciones de control que se programen a los gobiernos locales y regionales, fiscalice el adecuado uso de estos recursos, bajo responsabilidad de quienes lo administren.

4. EXP. 0053-2004-PI/TC

Demandante

Defensoría del Pueblo.

Disposición sometida a control

Ordenanzas Distritales N.os 142 y 143 2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70-2000-MM (2000); 57-99-MM(1999); N.° 48-98-MM (1998), y 33-97-MM (1997).

Disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas

Los principios de legalidad (ratificación dentro del plazo), no confiscatoriedad y capacidad contributiva, establecidos en el artículo N.° 74° de la Constitución.

El principio de no retroactividad de la ley, previsto en el artículo 103° de la Constitución.

Petitorio

Se declare la inconstitucionalidad de las Ordenanzas Distritales N.os 142 y 143 (2004); 116 (2003); 100 (2002); 86 (2001); 70-2000-MM (2000); 57-99-MM (1999), 48-98-MM (1998), y 33-97-MM (1997).

Se declare como inválidos los efectos jurídicos generados sobre la base de las ordenanzas cuestionadas (sic).

Sentencia:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de las Ordenanzas N.os 142 y 143 (2004), 116 (2003), 100 (2002), 70-2000-MM (2000), 57-99-MM(1999), 48-98-MM(1998), y 33-97-MM(1997).

2. Declarar **FUNDADA en parte** la demanda de inconstitucionalidad de autos, respecto de la Ordenanza N.° 86 (2001), en el caso de la determinación del importe de los arbitrios de limpieza pública y serenazgo, e **INFUNDADA** respecto al caso de la determinación de arbitrios de parques y jardines.

3. Declarar que las reglas de observancia obligatoria, así como el fallo respecto a la no retroactividad en los efectos de esta sentencia, vinculan a todas las municipalidades del país. En consecuencia:

✓ Lo establecido en la presente sentencia surte efectos a partir del día siguiente de su publicación y, por lo tanto, no habilita la devolución o compensación de pagos efectuados a consecuencia de las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de constitucionalidad. No obstante, quedan a salvo aquellas solicitudes por pagos indebidos o en exceso originados en motivos distintos a la declaratoria de inconstitucionalidad.

✓ Declarar que los términos de esta Sentencia no habilitan en ningún caso la continuación de procedimientos de cobranza coactiva en trámite, ni el inicio de estos o de cualquier otro tipo de cobranza relacionada con las Ordenanzas formalmente declaradas inconstitucionales o que presenten vicios de constitucionalidad. No obstante, están habilitadas las cobranzas por

los periodos impagos no prescritos: a) con base a ordenanzas válidas por periodos anteriores, reajustadas según el índice de precios al consumidor; o, en su defecto, de no existir norma anterior válida, b) con base a nuevas Ordenanzas, las que deberán emitirse de acuerdo al plazo dispuesto en el punto XIII, de la presente sentencia.

✓ Declarar que la regla respecto de las no devoluciones masivas, no alcanza a los procesos contra ordenanzas inconstitucionales por la forma o por el fondo, que ya se encontraban en trámite antes de la publicación de la presente sentencia.

✓ Declarar que a partir de la publicación de la presente sentencia, la revisión de las controversias que pudieran presentarse en diversas municipalidades del país respecto al pago de arbitrios, deberá agotar la vía administrativa.

✓ Cumplido tal requisito, queda expedito el derecho de los contribuyentes para interponer acciones de amparo en los casos específicos de aplicación indebida de las reglas establecidas en esta Sentencia.

4. Se invoca la intervención de la Contraloría General de la República para que, dentro de las funciones que la Constitución le confiere, programe auditorías a la Municipalidad Distrital de Miraflores y demás municipios, a fin de evaluar la forma cómo se han determinado los costos por servicios de arbitrios de Serenazgo, Limpieza Pública, Parques y Jardines; y se establezcan, de ser el caso, las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiera lugar. De igual manera, deberá verificar si en cumplimiento de esta Sentencia y la N.° 0041-2004-AI/TC, se han establecido correctamente la distribución del costo de arbitrios para el año 2005.

5. Exhortar al Congreso para que haga las precisiones correspondientes a la figura del arbitrio, conforme se ha señalado en la presente Sentencia.

6. Exhortar al Congreso para que precise en la legislación que regula la producción normativa municipal, la forma como se ejerce el derecho constitucional de la participación ciudadana en el proceso de determinación y distribución del costo de arbitrios.

7. Exhortar a la Defensoría del Pueblo para que, en cumplimiento de sus funciones establecidas en el artículo 162° de la Constitución, haga seguimiento y supervise el cumplimiento de esta Sentencia por las autoridades municipales.

8. Declarar que esta Sentencia, al igual que la STC N.° 0041-2004-AI/TC, tiene fuerza de ley, de modo que tiene calidad de cosa juzgada y es de obligatorio cumplimiento en todos sus términos, estando las autoridades

municipales obligadas a respetar el espíritu de su contenido y cumplir, bajo responsabilidad, las reglas vinculantes establecidas.

5. EXP. 0054-2004-PI/TC

Demandante

Oscar Luis Castañeda Lossio, alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima

Disposición sometida a control

Ordenanzas N.os 018-2004-CM-M y 040-2004-CM-MPH-M, publicadas el 15 de agosto y 24 de noviembre de 2004, respectivamente.

Disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas

Artículos 194º y 195º, de la Constitución que establecen la autonomía política, económica y administrativa de las municipalidades, y la organización, reglamentación y administración de los servicios públicos de su responsabilidad.

Petitorio

Que se declare la inconstitucionalidad de las Ordenanzas N.os 018-2004-CM-M y 040-2004-CM-MPH-M.

Sentencia:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos, en consecuencia, inconstitucionales las Ordenanzas N.os 018-2004-CM-M y 040-2004-CM-MPH-M, expedidas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí, publicadas en el 15 de agosto y 24 de noviembre de 2004, respectivamente.

2. Disponer que doña Rosa Vásquez Cuadrado, Alcadesa de la Municipalidad Provincial de Huarochiri y los miembros del Concejo Municipal de la mencionada municipalidad, se abstengan de «calificar», «reconocer» u «otorgar» licencias provisionales a empresas de transporte que presten servicio de transporte público en la circunscripción territorial de la Municipalidad Metro-

politana de Lima, bajo apercibimiento de pagar solidariamente una multa de 200 Unidades de Referencia Procesal, que de no ser acatada podrá acumularse progresivamente hasta ascender al cien por ciento por cada día calendario.

3. Ordena que se remitan copias de los actuados al Ministerio Público a fin de que realice las investigaciones a que hubiere lugar para determinar la responsabilidad penal de doña Rosa Vásquez Cuadrado, Alcadesa de la Municipalidad Provincial de Huarochiri, de los miembros del Concejo Municipal y los funcionarios respectivos de la Municipalidad Provincial de Huarochirí.

4. Declara que las acciones de amparo en las que se sustentó la expedición de la Ordenanza N.º 018-2004-CM-M y que se basaron en autorizaciones provisionales expedidas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí para circular por la circunscripción territorial de la Municipalidad Metropolitana de Lima, han devenido en **INEJECUTABLES,** de conformidad con lo establecido en el Fundamento N.º 11.

6. EXP. 002-2005-PI/TC

Demandante

Miguel Ángel Mufarech Nemy y más de cinco mil ciudadanos.

Disposiciones sometida a control

Artículo 2 de la Ley Nº 28374, Ley que regula la distribución de los recursos en el caso de la adjudicación directa de predios en el ámbito de desarrollo de proyectos de interés nacional, publicada el 5 de noviembre de 2004.

Disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas

Naturaleza de la Ley (artículo 103 de la Constitución), proceso de descentralización (artículo 188 de la Constitución), principio de autonomía regional (artículo 191 de la Constitución), ámbito de las competencias regionales (artículo 192 de la Constitución) en lo referido a la administración de bienes y rentas (artículo 192 inciso 3), en concordancia con las normas de desarrollo constitucional de descentralización (artículos 3, 14, 35 y demás pertinentes de la Ley Nº 27783, Ley de Bases de Descentralización) y de las

regiones (artículos 4, 5, 8, 10 y demás pertinentes de la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales).

Petitorio

Se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 2 de la Ley Nº 28374.

Sentencia:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de Inconstitucionalidad de autos.

Por lo tanto:

1. Se declara la validez constitucional del artículo 2 de la Ley N.° 28374.

2. Se exhorta al Congreso de la República para que otorgue estabilidad jurídica a la inversión, emitiendo la ley de demarcación territorial del caso, en el plazo más inmediato posible.

3. Se exhorta a las autoridades judiciales y administrativas a investigar el uso de los fondos públicos del Gobierno Regional de Lima, de acuerdo con el numeral VII de los fundamentos.

7. EXP. 0019-2005-PI/TC

Demandantes

31 Congresistas de la República.

Disposiciones sometida a control

Artículo Único de la Ley N.º 28568 que modifica el artículo 47 del Código Penal

Disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas:

Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

Petitorio

Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal, y que, consecuentemente, se declaren nulos todos sus efectos.

Sentencia:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.

2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase «y domiciliaria» del primer párrafo del artículo 47º del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658. En consecuencia,

A) Con relación al efecto normativo de esta sentencia:

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

B) Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite:

Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, *supra,* las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano,* pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

3. Exhorta al Poder Judicial a resolver los procesos penales, en los que existan personas privadas de su libertad, dentro de un plazo máximo de 36 meses, de conformidad con el artículo 137º del Código Procesal Penal.

4. Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público resolver la totalidad de los procesos penales seguidos por delitos de corrupción.

5. Exhorta al Ministerio Público a velar por el cabal cumplimiento del principio de legalidad en los procesos judiciales y al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional.

6. Exhorta al Consejo Nacional de la Magistratura para que exija los informes trimestrales respecto de los procesos penales en los que no se hayan realizado diligencias durante un plazo razonable, que facilitarían el vencimiento del plazo máximo de detención judicial preventiva.

8. EXP. 042-2005-PI/TC

Demandante

Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos

Disposición sometida a control

Artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952, publicado el 3 de febrero de 2004. Disposición constitucional cuya vulneración se alega respecto del artículo 74°, que establece que los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación.

Petitorio

Se declare la inconstitucionalidad del artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952.

Sentencia:

1. Declara infundada la demanda, por tanto el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal debe ser interpretada en el sentido que las calificaciones que realice en el Instituto Nacional de Cultura tienen naturaleza declarativa, mas no constitutiva para efectos de la exoneración al pago del impues-

to a los espectáculos públicos no deportivos. Es decir que los espectáculos previstos, expresa y taxativamente en esa ley están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, no por decisión y calificación del Instituto Nacional de Cultura, sino en virtud de que dicha ley lo prevé expresamente. De ahí que el Instituto Nacional de Cultura no pueda extender la calificación de cultural –por analogía o por vía interpretativa- a otros espectáculos que no sean los que están previstos *numerus clausus* en el artículo 54 de la Ley de Tributación Municipal

2. Establece que los espectáculos taurinos no están exonerados del pago de los impuestos a los espectáculos públicos no deportivos, por ello deben pagar, de acuerdo con el artículo 57 de Ley de Tributación Municipal, la tasa del 15%.

3. Exhortar al Congreso de la República para que dicte una Ley Orgánica de la Cultura, en la cual se establezca las bases constitucionales de la política cultural del Estado.



Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina
Nº 1 - Año I - setiembre, Lima 2005

Documentos Constitucionales

- Demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993
- Demanda de inconstitucionalidad contra la ley de reforma constitucional del sistema pensionario (presentado por el Estudio del Dr. Carlos Blancas Bustamante)

Demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993

AL HONORABLE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Alberto Alfonso Borea Odría, con L.E. N°09157836 y Angel Guillermo Delgado Silva, con DNI N°06226530, procediendo en nombre propio y de los ciudadanos cuyas firmas presentamos acompañando este pedido, Presidente y Secretario General Nacional del Partido Fuerza Democrática respectivamente, señalando domicilio para los efectos de esta demanda en la Calle Manuel Gómez N°225, Lince y domicilio procesal en la Casilla N°122 de la Oficina de Notificaciones del Colegio de Abogados, cuarto piso del Palacio de Justicia, a Uds. Atentamente decimos:

Que con respaldo de la firma de 5070 ciudadanos acreditadas por la RENIEC, y muchas más que ya no fueron verificadas por ese organismo por haber superado el número exigido por la norma, presentamos demanda de inconstitucionalidad del documento que en 1993 perpetraran Alberto Fujimori, el dictador de este país, quienes fungieron como sus Ministros en ese entonces y quienes participaron en el denominado Congreso Constituyente Democrático. Dicho documento fue promulgado con el título de «Constitución Política del Perú de 1993» el día 29 de Diciembre de 1993.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. El 12 de julio de 1979 el ilustre peruano Víctor Raúl Haya de la Torre Presidente de la Asamblea Constituyente que inició sus labores el 27 de julio de 1978 y que fue elegida en comicios libres y democráticos, firmó la Constitución Política del Perú, la misma que fuera promulgada el 28 de julio de 1980 por el insigne peruano Fernando Belaúnde Terry.

2. Dicha Constitución se elaboro por parte de los constituyentes de la época sin ninguna presión de parte del poder militar y fue convocada precisamente para que el pueblo libremente decidiera acerca de la forma como debía reasumir el poder y la titularidad del mismo que le había sido arrebatado por el golpe de Estado del 3 de octubre de 1968. Dicha Asamblea fue convocada por el también ilustre peruano Francisco Morales Bermúdez Cerrutti.

3. Dicha Constitución rigió los destinos de nuestra patria y, con todas las imperfecciones propias de los sistemas democráticos en proceso de afianzamiento, fue respetada por los actores políticos y por quienes gobernaban el país, por lo que se puede decir, sin lugar a dudas que había lo que el autor alemán Konrad Hesse llama una «voluntad de Constitución», que es un requisito esencial para que la misma se considere materialmente existente.

4. Fue bajo el imperio cabal de esa Constitución y del sistema por ello elaborado que se logró, por única vez desde los albores del siglo XX durante la denominada República Aristocrática, según el término acuñado por el notable historiador Jorge Basadre, que tres gobiernos elegidos libremente de manera continua asumieran el poder en el Perú.

5. El 5 de abril de 1992, Alberto Fujimori (cuya nacionalidad estaba en duda y quien se ha declarado hoy japonés), con el apoyo de Nicolás de Bari Hermoza Rios (quien esta preso y a la espera de que se le imponga la sentencia y se le degrade públicamente en el Patio del Cuartel General del Ejército Peruano, por haberse comportado delictivamente, según propia confesión al haberse quedado con dinero que estaba destinado a sostener la lucha en defensa de nuestro territorio) y contando con la complicidad de otros civiles y militares, cometieron el delito de rebelión contemplado en el artículo 346 del Código Penal vigente en esa y en esta época y dieron un golpe de Estado, variando la forma de gobierno que los peruanos habíamos decidido darnos en 1979 y condenándonos a sufrir una dictadura cuyo antipatriótico y corrupto manejo lo hemos visto con estupor a través de los videos y otros documentos que se han hecho de conocimiento público desde la caída de ese régimen que avergonzó a la Nación.

6. Para disfrazar sus intenciones y con el propósito de mantenerse prolongadamente en el poder, tirando así por los suelos la Constitución histórica y material del Perú, el dictador convocó a un denominado Congreso Constituyente Democrático que tuvo como objeto según el por el propio Tribunal Constitucional el «legitimar un golpe de Estado y «revestir» de legalidad al gobernante de facto, a través de un referéndum de muy dudosa legitimidad. Ella (la «constitución de 1993) se expidió no tanto por deseos del dictador, sino como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los organismos internacionales». Esto mismo fue señalado por la Comisión de Juristas convocada el año 2000 por otro ilustre peruano, el Dr. Valentín Paniagua, quien presidió el denominado gobierno de transición a la caída del régimen fujimorista.

7. Como consecuencia de ello el dictador promulgó su «Constitución de 1993» la misma que ni rigió los destinos del país ni sirvió para limitar el poder de los gobernantes, los que hicieron cera y pabilo de su propio texto en cada oportunidad en que la misma les resultaba incómoda.

8. Si se pasa revista a sus «prescripciones» se verá que cualquiera de ellas fue dejada de lado cuando importunaba al poder y que ese documento no encaja en lo que es una Constitución, por lo que no puede considerarse como tal, no sólo por su origen espurio, que de por sí es suficiente para declarar su inconstitucionalidad al amparo de lo dispuesto por los artículos 82 y 307 de la Constitución de 1979, sino porque tampoco se legitimó en su ejercicio conforme lo señaló la Comisión de Juristas ya citada. Ellos dijeron:

> «Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida, son los siguientes:
>
> · El artículo 307° de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
>
> · El que la Constitución de 1993, fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
>
> · Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificado por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.
>
> · La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados, y adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier eventual legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció».

9. Vale decir, en el Perú no hubo voluntad de Constitución por parte de quienes perpetraron ese texto y detentaron dictatorial y corruptamente el poder. Los gobernantes no se comprometieron con su cumplimiento.

10. Veamos. El documento del 93 señala que el Perú es un estado donde prima el principio de separación de poderes y en realidad hubo en nuestro país una concentración de poderes que ya ni siquiera se instalaba en el formal Poder Ejecutivo y sus ministros, sino en el Servicio de Inteligencia Nacional de donde salían las órdenes de quienes debían ser «proclamados» como «congresistas», o los discursos que debían leer en los plenos de dicho «Congreso», o donde concurrían los «congresistas» para recibir instrucciones de lo que se debía o no debía de aprobar en el «legislativo», como lo hemos presenciado anonadados en los videos que se han proyectado al público.

El mismo principio de libre elección y de imparcialidad del Estado en la designación por el pueblo de sus gobernantes fue roto, lo que se ha constatado con los documentos, declaraciones y videos por los que se entrega dinero a diversos sujetos (hombres o mujeres) para que hagan campaña con plata del Estado y con el favor de un respaldo en los medios de comunicación masiva a los cuales ellos también compraban con este propósito.

El Ministerio Público y el Poder Judicial también fueron sometidos a esa dominación del círculo de poder que operaba desde el Servicio de Inteligencia Nacional, dominación expresada a través de las denominadas «leyes de creación de las Comisiones Ejecutivas del Ministerio Público y del Poder Judicial» que ni siquiera respetaron lo que ellos llamaron su texto fundamental. Ellos mismos designaban a quienes debían presidir y conducir esos «poderes» del Estado.

La sumisión y los niveles de abyección a que se llegó en este punto han sido graficados y vistos por los peruanos en las visitas que quienes fungían como jueces en todas las instancias hacían al SIN a recibir instrucciones de cómo resolver los casos y hasta para firmar, sin ningún pudor, las sentencias que allí les redactaban.

El Jurado Nacional de Elecciones fue prostituido y confundido con el poder del SIN, a donde concurrían sus integrantes a recibir órdenes, a recibir dinero a cambio de la sumisión. Ellos se encargaron de consagrar los fraudes (con la honroso excepción del Dr. Ramiro de Valdivia Cano) y de evitar, como lo hicieron cuando se debatió el referéndum contra la ley que permitía la reelección de Fujimori, que los ciudadanos pudiéramos

ejercer la titularidad del poder que el texto del 93 decía reconocer en el pueblo.

El Tribunal Constitucional fue desintegrado tan pronto como los magistrados decentes, en el ejercicio de las funciones que habían jurado cumplir (y que ellos creyeron que de verdad se les conferían), decidieron actuar para declarar la inconstitucionalidad de la ley que permitía la nueva participación de Fujimori en un supuesto proceso electoral y que transgredía su propio documento por cuanto en su artículo 112 se señalaba que una persona no podía postularse para la Presidencia por más de 2 períodos. Es decir el Tribunal Constitucional no sirvió para lo que, supuestamente, fue el objetivo declarado en ese documento, determinar la constitucionalidad de las normas y los actos llevados a cabo por los ostentadores del poder. Sólo sirvió para darle una cobertura de legitimidad al régimen, como quedó evidenciado cuando los cuatro débiles se quedaron en el Tribunal. No debemos olvidar que uno de ellos (José García Marcelo) incluso, se prestó a la maniobra para evitar el referéndum.

Por cierto, y como ha quedado dicho anteriormente, tampoco el poder militar estaba sometido al poder civil. Lo vimos los peruanos además, en los videos cuando en reuniones de quienes fungían como comandantes generales de las armas y la policía con el jefe real del Servicio de Inteligencia Nacional, decidían, al margen de lo que el pueblo expresara en las urnas, quien iba a hacerse de la primera magistratura del Perú, independientemente de cual fuera el veredicto del pueblo en las elecciones.

Vimos incluso con vergüenza la manera como se humilló a los militares y como, lamentablemente para el país, estos se dejaron humillar al firmar las denominadas actas de sujeción a Fujimori. También sabemos ahora la manera como se procedía para ascender a aquellos militares que se avenían al manejo dictatorial y se postergaba a quienes rechazaban esa intromisión. También hemos visto con pena como muchos de quienes detentaban grado de generales se envilecían al punto de aceptar que se les abriera cuentas millonarias en bancos extranjeros para manejar sus instituciones y garantizar el soporte de fuerza que necesitaba el dictador para mantenerse en el poder.

Vale decir, el documento del 93 ni se cumplía ni intentaba cumplirse en ninguna de las normas vinculadas a la distribución de poderes que supuestamente emanaban del pueblo, ni se limitaba tampoco el poder de quienes lo ejercían dentro de los límites y las prescripciones que las normas establecían.

Pero tampoco se cumplía en lo tocante a la descentralización del país. Jamás el Perú fue testigo del grado de concentración de poder que se desarrolló en la época de la dictadura, donde hasta para poner una tubería que llevara agua potable a un poblado pequeño se necesitaba la autorización del Ministerio de la Presidencia y donde antes de colocarse el caño que sirviera para que la gente se surtiera de ese indispensable elemento, debía de instalarse el inmenso cartel color naranja para promocionar la figura del dictador, que no pocas veces costaba más que la obra en sí.

Pero tampoco se cumplió nada en lo referente a la relación entre la persona humana y el Estado, no obstante que se había repetido en el artículo 1° de ese documento, un concepto similar al señalado en el artículo 1° de la Constitución del Perú, por el que se consigna que la persona es el fin supremo de la sociedad y el Estado y que es a ese ser humano al que debe de promovérselo y protegérselo.

Las constantes violaciones a los derechos personales. La cancelación de la libertad de prensa verificada en Lima y en las provincias y que fueran denunciadas una y otra vez por las instituciones encargadas de la custodia de esta libertad en la sociedad civil, los casos de César Hildebrandt, Francisco Igartua o Baruch Ivcher, entre los más conocidos, ilustran claramente que las libertades tampoco se respetaban.

Las interferencias telefónicas, las escuchas y la persecución y control policíaco sobre los peruanos que ejercíamos nuestro derecho a la libertad, han sido también demostrados y son hoy materia de procesos penales donde se esta juzgando a quienes, desde el poder, en vez de proteger, hostigaban y limitaban los derechos fundamentales a los peruanos.

En general, todos los derechos de los peruanos, incluso el derecho a la vida y a la determinación de la misma a través de las campañas de esterilización que fueron denunciadas por la Iglesia Católica y otras instituciones de la sociedad civil, atestiguan que no se cumplía ni con el primer artículo del documento. Ni que hablar de los denominados grupos formados para atentar y segar la vida de ciudadanos peruanos.

En cuanto a los derechos políticos estos también fueron desconocidos. Nada tenía que hacer lo que se señalaba en el documento del 93 con lo que sucedía en la práctica. El caso del referéndum fue el más clamoroso por el número de peruanos involucrados y por lo que significó como expresión de resistencia civil contra la prepotencia y la dictadura, pero no fue el único. Hoy ha quedado claro que los denominados comicios de 1995 se llevaron a cabo en un ambiente en el que el candidato Javier Pérez de Cuellar, el que presentaba mayor opción, fue sometido a constantes tram-

pas dirigidas desde el poder, que iban desde la interceptación telefónica, hasta el amedrentamiento a sus partidarios, pasando por la utilización de los miembros de los institutos de las Fuerzas Armadas para repartir volantes de propaganda del dictador que quería legitimar su permanencia en el poder. Ni qué decir de la utilización que se hizo en ese entonces de los fondos públicos con este fin.

Pero tampoco los peruanos que queríamos asociarnos libremente en partidos políticos pudimos hacerlo al punto que no sólo se consignó una cantidad excesiva de firmas para poder alcanzar la inscripción, sino que se colocó en el organismo encargado de verificar las firmas, a un sujeto entregado a la dictadura (José Portillo) que esta siendo procesado penalmente por prestarse a las falsificaciones de firmas. Es decir, tenían la llave para decidir quienes entraban y quienes no entraban al proceso político. El fraude conocido y probado por el Diario «El Comercio» y por la revista «Caretas» nos releva de mayor comentario porque se trata de hechos públicos y notorios. El fraude y la negativa a la verificación de las firmas para el referéndum, constituye también una prueba clara de esta vocación distorsionadora del proceso político tal como se presentaba en la letra del documento del 93 con el claro propósito de engañar al país.

En resumen, ni en la parte programática, ni en la parte orgánica ese documento puede ser considerado como Constitución. Como veremos cuando hablemos de hechos, las cosas en Derecho son lo que son y no lo que dicen ser, por lo que no puede darse categoría de Texto Fundamental a un disfraz destinado a tratar de legitimar una dictadura diciendo cosas que en ningún caso ella misma cumplía ni se esforzaba por hacerlo.

11. Si pasamos revista a los «constituyentes» y a los «promulgadores» de la «Constitución» de 1993, veremos que la mayor parte de quienes formaron la «mayoría» y que tenían una acción notoria (que es distinto de notable) en ese cónclave, están hoy día o prófugos o presos, o investigados y con acusaciones constitucionales o ya condenados. Vale decir, son personas a las que el propio Congreso ha estimado como delincuentes los que pretenden haber determinado con validez las líneas por las que ha de seguirse con el destino del Perú.

Pasemos revista: Aparte de Fujimori, cuya felonía y cuya cobardía hoy atestiguamos todos los peruanos al haberse refugiado en la nacionalidad japonesa, tenemos a los «promulgadores» de la Constitución quienes fungían de Ministros y también están procesados : Víctor Malca Villanueva, quien fungía de Ministro de Defensa, a quien se le ha descubierto

cuentas por varios millones de dólares y quien está perseguido por la justicia y se encuentra prófugo, Jorge Camet Dickmam, quien fungía de Ministro de Economía y Finanzas, Absalón Vásquez Villanueva, quien fungía de Ministro de Agricultura, Efraín Goldenberg Schreiber, Jaime Yoshiyama Tanaka.

Aparte de eso debemos considerar a los «cecedistas» que participaron notoriamente en ese montaje y que son hoy enjuiciados a pedido del propio Congreso por la Comisión de diversos delitos, como Víctor Joy Way (preso en el penal de San Jorge) y Martha Chávez Cossio, María del Carmen Lozada de Gamboa, Luz Salgado Rubianes, Carlos Blanco Oropeza, César Larrabure Gálvez, Ricardo Marcenaro Frers, Gilberto Siura Céspedes, Miguel Velit Núñez.

12. Vale decir, los peruanos estaríamos aceptando que quienes que actuaron delincuencialmente con el respaldo de la fuerza puedan decidir el destino del país y nos obliguen a todos nosotros hoy y a futuro, a vivir bajo las prescripciones que ellos ni cumplieron ni pensaron cumplir y que inventaron para engañar al país pero no para que cumpliera el rol de Constitución que un instrumento real de esa naturaleza tiene.

Eso sería similar a que, en un momento de anomia, ladrones, estafadoras, asesinos, secuestradores y otros individuos de esa laya, impusieran por la fuerza a la población inerme la obligación de obedecerlos y se juntaran en un cónclave para redactar un «Código Penal» que debería de regir de allí en adelante y que pretendieran que se considerara válido y, aún peor, que luego de detenidos, los siguiéramos considerando obligatorio.

Eso sería un absurdo que no resistiría el menor análisis, pero que también insultaría nuestra propia dignidad y autoestima como Nación. Lo mismo pasa en este caso. Si ese documento del 93 fue introducido irregularmente y con el soporte de la fuerza en un sistema jurídico donde no rigió, no cabe que se le siga considerando como vinculante por la sociedad y que se pretenda que ahora, que los delincuentes que lo impusieron violando todo principio de legalidad ya han sido arrojados del poder, siga rigiendo la vida de los peruanos y nos sigamos considerando obligados por sus prescripciones.

13. Ningún país en el mundo, a la caída de las dictaduras y cuando la fuerza que impuso esas normas ha desaparecido, se ha regido1 por esa normativa previa. Menos aún cuando se ha tratado de un régimen tan corrupto como el que se instaló en nuestro país.

¿Sería siquiera imaginable que a la caída de Hitler se siguiera obedeciendo sus leyes y las mismas se estimaran sólo materia de reforma? ¿Sería aceptable que luego de la expectoración del poder de Mussolini, Italia hubiera seguido atada por sus bandos? ¿O que a la caída de Saddam se pretenda que lo que él consideró como normas jurídicas sigan vinculando a los iraquíes y definiendo su estructura de poder y sus vidas?

Ese es el absurdo que como baldón tendrá que seguir soportando el Perú si no se declara la inconstitucionalidad de ese documento abyecto.

14. El documento del 93 fue en realidad un disfraz que figuró una fraseología casi democrática para esconder una realidad dictatorial. En ningún instante, como se ha señalado, hubo intención ni de cumplirla ni de ceñirse a lo allí estipulado.

15. Cuando en el año 2000 se descubrió la grosería y la hondura de la vileza a la que habíamos descendido, primero con los distintos videos y luego con el deshonroso y furtivo escape de Fujimori, la cúpula de la Fuerza Armada –parte importante de la cual había estado involucrada con la corrupción- seguía en sus posiciones de poder y en las instituciones que se suponía regían el ente estatal estaban enquistados quienes participaron en el fraude del año 2000 que hasta la OEA de Gaviria encontró palabras para denunciar tibiamente.

16. Ello motivó, como lo ha señalado el ex presidente Paniagua que por el imperio de la fuerza que pendía sobre el Estado peruano y por la posibilidad de su desestructuración, se tuviera que consentir con una especie de transición que como resultado de una «Mesa de Diálogo» en la que fueron actores importantes los miembros del corrupto régimen de Fujimori. En esa situación por demás irregular y donde hubo también la presencia de otros personajes procesados por la comisión de distintos delitos el día de hoy, se aceptó llevar el proceso del 2001 de acuerdo a las normas de un documento que nunca fue cumplido ni respetado por sus propios autores. Vale decir, la prudencia o la necesidad hicieron nuevamente que se consintiera con esos textos para salir rápidamente de la dictadura e instalar un nuevo régimen democrático.

17. Desde el mismo momento del golpe de Estado de 1992, los peruanos que tomamos conciencia de la gravedad del hecho, comenzamos un trabajo de resistencia por todos los medios para evitar que se consolidara una dictadura en el país. La decisión de rechazar la pretensión del sátrapa de instalarse en el poder sin control, expresada de inmediato por los vicepresidentes Máximo San Román y Carlos García, el rechazo de los

partidos democráticos a participar en el amañado proceso que condujo al CCD, la insurgencia del 13 de noviembre de 1992 que fuera dirigida por el ilustrísimo general Jaime Salinas Sedó, la fundación del Foro Democrático como instrumento de la sociedad civil para combatir, con las armas de la razón, la pretensión dictatorial, la fundación del Comité Cívico por la Democracia, la lucha por el Referéndum impulsada por el Foro Democrático, las luchas regionales y sindicales, la fundación de movimientos como La Resistencia y finalmente, la lucha luego de la farsa de la elección del 2000 en las que se pretendió ungir como ganador Fujimori y que fue liderada por el hoy Presidente Alejandro Toledo, dan testimonio que el país no aceptó la imposición que por la fuerza hicieron los corruptos y quienes dirigían las instituciones armadas con el grosero apoyo de las estaciones de televisión, además de algunos sujetos inescrupulosos vinculados al mundo del dinero que sólo vieron la posibilidad de enriquecerse en lo que el ex presidente Paniagua calificó como de trípode perverso.

18. Terminado ya el imperio de la fuerza y del chantaje no tiene ningún sentido que el Perú siga obedeciendo y sometiéndose al símbolo de una dictadura que lo usó para envilecer al país y como instrumento para perpetuarse en el poder engañando a los peruanos acerca de la existencia de un Estado de Derecho que en la práctica no existió durante todo ese tiempo, presentándose además, como un sistema democrático que jamás se respetó desde el mismo instante en que el japonés se hizo del poder absoluto.

19. Por otra parte, el Perú, a pesar de sus problemas ha preferido siempre la democracia como su forma de gobierno y así lo ha repetido en cada uno de sus esfuerzos constituyentes, decisión que tampoco variaría el día de hoy. Sólo en la Carta que Bolívar se mandó preparar para él y que no obstante denominarla como «vitalicia» sólo tuvo la ilusión de regir por siete semanas, se consignó que la democracia no sería plena. Este documento del 93 perpetrado además por gente muy lejana de las excelencias del Libertador no puede, entonces, menos con la bendición de los hombres y mujeres del más alto Tribunal instaurado en el Perú para defender la constitucionalidad, consentir con el embuste que pretendieron los aventureros y ladrones que se hicieron del poder en la década anterior. Es imperioso y urgente que desde el derecho se declare que ese texto es inconstitucional y nulo y que por ello nuestra Nación no esta obligada por el mismo y que debe de arbitrarse los caminos más inmediatos para restituir y luego reformar, de ser esa la decisión política, la Constitución de 1979.

EL DERECHO

A.- La importantacia del correcto uso de los términos y conceptos en el derecho constitucional.

1. Desde los romanos, el pueblo que conceptualizó con la precisión que hoy día pretendemos desarrollar el Derecho, se señaló, en un aforismo que ha llegado hasta nuestros días, que «en Derecho las cosas son lo que son y no lo que dicen ser». Vale decir, para el tema que nos ocupa, lo que debemos analizar es si eso que se dice Constitución (el documento del 93) es en realidad tal o usurpa una calificación que no le corresponde y por lo mismo, es inconstitucional su determinación y más aún su pretensión de regir como máxima norma jurídico-política.

2. La Constitución no es, por otra parte, sólo un acto político de voluntad de quien manda. Eso pueden ser las reglas de los poderosos, pero eso no tiene nada que ver con el concepto jurídico de Constitución y con la representación que de ese concepto tenemos los peruanos y existe –en general- en el esquema de la civilización a la que pertenecemos. La Constitución es también, *per se*, un acto jurídico. Es la vocación de obligar a todos los que viven en un Estado a ordenar sus vidas de acuerdo a esas prescripciones, pero, especialmente, es el deber de los gobernantes y de quienes participan en el proceso de poder, de limitar sus impulsos a lo establecido en esa norma. Un acto político sin una vocación jurídica, sin un propósito de esa naturaleza, no es una Constitución. Puede ser, como lo dijo el ex-presidente Paniagua en una frase feliz, un estatuto de ocupación, un bando de sujeción, pero jamás una Constitución y mucho menos, como veremos, una Constitución de un país democrático. La Constitución es la síntesis de la pretensión política y de la voluntad jurídica. Si falta uno de estos elementos no podemos llamar a ese texto Constitución. No puede gozar del respaldo del Derecho el acto que no es sino una expresión del puro poder.

3. La importancia de discernir este aspecto es fundamental. El Derecho es, como lo señala el gran maestro Luis Recasens Siches, «el sistema que ordena la convivencia de los seres humanos». Esta precisión es fundamental puesto que si al ordenar conductas no se atiende a la dignidad de la persona, entonces no se puede hablar de Derecho. El Derecho legitima el uso del poder, en los países de nuestra civilización, de una manera tal que hace que todo gobernante (por dictatorial que sea) pretenda que su régimen es uno jurídico y que comienza en una Constitución que fija las competencias de quien ostenta el poder, lo limita en su ejercicio y

reconoce las capacidades y atributos de la persona en su propia existencia y en su relación con el Estado.

En realidad, el Derecho expresa los valores de igualdad y libertad de la persona que son los componentes esenciales de su dignidad. De esta forma el ser humano puede prever su futuro, ser responsable por sus actos y vivir con seguridad y tranquilidad que permitan su desarrollo.

Es por todo esto que el Derecho se convierte en el elemento básico de la legitimación del poder, en consecuencia, en garantía de su perpetuación, de la obediencia que la sociedad le debe a quienes mandan de acuerdo a sus prescripciones. El Derecho, a la par que garantiza a quien obedece, al ser humano sin poder, garantiza también a quien gobierna.

Es por ello que el gran jurista Gustav Radbruch, en su influyente obra «cinco minutos de filosofía del derecho» dijo después de atestiguar los horrores de la guerra mundial y los cometidos por el supuesto orden del «Tercer Reich», que los juristas debemos tener el coraje de no darle categoría de Derecho a lo que no es sino la expresión del poder.

Esto es mucho más importante desde que Radbruch era uno de los más importantes positivistas hasta antes de conocerse los extremos de la tragedia.

4. Es importante para el Derecho, para la democracia, para la constitucionalidad y para la vigencia de las libertades en el Perú, que el Tribunal Constitucional acabe, de una vez por todas, por esta deformación nacida y sostenida en las dictaduras de llamar Derecho a lo que no son sino caprichos o decisiones del puro poder.

La legitimación que presta el Derecho, usada inconscientemente por las dictaduras puede llevar, como en efecto, llevó, al envilecimiento del sistema y al sojuzgamiento del pueblo. Por eso es que resulta indispensable, en este momento de reconstitución de nuestro Estado, que el Tribunal ponga, en esta materia, las cosas en su sitio. Así, en el futuro, nadie podrá utilizar estos términos de la forma desaprensiva y engañosa para perjuicio de nuestra nación y para contento de los débiles de carácter o de los que obteniendo beneficios de la dolorosa situación por la que atraviesa un pueblo con las libertades recortadas, se callan por comodidad o por conveniencia.

El profesor Ángel Rivero Rodríguez ha señalado nuevamente la importancia del uso adecuado de los términos, y especialmente cuando se trata el tema ante un Tribunal de la jerarquía de este, donde se dictarán pautas de obligado cumplimiento y al que los historiadores del Perú verán como explicación de lo que sucedió en esta época en nuestra nación.

«...política y lenguaje, dice, están en profunda relación. De hecho, la congruencia de nuestro vocabulario político con la descripción de nuestras instituciones proporciona legitimidad, el combustible necesario para el funcionamiento del sistema político» («Sobre la Constitución de la comunidad política y su representación», en Revista «La Política» # 4, Octubre de 1988, Pág. 114).

Como lo señala Giovanni Sartori, recordando a Alexis de Tocqueville, «es nuestra forma de utilizar las palabras «democracia» y «gobierno democrático» la que produce mayor confusión. A menos que se definan claramente esas palabras y se llegue a un acuerdo sobre las definiciones, la gente vivirá en una inextricable confusión de ideas, para beneficios de demagogos y déspotas» (Teoría de la Democracia» T. I, Pág. 21).

Poco hay que añadir a lo señalado por el ilustre maestro italiano en este punto. En efecto, en la década dictatorial, cuando se utilizó la retórica democrática para esconder una dictadura se llegó incluso al extremo de inventar una «constitución» para esconder el propósito autoritario.

Es evidente que ni Fujimori ni sus secuaces pretendieron otra cosa que llamar Derecho a lo que no era sino la imposición de su voluntad y para ello no dudaron en llevar adelante procesos fraudulentos y aherrojar a un «Congreso» que ya bien escasa vocación de libertad mostraba por sí solo.

B.- Lo que debió ser en realida materia de consulta para que se considerara aprobada por el pueblo la constitución de la dictadura».

5. ¿Qué hubiera sucedido si los delincuentes que se hicieron del poder en 1992 le hubieran propuesto al Perú como «Constitución» lo que en realidad fueron no sólo sus intenciones sino la manera como realmente se condujeron desde el poder que arrebataron a los peruanos? Veamos, a manera de ejemplo algunos artículos de lo que debió decir de verdad la propuesta fujimorista que debió someterse al referéndum:

Art. 1° «La persona humana debe someterse al poder del Estado. El interés de este, expresado por los funcionarios del régimen prevalece sobre cualquier derecho de la persona».

Art. 2°, inc. 4 «Toda persona tiene derecho a: la libertad de información ... siempre que con ello no amenace la estabilidad política del régimen o no perturbe a quienes ejercen el poder, en este caso el Estado podrá comprar o sobornar a los dueños de los medios de comunicación para que despidan a los periodistas incómodos o, a su criterio, podrá intervenir los canales de televisión, radial o escrita en el caso que los propietarios se

negaran a presentar la información de la manera que le indicaran los funcionarios del Estado o despojar a sus dueños de esa propiedad.

Art. 2°. Toda persona tiene derecho a: inc. 10. Al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en sus relaciones entre ellos. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos pueden ser en este caso abiertos, incautados, interceptados o intervenidas por mandamiento del juez con las garantías previstas en la ley. La autoridad puede, sin embargo, directamente, incautar, abrir, intervenir o interceptar comunicaciones. En este caso la autoridad podrá publicar todo o cualquier parte que considere conveniente de estas comunicaciones intervenidas.

Art. 43°. El Estado es uno e indivisible

Su gobierno es unitario, expresa la voluntad de los gobernantes y es centralizado. Se organiza de acuerdo a una estricta concentración del poder.

Art. 45°. El poder del Estado emana de la fuerza de quien lo impone. Quienes lo ejerzan lo hacen sin más limitación que la que pueda resultar, a su criterio, conveniente para el país. El funcionario de mayor jerarquía es irresponsable por su ejercicio. Los demás funcionarios sólo responden ante él o ante quienes él designe.

Art. 51°. La Constitución es una norma indicativa. La autoridad puede dejarla de lado por cualquier otra norma específica.

Art. 112°. «El mandato presidencial es de 5 años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para los períodos que desee. En ese caso, bastará que se dicte una norma para autorizarlo a tal fin. En esas elecciones, el Presidente podrá hacer uso del dinero estatal y poner a su servicio a los miembros de la Fuerza Armada para obtener su reelección».

Y así sucesivamente, imaginemos lo que de verdad fue la forma como se manejó la cosa pública en el Perú en todo orden de cosas: Falta de respeto a la jerarquía de normas, ausencia real de presupuesto y uso arbitrario del dinero estatal, sometimiento de los congresistas, imposición de la Fuerza Armada al poder civil, subordinación del Poder Judicial al poder político, provisionalidad de los jueces, ejercicio del poder por el SIN, ausencia de descentralización, sometimiento del Tribunal Constitucional, etc.

En realidad podemos seguir enumerando lo que de verdad fue el régimen político que instauraron Fujimori y quienes gobernaron con él. Como lo señalara Manuel Moreyra, en un «mea culpa» hecho durante su participación en el CCD. En realidad, esa «Constitución de 1993» sólo debió tener dos artículos: artículo 1°: «En el Perú se hace lo que a Fujimori le da la gana». 2° «Derógase toda norma que se oponga al artículo 1°».

Si esto se hubiera presentado al Perú, incluso dentro del muy fraudulento proceso de referéndum de 1993 al que nos hemos referido nosotros citando al Tribunal Constitucional en esta demanda, ¿se hubiera pensado que el Perú hubiera comulgado pacíficamente con la rueda de molino de una supuesta aprobación por un margen del 3% que fue el que se tuvo que publicitar dado el rechazo que, el texto mentiroso y la forma como quiso imponérsele levantó entre los peruanos?

Es decir, lo que apareció como aprobado de esta manera fraudulenta no fue ni siquiera la Constitución de la dictadura, sino un embuste que no tuvieron nunca la vocación de cumplir.

6. Este es un dilema que se ha presentado también en otras naciones y que ha sido abordado por autores consagrados como el caso de Carl Friedrich que se pregunta si se podía creer que es válido un embuste y que, precisamente por ser tal puede alcanzar la calidad de Derecho y si se puede presumir válidamente que de haberse planteado lo que de verdad fue lo que quisieron hacer los usurpadores se hubiera podido conseguir una mayoría para respaldar la villanía y se hubiera podido arropar bajo la palabra Derecho o Constitución la mentira que se urdió.

Nuestro autor dice «Debemos preguntarnos: ¿qué porcentaje de electores hubieran votado a favor de Hitler en 1933 si él les hubiera dicho: El principal fin de mi movimiento es procurar a Alemania una hegemonía en Europa y para conseguir este proyecto estoy dispuesto a comprometerme, dentro de seis años, a una guerra contra Inglaterra, Francia, Rusia y los Estados Unidos? Estoy convencido que si Hitler hubiera hecho tal declaración no hubiera logrado un 15% de los votos alemanes. Y hubiera debido hacer esta declaración, porque ya en 1933 estaba decidido a esta política y quería conseguir a toda costa el poder para tener posibilidad de seguirla. Por eso no puede decirse que Hitler haya sido elegido por una verdadera mayoría. Hay que expresar esto claramente porque, actualmente se sostiene continuamente que la opinión de que la Democracia, el gobierno de la mayoría, conduce a la Dictadura, incluso a la Dictadura totalitaria, a causa de la irracionalidad de los hombres. Frente a eso hay que constatar que una mayoría nunca ha hecho algo parecido por libre decisión y creo extraordinariamente dudoso que ello llegue a suceder alguna vez» («La Democracia como forma política y como forma de vida», Pág. 91)

¿No es eso lo mismo que pasó en el Perú? ¿No fue acaso, como ya se ha dicho en todos los foros habidos y por haber, el golpe de 1992 y la subsiguiente «constitución» un embuste para vestir de verdad a la mentira, de decencia a la indecencia, de dignidad a lo vil? ¿Puede decirse que

ese texto es producto de un acto democrático y más aún, un acto de derecho constitucional democrático?

C.- ¿Hubo en el perú constitución o realidad constitucional democrática entre 1992 y el año 2000?

7. Como señala Konrad Hesse, para que se pueda decir que en un país hay Constitución, debe de haber «voluntad de Constitución». Eso quiere decir que debe existir un compromiso de los gobernantes con la ejecución, el seguimiento y el cumplimiento de sus normas. Si no, no se puede hablar de Constitución.

Tampoco desde esta perspectiva hubo en el Perú durante toda la dictadura, «voluntad de Constitución». Es decir, tampoco puede considerarse que nuestro Estado tuvo Constitución durante este tiempo, ni que el documento de 1993 alcanzó esa categoría.

8. Pero, pasemos revista a lo que los más diversos autores entendieron y entienden como Constitución y analicemos si el documento de 1993 puede ser catalogado como tal.

Empecemos por recordar que la Constitución como concepto jurídico – político relevante nace con la aparición del Estado liberal democrático cuando se derrumbaron las monarquías absolutas y con el propósito de definir cuál era la cuota de poder y el modo de ejercerlo que debían de tener en cuenta los nuevos gobernantes, puesto que no se trataba de reemplazar a un déspota auto designado o tradicionalmente impuesto por uno elegido por el pueblo en un momento determinado, sino garantizar al ciudadano que el poder tenía límites que no se podían traspasar en su perjuicio, porque si esto sucediera se rompería el pacto social. Así lo señala la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano luego de la Revolución Francesa. Asimismo, en el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos se señala que la misma ha sido ordenada por el pueblo para «Asegurar las bondades de la libertad a nosotros y nuestra posteridad». Esto mismo fue recogido por el artículo 4° de la primera Constitución del Perú de 1823. Allí se expresó que: «Si la nación no conserva ó protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social: así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales».

Pues bien, tampoco desde esta perspectiva ese texto y esa realidad política de 1993 pueden engarzar en lo que es el concepto de Constitución.

D.- Lo que es una constitución y si el documento del 93 puede alcanzar esa calificación.

9. Hans Kelsen, por ejemplo, para comenzar con el más connotado positivista señala que la Constitución es la norma hipotética fundamental en el sentido lógico jurídico y luego, después de haber asumido estas hipótesis, en el sentido jurídico-positivo.

En la primera etapa se trata de las decisiones que se asumen para ordenar una Nación. Son las grandes disyuntivas. O se es república, o se es dictadura, o se es monarquía. O se limita el poder y se atribuye su ejercicio a varios órganos, o se acepta la concentración del mismo en un solo órgano y se señala que todas las dependencias estatales tienen que conducirse de acuerdo a lo que un solo órgano o una sola persona exige. O se descentralizan las funciones o se concentran las mismas en el gobierno central. O el poder emana del pueblo o este se ejerce por derivación de quienes tienen la fuerza física para coaccionar al país.

La segunda etapa, la jurídico-positiva, que es el propio texto constitucional, es una derivación de la primera.

La pregunta que debemos hacernos ahora es si las premisas políticas por la que se constituyó y se mantuvo el régimen de Fujimori fueron las de un estado dictatorial o las de un estado democrático. Es obvio, por lo que hemos visto y vivido, que se trató de una hipótesis dictatorial. Entonces ¿puede considerarse que el documento del 93 tiene validez y es constitucional cuando no reflejó la decisión política fundamental de ese régimen de corrupción?

10. André Hauriou señala que la Constitución es el documento por el cual se encuadra jurídicamente el fenómeno político. Esto quiere decir que los actores políticos desarrollan su actividad de acuerdo a los cánones establecidos en la Constitución.

¿Puede alguien, en su sano juicio decir que el documento del 93 se hizo para encuadrar jurídicamente el fenómeno político? ¿Por qué caminos discurrió el poder en el Perú en la década golpista? ¿Por el camino previsto en ese texto embustero? ¿Acaso el poder no derivaba de la voluntad del dictador y de sus ad-lateres? ¿Acaso no tenía más poder un asesor que ni siquiera estaba considerado en la estructura formal del Estado, que cualquiera de los «congresistas» o de los «Ministros» que aparecían como las autoridades estatales? ¿Acaso el poder militar se subordinó al poder civil? ¿Acaso la determinación sobre la libertad y hacienda de las personas no se definían en el círculo íntimo de Fujimori en vez de analizarse con propiedad e independencia por los tribunales judiciales?

Es decir, todo el fenómeno del poder se llevó a cabo al margen de lo que el documento mentiroso señaló. Entonces no puede entenderse que ese texto fue, tampoco desde esta perspectiva, una Constitución.

11. Alf Ross, el profesor danés señala en definición que sigue el jurista argentino Jorge Reinaldo Vanossi, que la «Constitución es la gran carta de asignación de competencias» Esto quiere decir que los órganos de poder del Estado, en acatamiento de la doctrina del contrato social definida con nitidez por el ilustre pensador ginebrino Jean Jacques Rousseau, sólo pueden hacer aquello que están expresamente autorizados a hacer. No pueden ni deben hacer aquello que no se les ha señalado como capacidad. Esto es lo que se llama el principio de competencia en el ejercicio del poder, en contraposición con el principio de libertad que es el que en el constitucionalismo ampara a la persona humana bajo la fórmula de «que nadie esta impedido de hacer lo que la ley no prohíbe». Para los órganos estatales la fórmula constitucional es, por el contrario, que «ningún órgano del poder puede hacer sino aquello que está expresamente autorizado a hacer».

Nuevamente cabe hacerse la pregunta: ¿Los órganos que ejercieron el poder durante la dictadura, limitaron su accionar a sólo aquello que estaba dispuesto en las normas? ¿No hicieron, por el contrario, lo que les dio la gana, sin restricción ninguna por las normas? ¿No consagró el supuesto Poder Judicial, envilecido hasta el extremo, válidos los actos que transgredieron las disposiciones dizque constitucionales perpetradas por los ostentadores del poder? ¿No validó el retiro de la nacionalidad a Baruch Ivcher? ¿No estimó válida la inscripción de Fujimori a un tercer período ante la demanda presentada por Martha Chávez? ¿No sirvió el «Tribunal Constitucional» mismo para rechazar la acción de amparo que los ilustres señores Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo de Mur interpusieron para dejar sin efecto la atrocidad de disolver ese órgano por haber sentenciado de acuerdo a Derecho y encasillado a los actores con poder a los límites que el texto de 1993 simulaba haber impuesto?

Es claro que tampoco aquí se puede hablar de un instrumento con rango constitucional que fijara las competencias, por que cada uno de los propios actores del poder, los que hacen vigente a una norma, ni siquiera se molestaron en seguirla o se tomaron el trabajo de modificarla antes de proceder de la forma que les provocaba.

12. Por su parte, Carl Friedrich señala que una Constitución es: «el proceso por el que se limita efectivamente la acción gubernamental».

«... constitucionalizar un gobierno exige establecer y mantener limitaciones efectivas sobre la acción política y, más especialmente, sobre la

acción de gobierno. Es función de la Constitución en este sentido organizar tal gobierno militado, restringido en su actuación. ¿Por qué insistimos –continua Friedrich- en que las limitaciones sean efectivas? ¿Cuáles son los cánones de esa efectividad? Debe quedar claro que la existencia de limitaciones jurídicas de tipo formal no constituye por sí sola signo alguno de la existencia de un orden constitucional en sentido político»

Es evidente que según esta concepción tampoco puede estimarse que el documento del 93 alcanza el estatus de constitución, pues nunca mantuvo limitaciones efectivas sobre la acción de gobierno y no hubo forma, a pesar de la lucha de la sociedad porque esta limitación se diera, de que los actores del poder, los creadores del sistema, entendieran que su poder era limitado y que actuaran en consecuencia.

13. «La Constitución, dice Loewenstein, se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del poder». Eso no es lo que sucedió en el Perú de los años de la dictadura. Ese documento de 1993 no controló el poder, por lo que no puede entenderse que es una Constitución.

Nuestro autor señala que «en un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores y asignarles una legítima participación en el proceso del poder» (151)

Nada de esto, nuevamente tiene que ver con el documento del 93 que no fue hecho para limitar y controlar el poder político ni para asignar una legítima participación en ese proceso al pueblo. Fue un texto hecho para engañar al país y para perpetrarse en el mando. Se utilizó sólo para fines de legitimación cosmética. En ningún caso sus normas percolaron la realidad social ni fueron creadas para ello.

14. Pero en el Perú ya el maestro Raúl Ferrero Rebagliati señalaba que :

«La Constitución es la norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico. Puede ser definida como el conjunto de reglas que organizan los poderes públicos y aseguran el ejercicio de los derechos políticos y civiles. Por tanto, tiene un doble carácter: a) Es la norma que regula las funciones del Estado; b) Es la ley fundamental de garantías, respecto de los derechos humanos»

Ya hemos visto que ni el documento del 93 organizó los poderes públicos los que actuaron por su cuenta, ni que sus disposiciones descen-

dieron por grados al sistema jurídico al aprobarse en cada oportunidad que les convenía normas que contradecían lo señalado en el documento, ni aseguraron derechos civiles ni políticos. En suma, que ese texto no estaba en la categoría de Constitución.

Pero más adelante, nuestro maestro Raúl Ferrero, al citar a Manuel García Pelayo nos dice: «ni la norma sin cumplimiento regular, ni la conducta regular sin normas, forman parte de un orden jurídico positivo»

Pues eso es precisamente lo que sucedió en el Perú de la dictadura: la norma (el documento del 93) no tuvo cumplimiento regular y la conducta regular de la dictadura fue la de no ceñirse a las normas y actuar al margen y aún en contra de ellas.

En suma, queda claramente establecido que en el Perú de la dictadura fujimorista no se puede estimar que hubo Constitución (porque nunca se limitó el poder el que actuó al margen de las normas de manera regular) ni que el documento del 93 fue la constitución de ese régimen, pues la misma nunca tuvo cumplimiento regular.

15. Vale decir, que en ninguna de las definiciones de lo que se entiende por Constitución se halla el documento del 93. En realidad ese texto fue ya calificado tanto por la Comisión de juristas que convocó el Presidente Paniagua como un texto hecho para perpetrar la dictadura y sin legitimidad, cuanto por el propio Tribunal Constitucional que en el caso del Colegio de Abogados del Cuzco ha señalado que se trata de un documento espurio. En suma, desde el punto de vista jurídico ese documento no puede ser considerado sino como inconstitucional porque sin ser una Constitución pretendió dejar de lado y anular un texto básico que los peruanos nos dimos en el pleno ejercicio de nuestros derechos democráticos. Desde el punto de vista político no fue sino una farsa y no reflejó para nada la realidad de los factores de poder presentes en la década dictatorial.

16. No se puede aceptar a estas alturas del desarrollo histórico y jurídico que un «papel mojado en tinta» para seguir la expresión de Ferdinand de Lassalle, un mero instrumento formal que no tiene ninguna sustancia ni relación con lo que son los factores reales del poder, pueda ser considerada como Constitución. Menos aún cuando ni siquiera sus mismos autores y promotores quisieron cumplirla. Esto no es sino un gran engaño.

17. En realidad ese texto y esa sociedad que se desarrolló en esos años (entre 1992 y el 2000) ni siquiera alcanzó la deleznable calificación de «constitución semántica» que Karl Loewenstein coloca en el sótano de

aquellas sociedades que pretenden ser guiadas –aunque sea como ilusión- por un esquema de Derecho.

En efecto, mientras que en los países con Constitución semántica el gobernante acomoda el texto a su dictado luego de atropellarlo, u ordena a sus sometidos a que le modifiquen la literatura para poder hacer lo que le viene en gana, en el Perú del fujimorato ni siquiera se observaron esas delicadezas.

Se aprobó, por ejemplo, la postulación a una «segunda reelección inmediata» a través de una ley ordinaria que modificó el documento del 93, pero que ellos –los usurpadores- consideraron como una «ley interpretativa».

Se dictó una ley que permitía quitar la nacionalidad a quienes la habían adquirido por nacionalización, sin siquiera modificar el art. 2° inc. 21 de su documento.

Se sojuzgó el Poder Judicial y el Ministerio Público a través de sendas leyes sin darse el trabajo de modificar el texto de los artículos 144 y 158 de su documento.

En realidad, no hubo ni siquiera Constitución semántica. ¿Puede entonces pretenderse que vale, que es vigente y que rige un texto perpetrado por una dictadura para perpetuar su poder, esconder la felonía de su golpe de Estado y sojuzgar a los peruanos? ¿Puede sostenerse esto en un régimen democrático que es consecuencia de una larga lucha por la reincorporación de las libertades? Obviamente no, y eso es lo que pedimos al Tribunal Constitucional que declare.

E.- ¿Se puede considerar que ene el perú hubo un sistema democrático?

18. Se ha señalado en el capítulo de hechos de esta demanda, y se ha constatado en el Perú a lo largo de estos meses y años con las grabaciones de video, que quienes resultaron «elegidos» como parlamentarios, en realidad no hacían sino obedecer las órdenes de quienes de verdad ejercían el poder. Ello, como lo señala Samuel Huntington en su celebrada obra «La tercera Ola», desnuda a una dictadura o a una plutocracia y deja a las claras que no se trata de un gobierno democrático. En efecto, él dice que «si aquellos productores de decisiones democráticamente elegidos se convierten, sin embargo, simplemente en una fachada para que los grupos no elegidos democráticamente ejerzan mucho más poder, entonces aquel sistema político resulta claramente no democrático» (Pág. 23).

No cabe duda que eso demuestra nuevamente, por enésima vez, que lo que pasó en la era Fujimori no fue una democracia y que, por lo mismo, su producto, entre ellos especialmente la denominada «constitución» no es democrático y no puede regir ni tomarse como pauta en un estado que parte de fundamentos y de hipótesis esenciales diferentes a los de la dictadura.

19. Por otra parte, si el documento de 1993 no alcanza la categoría de Constitución, mucho menos llega al umbral de lo que puede considerarse una constitución democrática. Esto último es muy importante porque la democracia es el sistema que los peruanos hemos escogido en toda nuestra historia para gobernarnos. Si hay alguien que en el Perú –por lo menos hasta hoy- pretende que nuestra nación se rija al margen de la democracia, esta actuando en contra de la Constitución material del Perú, de la Constitución histórica que ya este Tribunal ponderó en el fallo del caso del Colegio de Abogados del Cuzco. Cualquier norma que pretendiera imponerse con este contenido es inconstitucional aunque se llame «Constitución» a sí misma.

20. En suma, lo de Fujimori no fue ni Derecho, ni democracia, ni constitución. Fue poder puro, autocracia y bandos de mando. Como lo ha manifestado Sartori, «una dictadura es un gobierno no constitucional, bien porque sus dirigentes convierten en un engaño la constitución preexistente, bien porque redactan una constitución que les confiere el poder para hacer de hecho lo que quieren. Desde este punto de vista, la estructura de las dictaduras es y puede concebirse como la antítesis de las estructuras constitucionales» (ob. Cit. Pág. 251).

En el Perú fue aún más cínica la cosa, puesto que Fujimori y sus seguidores no se contentaron con desconocer la Constitución de 1993, sino que hicieron un documento al que llamaron como «Constitución» para también dejarlo de lado. Es decir, se dieron maña para hacer que algo que ellos juraron cumplir no lo cumplieran, es decir, se burlaron de su propio texto que no significó nada. Lo más grave es que se pretenda que lo que ellos mismos hicieron y no cumplieron sea hoy día seguido como si fuera la suma de los libros santos por los ciudadanos libres del Perú.

Es evidente que no se puede entender que de una dictadura, de una autocracia puede salir una norma que sea una constitución, que tenga rango de tal, que sea respetable por el pueblo soberano. Del olmo no pueden salir peras y de una dictadura no puede salir una Constitución y sería necio pretender que se obedezcan como valederas las normas que se hicieron para engañar a un pueblo y para evitar la vigencia real de todas las instituciones democráticas, como la división de poderes, la superioridad

de la persona sobre el Estado, la limitación del poder, su alternancia, la pluralidad, la sujeción del poder militar al poder civil, etc.

F.- El documento del 93 fue impuesto por la fuerza y no puede alcanzar consagración de derecho constitucional o de pacto social.

21. El documento del 93, como lo señalaron tanto la Comisión de Juristas cuanto este Tribunal en un «*obiter dicta*» que es de obligatorio seguimiento ahora, es producto de la fuerza, de la violación del sistema jurídico que pacíficamente y por consenso nos dimos los peruanos en 1979 con plena conciencia en un momento constituyente y con la esperanza que se clausurara la etapa de los golpes de Estado. La fuerza, como se ha dicho en el capítulo de hechos, estuvo presente en la alborada, en el desarrollo y en el ocaso del régimen fujimorista. Como es claro, el Derecho necesita de la fuerza para imponerse, pero la fuerza sola no es Derecho. No se puede alumbrar el Derecho desde la fuerza. El Derecho requiere un espacio de acuerdo, especialmente el Derecho de un Estado democrático que es el que corresponde a la Constitución histórica del Perú. Un acto de fuerza vestido de juridicidad no es Derecho y menos Derecho constitucional.

22. Si ese documento del 93 se impuso como farsa –porque nunca tuvo vigencia ni eficacia- fue por la fuerza y si se simuló obedecer fue por el absolutamente errado cálculo hecho por quienes decidieron concurrir al CCD por las más distintas motivaciones, desde una invocación democrática argumentando que así conseguirían que la dictadura fuera más corta porque ellos la iban a deslegitimar «desde dentro» hasta por una supuesta prudencia para evitar que la dictadura arrasara con los derechos de todos. Es decir, ni los que consintieron por razones estratégicas con el embuste, pensaron que no fue la fuerza la que alumbró su convocatoria y estuvo presente en la «discusión» del texto del 93 como una espada de Damocles.

23. En ese sentido cabe recurrir a Jean Jacques Rousseau para refrescar lo que debe considerarse vale la fuerza en el proceso de formación de un contrato social y si hay obligación de obedecer el producto de la fuerza luego que esta ha dejado de estar presente.

Rousseau dice: «La fuerza es una potencia física, y no veo qué moralidad puede resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando más, puede ser de prudencia. ¿En qué sentido podrá ser un deber? ... Si es preciso obedecer por fuerza, no es necesario obedecer por deber, y si la fuerza desaparece, la obligación no

existe. Resulta, por consiguiente, que la palabra derecho no añade nada a la fuerza ni significa aquí nada en absoluto». (Pág. 12)

Entonces, ¿Tiene sentido que hoy sigamos obedeciendo lo que a la fuerza implantó un dictador corrupto y su corte como regla que rige el sistema democrático que el destrozó? ¿Tiene algún viso de razonabilidad que el país que combatió durante años contra ese flagelo se siga sintiendo atado por la voluntad de la satrapía que lo envileció?

Hubo en el Perú, en todo caso, una situación de necesidad, de prudencia por parte de quienes decidieron seguirle la cuerda al dictador y simular como si eso fuera Derecho. Pero, ¿se puede seguir con el embuste cuando ya pasó el Estado de necesidad? Tiene cierta lógica que mientras el delincuente apunta con el arma cargada al ciudadano este deba obedecer, pero no tiene ninguna razón que luego de capturado el ladrón, la persona que fue asaltada siga consignando la suma de dinero que el cuatrero le ordenó depositara en una cuenta cada semana cuando lo encañonaba.

Eso es lo que pasa actualmente en el Perú, se quiere que el ciudadano democrático consigne obediencia y sometimiento en la cuenta política del delincuente constitucional, aun cuando este ya ha sido encarcelado o ha fugado cobardemente.

Demandamos por eso, con la autoridad de haber combatido a la dictadura desde el primero hasta el último día de su existencia y aún después, que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de ese texto.

24. Pero tampoco podrá decirse que ese documento, como en gran parte del articulado señala normas que podrían formar parte de una Constitución de verdad, debe ser obedecido o puede tener validez.

En primer lugar, ese texto fue producto de la imposición y los demócratas no tenemos por qué obedecer un úkase.

En segundo lugar ese texto rompe con la Constitución histórica al permitir la reelección presidencial inmediata.

En tercer lugar, incuso en su texto tramposo e incompleto limita las funciones que han correspondido históricamente a la representación popular en beneficio del Ejecutivo.

En cuarto lugar, cancela los derechos sociales que fueron incorporados en el constitucionalismo del siglo XX.

En quinto lugar, aprueba un sistema económico estrecho que sólo da pie para que una corriente de pensamiento económico sea la que puede gobernar al país.

¿Se hubiera podido adoptar estas determinaciones en una Constituyente libre, así como otras de similar jaez?

Finalmente, porque no siendo producto de un Estado constitucional de Derecho no puede pretender obediencia y lealtad del sistema democrático al que destrozó y del que se burló.

25. Tampoco, desde el campo del Derecho y del origen de las instituciones de este sistema, se podría sostener la validez de ese cónclave que Fujimori juntó para tratar de aparentar una realidad democrática. Ese CCD estuvo imaginado para que se obedezca los dictados del poder real y no para debatir en serio y abiertamente los temas del país. No para que se discutiera una Constitución, sino para que se produjera un texto para que quien estaba en el poder satisficiera sus necesidades, empezando por la reelección inmediata que siendo ajena a la Constitución material del Perú (previamente incorporada sólo por la dictatorial de Leguía de 1920) recabó, en su tiempo, de Tocqueville una condena porque quien es elegido Presidente y puede ser reelegido, señalaba «no gobierna ya por interés del Estado, sino por su reelección». (Pág. 135).

Por otra parte, como ha señalado Andrew Arato, si se pretende haber convocado a un poder constituyente originario, «cuanto más participen en el proceso poderes constituidos o establecidos con anterioridad, más se interpretará a la iniciativa como intentos ilegítimos de usurpar el lugar del poder constituyente» (En «formas de diseño constitucional y Teoría de la Democracia» en «La política», Octubre de 1988, Pág. 71). ¡Qué diferencia con la Asamblea Constituyente de 1978 donde no se permitió la participación del poder dictatorial para nada! Aquí hasta «convalidaron» el poder de quien golpeó a todos pero no se golpeó a si mismo.

G.- El documento del 93 no tuvo tampoco la mayoría, ni en su propia lógica, como para ser reputado como constitución.

26. Pero tampoco desde una perspectiva numérica, vale decir, de una mayoría mínima que pueda obligar en una democracia a los habitantes de un país a aceptar una norma de esta importancia, tiene legitimidad este texto.

Nadie duda en las democracias modernas ni entre los autores clásicos y modernos que los tópicos especialmente importantes o trascendentes y que definen la convivencia de una nación deben de contar con un respaldo que no sólo cuente con una escasa minoría, sino que, fundamentalmente sea producto de un consenso bastante extendido que garantice el respaldo de la sociedad.

Sólo vamos a citar en este caso a Carl Friedrich para no abundar en el recuento. «En decisiones de tipo fundamental y grave no se puede uno contentar con una escasa mayoría, sino que hay que exigir una mayoría de dos tercios, de tres cuartos o, incluso, la unanimidad. Porque sólo con una mayoría tan cualificada estamos seguros de que se logra una verdadera legitimidad. Las prescripciones de una mayoría cualificada para las modificaciones de la Constitución hay que comprenderlas por la naturaleza de la cuestión» (ob.cit. Pág. 87).

Pues bien en el Perú no hubo mayoría ni en la convocatoria para elegir a los cecedistas, ni transparencia en el proceso, ni, tampoco, mayoría en la pretendida aprobación de ese texto de 1993. Vale decir, si la regla procesal de una democracia, que no define por lo demás la democracia moderna misma que es mucho más que eso, es la regla de la mayoría, tampoco esta se cumplió para la aprobación de este texto cuya declaratoria de nulidad e inconstitucionalidad solicitamos al Tribunal Constitucional.

27. Sobre este tema de la perspectiva numérica y la ilegitimidad de ese texto, ya se ha pronunciado el Tribunal. El documento del 93, ya lo dijo, no podría ser considerado como válido el día de hoy por su origen espurio. Es inconvalidable desde una perspectiva jurídica.

Es procedente aquí resaltar lo ya señalado por el Tribunal:

«La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y de constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose al voluntad de los ciudadanos.

Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.

Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56% de los votantes y el 27.34% del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3'895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones).

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993".

H.- La constitución no sólo es «ratio», sino es «emotio», es compromiso ético.

28. Pero, además, aunque todas sus prescripciones fueran razonables y el dictador y quienes gobernaron con él las hubieran atendido fielmente, tampoco sería hoy obligatorio ese texto porque, como dice Peter Haberle, la Constitución no sólo es «*ratio*», sino que es también «*emotio*». Apunta a regir la vida de la sociedad desde una perspectiva integral. Entonces, ¿puede creerse que una sociedad democrática deba sentirse obligada por un esputo de la dictadura? No puede haber ni orgullo, ni autoestima, ni dignidad, ni menos aún entusiasmo para el pueblo si se permite que un documento producido con el mayor desprecio por el derecho y la democracia, determine el modo de conducta obligatorio que ha de regir al pueblo libre. Por ello es que tampoco desde una perspectiva integral puede catalogarse a dicho texto como «constitución».

I.- Debe restituirse el sistema de derecho que fue transgredido por la dictadura y rehacer la vida jurídica del país desde ese punto de partida.

29. Las normas de Derecho deben de recobrar su vigencia tan pronto determina la situación irregular que pretendieron instaurar los violadores. Conociendo la realidad de nuestra vida política, pero también nuestro aferramiento a la democracia como sistema, los constituyentes latinoamericanos, desde la Constitución de México de 1917 (Art. 136), señalaron que: «Esta Constitución no pederá su fuerza y vigor, aun cuan-

do por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta».

Lo mismo fue recogido por la Constitución de Venezuela de 1961, al la salida de la dictadura de Pérez Jiménez, cuando en su artículo 250 señala que: «Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así mismo los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes que esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado».

Ese mismo precepto fue incorporado por los constituyentes peruanos de 1979, cuando en el artículo 307 señalaron que: «Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier oro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al

amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se les hayan causado».

30. Pues bien, desaparecido el régimen de fuerza que por temor o prudencia indujo a los hombres libres a simular acatamiento a las órdenes de la dictadura, corresponde, como lo señala el Art. 307 que quienes tienen capacidad y poder para ello adopten las medidas necesarias para retornar a la constitucionalidad y declarar inconstitucionales los actos de los usurpadores y las mentiras y embustes desarrollados a partir de su innoble proceder.

El Derecho Constitucional, especialmente, por su carácter y naturaleza, ha de tener el aliento histórico necesario para devolver al país a la juridicidad querida por la Nación para que sea esta, a través de sus representantes o de una Asamblea Constituyente, la que decida si a ese Derecho que el mismo pueblo se dio en 1979 (y no a la farsa impuesta por la dictadura) corresponde o conviene o no modificarlo, debiendo dictar en todo caso, este Congreso elegido a la caída de la autocracia, las normas transitorias para que no se produzca una situación inconveniente para el país dado los hechos que se escenificaron durante la satrapía.

31. No escapará al Ilustre Tribunal que este paso no es sino la conclusión de lo ya avanzado por Ustedes mismos que han ordenado enjuiciar penalmente a los delincuentes que en 1992 cometieron el delito de rebelión, así como lo dispuesto por el propio Congreso de pedir se abra proceso contra todos ellos.

Este paso es trascendental para el Perú, porque así entenderá cualquier futuro golpista que la vuelta del Estado Constitucional de Derecho por él quebrado puede durar semanas, meses, años, o lustros, pero que cuando el pueblo recupere su libertad –como lo hemos hecho ahora- no quedará vestigio de sus actos, los que serán anulados y ellos mismos juzgados y sancionados con las normas penales y procesales vigentes en el momento que cometieron su delito, y por los tribunales que para este caso -dada su trascendencia y su importancia- ha establecido el mismo artículo 307 de la Constitución de 1979.

Si el Perú quiere vivir en democracia, requiere que sus jueces constitucionales, que se instauraron precisamente para evitar la medrosidad con que actuaban, y hasta ahora muchas veces actúan los jueces ordinarios, procedan haciendo respetar la Constitución.

Esta es precisamente la competencia que «*per se*» tiene un Tribunal Constitucional y la importancia de su correcta y valiente actuación quedó graficada para el Continente y para el mundo, con la decisión adop-

tada en 1993 por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala la que, de oficio, y cuando se dio el infausto golpe de Estado de Jorge Serrano, lo invalidó de inmediato al igual que todas sus normas y actos y obligó a todos los hombres y mujeres que estimamos al Derecho como el sistema decente en el que queremos vivir, a escribir sobre ellos y a reverenciarlos por el talento y el coraje que pusieron para permitir la sanción a la dictadura y proscribir sus actos.

J.- El tribunal constitucional no sólo puede, sino que debe declarar la inconstitucionalidad de ese texto de 1993.

32. Se ha señalado falazmente en el curso del debate promovido por quienes tienen intereses concretos, que este Tribunal Constitucional no podría declarar inconstitucional la «Constitución» que se obligaron a cumplir cuando asumieron el cargo, como tampoco, se dice, el Congreso podría declarar la nulidad de ese documento del 93 por que los congresistas juraron teniéndolo presente.

Nada de eso es cierto y volvemos a Rousseau, ya citado líneas arriba, para rechazar esa especie.

A la salida de la dictadura se presentó una suerte de confusión constitucional y para salir del embrollo rápidamente se decidió seguir las prescripciones del documento, pero ello no significa conferirle validez.

El Congreso, no es una creación del documento del 93. Por el contrario, este texto lo empequeñeció y lo envileció y la representación nacional, por razones de inmediatez para salir del entrampamiento, tuvo que acomodarse a la forma que quiso para él la dictadura. Debe entenderse este Congreso, por la forma como fue electo, es una continuidad del Congreso peruano, democrático, el que fue destrozado por el golpe de 1992.

El Tribunal Constitucional tampoco fue una creación de la dictadura, ni tampoco lo fue su competencia para declarar la inconstitucionalidad. Este organismo fue creado, precisamente, por la Constitución de 1979, que instauró en el Perú el denominado Estado Constitucional de Derecho. Por las mismas razones que las que llevaron a que el Congreso se reuniera con la forma con que el «Congreso» fujimorista se reunía, el Tribunal Constitucional se instauró con los 7 miembros.

No es pues, entonces, que estos órganos no tenga autoridad para restablecer el sistema jurídico peruano. Al contrario, al tener autoridad o posibilidad, cualquiera sea la plataforma desde la que actúan, deben, es

una exigencia de la Constitución democrática de 1979, el hacer lo que corresponde para que esta recupere su total vigencia.

Sería absurda la interpretación de que la autoridad de la que gozaran fuera precisamente la que se acordara a las formas de la Constitución mancillada. Por eso, porque el Derecho no puede sostenerse sobre absurdos, es que no puede señalarse que no tienen competencia, capacidad o autoridad para proceder a declarar la nulidad por inconstitucional del texto fujimorista. Con la lógica propuesta nunca se podría restaurar una Constitución transgredida.

33. Aun en los casos normales, cuando el Tribunal Constitucional no ha sido manchado por la grosería de una dictadura, como pasó en la década anterior, el Tribunal tiene el deber de pronunciarse para garantizar aunque se tratara de minorías su derecho a vivir en un estado constitucional y donde la razón impide que se aplasten sus derechos. Por eso el profesor José Montilla Martos dice que: «el Tribunal cumple una función de garantía de los derechos y prerrogativas que a los grupos minoritarios reconoce el ordenamiento constitucional. En este sentido, la minoría cuestiona la constitucionalidad de la actuación del legislador en un procedimiento jurisdiccional. Y esto no sólo como un derecho sino también como una obligación, tal como ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional Federal Alemán. La minoría tiene una opinión política pero también una opinión jurídico-constitucional y las cuestiones constitucionales conflictivas entre mayoría y minoría deben ser conducidas al tribunal Constitucional» («Minoría política y Tribunal Constitucional» Pág. 19).

Si esto pasa cuando se es minoría, con cuanta razón no debe suceder cuando se es mayoría en el país. No hay nadie que estime válido ese documento y corresponde entonces que si los órganos políticos no se manifiestan por temor o por acomodamiento o por cualquier razón, que el Tribunal Constitucional, recogiendo la demanda de un grupo de ciudadanos resuelva el caso y ponga punto final a la situación de confusión constitucional que vive el país como resultado de la década fujimorista.

34. También se ha dicho que si el Tribunal Constitucional no ha declarado la nulidad del documento del 93 es porque la acepta como válida. Nuevamente volvemos a Rousseau para el tiempo en que se restituía y se consolidaba la democracia recién recuperada, pero además, debemos señalar que insistir en este argumento es desconocer la naturaleza de legislador negativo que se le acordaba desde antiguo al Tribunal Constitucional. Interpretación que, por cierto, de acuerdo a las modernas corrientes del Derecho, ha sido dejada de lado por el propio Tribunal. El

Dr. Javier Alva Orlandini en su discurso de investidura dijo respecto a este punto: «De acuerdo a la doctrina moderna e inspirada en ejecutorias de los tribunales de Alemania, Italia y España, entre otros, la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional está ampliada y superada. Ya no es más sólo un legislador negativo. El Tribunal, en efecto, puede dictar diversos tipos de sentencia que, en la teoría del derecho constitucional, se conocen como aditivas, creativas, innovativas, manipulativas e interpretativas**.** Mediante tales sentencias se complementa, dinamiza, adecúa y compatibiliza las leyes a la Constitución o se resuelven las incoherencias entre distintos preceptos de la norma constitucional.

Pero, a quienes todavía se aferran a la doctrina antigua sobre las competencias del Tribunal cabe decirles que si no se declaró antes la inconstitucionalidad del documento del 93 fue porque nunca se presentó esta demanda en concreto al Tribunal Constitucional. Nunca se le pidió ese pronunciamiento. Ni siquiera en el caso del Colegio de Abogados del Cuzco, que no planteó ese desafío.

Puestos ahora sí ante la demanda específica promovida además por el pueblo que luchó por derrocar la dictadura, no cabe otra cosa que declarar la inconstitucionalidad. Los pronunciamientos previos del Tribunal respecto a la deleznabilidad de ese documento así lo anuncian y sabemos, por la calidad de ciudadanos que Ustedes son, que actuarán en consecuencia ejerciendo sin temor y de cara a la historia las competencias de que gozan.

K.- Algunas estimaciones finales que refutan argumentos falaces escrimidos por quienes sostienen que debe de seguirse con el texto del 93.

35. No se puede sostener tampoco que el documento del 93 ahora debe regir a pesar que no rigió durante todo el tiempo en que sus supuestos creadores estuvieron en el poder.

Cuando se perpetró el documento del 93 no se señaló que tendría vigencia recién a la caída del régimen que lo estaba impulsando. No se le dijo al país, ni se planteó en su referéndum tampoco, que se aprobaba la «Constitución» con una condición suspensiva. En realidad, el texto es, para usar una figura bíblica, como el barro al que la voluntad de Constitución a la que nos hemos referido, le da el soplo de vida. ¿Pretendemos hoy día que ese barro de la dictadura reciba la vida del soplo democrático?

Si no se aprobó con una condición suspensiva no se puede sostener que justo entró a tener vigencia cuando Fujimori se fuera.

El planteamiento de una condición suspensiva pudo hacerse y de hecho se ha planteado en el Perú y en otras partes del mundo. La Constitución de 1979 se aprobó con la condición suspensiva que la hizo entrar en vigencia recién en 1980, cuando el gobierno democrático asumió el poder, pero los militares que lo ejercieron hasta el 28 de julio de 1980 no pretendieron que cumplían con esa Constitución ni con aquella del 33. En los Estados Unidos, cuando se aprobó la Constitución en la Convención de fines del siglo XVIII se señaló que quedaría en suspenso hasta que fuera aprobada por nueve de los trece Estados que conformaron la Unión.

Como se ve, la condición suspensiva puede operar cuando el pueblo la aprueba, pero no cuando la dictadura se la otorga a sí misma sin, además, señalar cuando ni cómo operará esa condición.

36. Finalmente, no se puede sostener tampoco que el documento del 93 vale porque un grupo pequeño de personas concurrieron al CCD pensando que ellos si harían una Constitución. Ese hecho no cambia para nada la naturaleza de las cosas. Ya el Tribunal Constitucional y la Comisión de Juristas tantas veces aludida, se han encargado de señalar la naturaleza y razón de ser de ese cónclave.

37. En resumen, el Tribunal Constitucional debe, a través de esta sentencia acabar con la situación de anomalía constitucional que existe en el Perú. Anomalía que es más grave e inaceptable desde que pretendemos ser una República constitucional y democrática. Si corresponde al Derecho defender a las personas del uso abusivo del poder, corresponde a los tribunales declarar cuando este hecho se produce. Esa es una de las funciones del Derecho moderno: la de controlar los abusos del poder. No hay, por otro lado, Derecho sin razonabilidad y por ello es que ese documento del 93 no puede sostenerse como el frontis, como la fachada jurídico política del sistema peruano.

38. Finalmente cabe señalar, como decía Alexis de Tocqueville, que «no es el uso del poder o el hábito de la obediencia lo que deprava a los hombres, sino el desempeño de un poder que se considera ilegítimo, y la obediencia al mismo si se estima usurpado u opresor» («La democracia en América» Pág.35).

Hoy día, en el Perú la depravación continúa con carácter de inexplicable desde que se quiere que se siga obedeciendo la norma hecha para engañar al país por un régimen dictatorial, opresor y usurpador y eso es inaceptable. Esperamos que el Tribunal Constitucional termine con esta villanía y nos quite de encima el baldón que debemos soportar los perua-

nos de pretender ser regidos por órdenes de quien gobernó con tanta corrupción y ya ha sido expulsado del poder.

CONCLUSIÓN

Por todos estos considerandos es que solicitamos, luego de los trámites pertinentes que se declare la inconstitucionalidad y la consecuente nulidad del documento de 1993 al que se le dio el título de «Constitución Política del Perú» y se ordene la vigencia de la Constitución de 1979, con las normas transitorias que se definirán por el Tribunal Constitucional o el Congreso de la República.

OTRO SI DECIMOS: Acompañamos ocho juegos de copias de la presente demanda y la certificación expedida por la RENIEC de haber superado el número mínimo de firmas necesario para la presentación de esta demanda.

OTRO SI DECIMOS: Que solicitamos que a la vista de la causa se le conceda la palabra por espacio de 2 horas a nuestros abogados Dres. Alberto Borea Odría y Angel Delgado Silva, para que formulen el alegato oral.

Lima, 2 de agosto del 2003

Alberto Borea Odría
Abogado
Reg.CAL. 6853
Presidente de Fuerza Democrática

Angel Delgado Silva
Secretario General de
Fuerza Democrática

Alberto Bautista Merino
Personero Nacional Alterno
Fuerza Democrática

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de reforma constitucional del sistema pensionario

(presentado por el Estudio del Dr. Carlos Blancas Bustamante)

EXP. 007-2005-PI

Escrito No. 1

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

LOS CIUDADANOS, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, conforme a la Resolución No. 030-2005-JNE, todos señalando dirección domiciliaria en Huayna Cápac 1105, Jesús María y domicilio procesal en la Casilla Nº 5116…del Colegio de Abogados de Lima, a Usted, atentamente decimos:

Que al amparo de los artículos 200 numeral 4, 202º numeral 1 y 203º de la Constitución Política, y los artículos 98º y siguientes del Código Procesal Constitucional, interponemos ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD contra el Artículo 3º de la Ley Nº 28389 **«Ley de Reforma de los Artículos 11º, 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú»**.

I. PETITORIO.

Solicitamos al Tribunal Constitucional que:

1. Declare INCONSTITUCIONAL, por el fondo, el artículo 3º de la Ley Nº 28389 por el cual se sustituye el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

2. Asimismo, extienda la declaración de inconstitucionalidad, por conexión o consecuencia, **a la Ley Nº 28449, «Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530»**,

publicada en el diario oficial «El Peruano» el 30 de Diciembre de 2004, así como a las demás normas legales que se hayan dictado, o se dicten después de interpuesta la presente demanda, y que tengan como fundamento el nuevo texto constitucional, aprobado por la Ley No. 28389.

II. ANTECEDENTES: LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN MATERIA PREVISIONAL.

1. Contenido de la reforma constitucional.

Mediante la Ley Nº 28889, publicada en el diario oficial «El Peruano» el día 17 de Noviembre del 2004, se modifican los Artículos 11º, 103º y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política.

Es materia de la presente acción de inconstitucionalidad, el artículo 3º de la precitada ley, que modifica la última de las normas antes mencionadas, en la cual se encontraba consagrado el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria.

El referido precepto, dice lo siguiente:

«Artículo 3º.- Modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Sustitúyese el texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú por el siguiente:

«Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:

1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530.

2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.

La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.

El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias será destinada a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencia con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieren prescrito».

2. Los derechos adquiridos en el régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530.

A efectos de que el Tribunal pueda apreciar cabalmente los efectos de la reforma constitucional sobre los derechos pensionarios derivados del mencionado régimen previsional, presentamos, a continuación, una breve reseña acerca de éste.

2.1 El régimen previsional de los servidores del Estado, fue regulado por el Decreto Ley Nº 20530, expedido el 26 de Febrero de 1974. Esta norma sustituyó la anterior *Ley de Goces del 22 de Enero de 1850*, que regulaba las pensiones de cesantía de los servidores del Estado.

Las características básicas de este régimen pueden resumirse en las siguientes:

a) A los servidores públicos comprendidos en este régimen, les corresponde el derecho de percibir una pensión de cesantía o jubilación, al completar un ciclo laboral, o tiempo de servicios, de 30 años en el caso de los varones y 25 años en el caso de las mujeres. El monto inicial de dicha pensión es equivalente al integro de la última remuneración percibida por el trabajador al momento de su cese en el servicio.

b) No obstante, los servidores públicos, comprendidos en este régimen, pueden acogerse a la pensión de cesantía siempre que hayan cumplido 15 años de servicios, los varones, y 12 años y 6 meses las mujeres. En este caso, el monto de la pensión se fija proporcionalmente

a los años de servicios, a razón de una treintava parte por año en el caso de los varones y una veinticincoava parte por año en el caso de las mujeres.

c) Los servidores que han cumplido 20 años de servicios, tienen derecho a que su pensión se nivele u homologue, es decir, que su monto sea igual a la remuneración que percibe el servidor en actividad que desempeña el último cargo o puesto ocupado por el pensionista. Este, por tanto, tiene derecho a los reajustes o incrementos que perciba el servidor activo, por lo que se denominado a este sistema como «cédula viva. Cabe puntualizar que quien no ha cumplido 30 o 25 años de servicios, según sea hombre o mujer, pero sí 20 o más, tiene derecho a pensión nivelable, aunque dicha pensión no es completa, conforme a lo indicado en b).

d) El sistema es financiado con aportes del trabajador y del empleador (Estado), equivalentes, en cada caso, al seis por ciento (6%) de la remuneración del trabajador. Dichos recursos deben constituir el Fondo de Pensiones, que debe mantener cada entidad estatal.

e) El régimen pensionario DL 20530, quedó cerrado, es decir impedido de recibir nuevos beneficiarios, desde la fecha de la vigencia de esta norma, siendo únicamente aplicable a los servidores del Estado que a esa fecha, pertenecían al régimen previsional regulado por la Ley de Goces de 1850. No obstante, diversas leyes dictadas, principalmente hasta 1985, reabrieron, parcialmente, el régimen a algunos grupos de servidores, en razón de circunstancias excepcionales.

2.2 Es importante resaltar que la característica central de este régimen, que consiste en el derecho a la nivelación de la pensión («cedula viva»), que permite a ésta conservar su valor real, fue elevada a la jerarquía de norma constitucional por la *Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979*. Esta dice:

> «Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración pública no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales, se nivelan progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1º de Enero de 1980. Deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes.»

En tal virtud, el derecho a la pensión nivelada y homologada («cédula viva») que hasta antes de la Constitución de 1979 tenía un origen exclu-

sivamente legal y que se adquiría a los 30 años de servicios y 60 de edad, en el caso de los varones, y a los 25 años de servicios y 55 de edad en el caso de las mujeres, adquirió rango de **«derecho constitucional»**, siendo su único requisito, a partir de ello, contar con 20 años de servicios en el sector público.

2.3 Al dictarse la Constitución actual del Perú (1993), ésta en su Primera Disposición Final y Transitoria, estableció lo siguiente:

> «Los nuevos regímenes sociales obligatorios que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.»

De esta forma, la Constitución peruana actual, garantizó el respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria dentro del régimen del D.L.20530 y, obviamente, al amparo de la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, salvaguardándolos frente a cualquier reforma legal que pueda, de una u otra manera, afectarlos o disminuirlos. Esta decisión, del constituyente del 93, obedeció, sin duda alguna, al hecho de tratarse de «derechos adquiridos constitucionales», toda vez que esa es la jerarquía concedida por la constitución precedente al derecho a la nivelación de las pensiones.

2.4 No obstante la nitidez de estas disposiciones constitucionales, en varias ocasiones los gobiernos, especialmente a partir de 1990, pretendieron desconocer el derecho a la nivelación, introduciendo «topes» o montos máximos a la pensiones. Invariablemente, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional calificaron a tales normas como inconstitucionales, las inaplicaron y ordenaron la restitución a los pensiones de su derecho a pensión nivelada.

Uno de los más importantes intentos de poner fin a la nivelación se plasmó en el Decreto Legislativo Nº 817, «Ley del Régimen Previsional de los Servidores del Estado», expedido el 22 de Abril de 1996, cuya Sexta Disposición Complementaria señaló lo siguiente:

> «El tope a que se refiere el artículo 2º, numeral 3 de la Ley Nº 26667 aplicable a las pensiones derivadas del régimen provisional del D.L. 20530 queda fijado en el sueldo de un Congresista.
>
> Esta disposición entrará en vigencia a partir del 1º de Julio de 1996.»

Al afectar esta norma las pensiones adquiridas antes de su entrada en vigencia, las cuales no se encontraban sujetas a topes o monto máximos, los interesados interpusieron una Acción de Inconstitucionalidad, que motivó la Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de Abril de 1997 (Exp.Nº008-96-I/TC), en la que el máximo intérprete de la Constitución aseveró lo siguiente:

> «Siendo el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley Nº 20530, 1) tener la calidad de pensionista del mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5º del mismo, y 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces, derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente»
>
> Como resulta evidente l*a imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos de aquel grupo de personas que tienen bajo el criterio antes mencionado un derecho adquirido, razón por la cual la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional.»*(subrayado es nuestro)

Más aún, la mencionada Sentencia del TC, extiende sus efectos, al interpretar quienes gozan de derechos adquiridos en materia pensionaria, dentro del régimen provisional del D: 20530, no sólo a quienes al dictarse el D.Leg. 817 tenían la condición de jubilados o cesantes sino a quienes hubieran, a esa fecha, cumplidos los requisitos fijados por la ley para acceder a una pensión nivelable. Expresa la sentencia, al respecto:

> «Es así que aquellos que se encontraban bajo el amparo del régimen del Decreto Ley 20530 que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 817, ya hubieran cumplido con los requisitos señalados por la norma, esto es, haber laborado veinte o más años de servicios; tienen derecho a una pensión nivelada, conforme lo dispuso en su oportunidad el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias».

Por el contrario, «aquellas personas sujetas al régimen del Decreto Ley Nº 20530 que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 817, esto es el veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis-

no alcancen 20 años de servicios, no tendrán derecho a una pensión nivelable con las condiciones que establece el mencionado Decreto Ley, pues aún no habrían adquirido tal derecho, estando sujetos al régimen de pensión nivelada bajo las condiciones que establece el Decreto Legislativo 817 en su artículo 7º»

En conclusión, el TC declara que:

> «La aplicación retroactiva de la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 es inconstitucional, por cuanto viola el artículo 103º de la Constitución y atenta contra los derechos adquiridos de quienes estén sujetos al régimen provisional del Decreto Ley Nº 20530.»

En resumen, conforme a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, las personas que tienen un derecho adquirido a pensión nivelable u homologada, dentro del régimen pensionario del D.L. 20530 son las siguientes:

a) Quienes tenían la condición de pensionistas al entrar en vigencia el Decreto Legislativo 817 (24.Abril.1996) y percibían su pensión de jubilación con derecho a nivelación; y

b) Quienes teniendo la condición de servidores activos, a esa misma fecha contaban con veinte o más años de servicios, teniendo por tanto derecho, al momento de jubilarse, de gozar de pensión nivelable («cédula viva»).

Por consiguiente, en virtud de esta misma sentencia, el TC no considero inconstitucional establecer un tope a las pensiones del régimen del D.L.20530, siempre que dicho tope no se aplique a los pensionistas ni a los servidores activos con 20 o más años de servicios, a la fecha de entrar en vigencia el Decreto .Legislativo Nº 817.

Posteriormente, la Ley Nº 28047, vigente desde el 1º de Agosto de 2003, estableció en su artículo 2º lo siguiente:

> «El monto máximo de las pensiones derivadas del régimen provisional del Decreto Ley Nº 20530, que se generen a partir del 1 de Agosto de 2003, no podrán exceder de 1 U.I.T» [1]

1. La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es una unidad de referencia que se aplica exclusivamente para fines tributarios. Su monto es fijado cada año por el Poder Ejecutivo, siendo actualmente para el Ejercicio Fiscal de 2005, de Tres Mil, Trescientos Nuevos Soles. (S/ 3,300.00)

El análisis precedente nos permite concluir que actualmente, y desde el 24 de Abril de 1996, las pensiones derivadas del D.L. 20530 están afectas a un tope o monto máximo, que inicialmente fue fijado por el Decreto Legislativo Nº 817 y, posteriormente, fue reducido por la Ley 28047. No obstante, dicho tope, hasta la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Constitucional (en adelante LRC) no es aplicable a las pensiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la primera de dichas normas ni tampoco a las que se otorguen, en el futuro, a los actuales servidores activos que a esa fecha (24.04.96) ya habían cumplido 20 años de servicios.

Esta conclusión nos lleva a establecer, claramente, cual es el ámbito, y el propósito, de la LRC, la cual elimina la garantía de los derechos adquiridos para que sea posible –jurídicamente- modificar legalmente el régimen del D.L. 20530, imponer topes o, incluso, reducir las pensiones que tienen la condición de «derecho adquirido».

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma Constitucional deja en claro este objetivo cuando señala que:

> «Esta Interpretación hace más rígido aún el marco constitucional e imprescindible su reforma, puesto que cualquier modificación legislativa no tendría en la práctica ningún ámbito de aplicación dado que la abrumadora mayoría de trabajadores pertenecientes al régimen del Decreto Ley Nº 20530 ya ha cumplido los requisitos.»

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. LA LEY Nº 28389 TRASGREDE LOS LÍMITES MATERIALES DE LA POTESTAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL. EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA ES INCOMPETENTE PARA MODIFICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN.

Conforme lo señala el artículo 200 inciso 4 de la Constitución, la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas con rango de ley que «contravengan la Constitución en la forma o en el fondo».

En el caso presente, tratándose de una ley de reforma constitucional, que ha sido aprobada observando el procedimiento señalado en el artículo 206º de la Constitución, el vicio de inconstitucionalidad se refiere al fondo de dicha ley, en cuanto el contenido de esta excede a la potestad de reformar la Constitución asignada al Congreso en dicho precepto y trasgrede los límites materiales de la reforma constitucional.

Sobre la existencia de límites materiales a la reforma de la Constitución y la competencia del Congreso en materia de reforma constitucional.

A. SEGÚN LA DOCTRINA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

1) Poder Constituyente y poderes constituídos.

En efecto, la facultad de «reformar» la Constitución, que el artículo 206º atribuye al Congreso, como expresión del Poder Legislativo, no es una facultad absoluta e ilimitada, sino que se encuentra sometida a «límites», los cuales derivan de la distinción, fundamental para el Derecho Constitucional, entre el «Poder Constituyente» que, en principio, es originario, absoluto e ilimitado, y el «Poder Constituído» que es derivado, relativo y, por tanto, limitado.

Afirma, al respecto, Carl Schmitt: «Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política como un todo.»[2]

El Poder Constituyente es el creador de la Constitución y, por ello, de los poderes que esta establece, que por esta razón tienen la condición de «poderes constituidos». En tal sentido, Schmitt sostiene que «El Poder constituyente es unitario e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos «poderes» (Legislativo, Ejecutivo y Judicial…). Es la base que abarca todos los otros «poderes» y «divisiones de poderes».[3]

Explicando esta fundamental distinción, Pérez Royo sostiene: «Aquí, precisamente, es donde radica la diferencia entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Mientras que estos son poderes de naturaleza jurídica, en la medida en que su formación y el ejercicio de sus competencias están definidos en la Constitución, el poder constituyente, por ser él mismo el origen de todo derecho, no puede tener tal naturaleza. El poder constituyente es previo al derecho, opera en una suerte de vacío jurídico y, en consecuencia, no puede ser interpretado jurídicamente.»[4]

De la distinción entre «poder constituyente» y «poderes constituidos» se desprende, otra no menos importante, entre «poder constitu-

2. Schmitt, Carl, «Teoría de la Constitución», Alianza Editorial, Madrid, m1982, p..p.93-94.
3. Ibídem, p.95.
4. Pérez Royo, «Curso de Derecho Constitucional», 9na Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003, p.117.

yente originario» y «poder constituyente derivado», correspondiendo este último al Poder Legislativo en aquellos casos en que la Constitución le atribuye la competencia de reformar la Constitución (Poder reformador o poder de revisión). Es en relación a esta competencia que se plantea la cuestión de los límites a la reforma constitucional, o, desde otra perspectiva, la de establecer si dicha competencia para reformar la Constitución es materialmente ilimitada y, por tanto, es equivalente al propio Poder Constituyente o si, por el contrario, se encuentra sujeta a determinados límites materiales, en cuyo caso dicha competencia no es equivalente sino subordinada al Poder Constituyente.

2) Los límites a la reforma constitucional.

Refiriéndose a la potestad de reformar la Constitución, señala, Pedro de Vega que «…el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre»[5]

En sentido coincidente, señala Lucas Verdú que «el poder de revisión constitucional está también sometido a limitaciones. Cuando se afirma la limitación del poder de revisión constitucional no sólo se apunta que está vinculado a las condiciones y procedimientos para su ejercicio por el texto que lo ha instituido, sino, además, que es incompetente para abrogar la Constitución existente y elaborar otra nueva.»[6]

Admitida pacíficamente en la doctrina, la función innovadora de la reforma constitucional en cuanto esta «tiene carácter esencialmente integrador, en la medida que intenta acomodar a las normas con la realidad, en gracia, precisamente, de la misma permanencia de la Constitución»[7] y, admitida, igualmente la existencia de limites o requisitos procedimentales a los que debe ajustarse toda reforma constitucional, se plantea la cuestión de los límites materiales o sustanciales a la misma, esto es la existencia de materias vedadas o sustraídas a la potestad de reforma constitucional, en la medida que su eventual reforma pondría en peligro la identidad o continuidad de la constitución.

5. De Vega, Pedro, «La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente», Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p.65.
6. Lucas Verdú, Pablo, «Curso de Derecho Político» Volumen III, Editorial Tecnos, Madrid, 1986,p.591.
7. Ibídem, p.650.

Al respecto, refiriéndose a las posibilidades de actuación del poder reformador, De Vega afirma que «Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder , por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión. Lo que, dicho en otros términos, equivale a indicar –como advirtiera Marbury- que el poder de reforma, que tiene la competencia para modificar la Constitución para lo que no la posee, es para destruirla»[8]

Para Lucas Verdú tales límites son aquellos que salvaguardan la «Constitución sustancial» o la «fórmula política» de la Constitución, y su existencia se encuentra plenamente justificada por constituir «una garantía indispensable para el mismo mantenimiento de la Constitución, para que conserve su identidad pese a las modificaciones integradas en su contenido,[9] de manera que aunque se hayan reformado parte enteras se mantendrá la continuidad de la misma Constitución, en tanto se hayan respetado tales límites.»

Dichos límites materiales pueden, a su vez, ser explícitos o implícitos. En el primer caso, se identifican con las denominadas «cláusulas pétreas», también llamadas «intangibles». Haberle, por su parte, engloba ambas clases de límites materiales bajo el concepto de «cláusulas de eternidad»[10]

La existencia de disposiciones «pétreas» facilita la labor del legislador y, llegado el caso, la del órgano de control de la constitucionalidad, en orden a juzgar acerca de la validez constitucional de una ley que modifique lo prohibido por aquella disposición. No obstante, la inexistencia de dichas cláusulas expresas en el texto constitucional no equivale a la ausencia de límites materiales a su reforma, sino a que estos se presentan como cláusulas intangibles implícitas, entendiendo por tales aquellas cuya supresión o modificación conlleva la alteración radical o sustancial de la ley fundamental.

8. De Vega, op.cit.,p.p. 237-238.

9. Lucas Verdú, op.cit.,p.650.

10. Haberle, Peter, «El Estado constitucional», Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2003., pag.145 y sgts.

En efecto, el reconocimiento de límites materiales implícitos obedece a la necesidad de preservar vigentes los contenidos esenciales de la Constitución evitando que por la vía de su reforma aquella sea suprimida, destruida o desnaturalizada.

Por eso, con su indiscutible autoridad, el maestro Carl Schmitt, sostuvo que la facultad de reformar la Constitución «…significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo.»[11]

De Vega, por su parte, sostiene que «porque toda Constitución se identifica con un régimen político determinado y con una fórmula política que materialmente define y socialmente legitima, el ordenamiento legal, es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional.»[12]

Así, pues, toda Constitución contiene un conjunto de valores, principios y decisiones fundamentales que determinan su contenido esencial, su propia naturaleza, es decir, el «modo y forma de la propia existencia política»[13]. De allí que, aún cuando no exista un límite expreso, Schmitt considere que no hay reforma sino «destrucción» de la Constitución si , por la vía de la reforma, se sustituye el poder constituyente del pueblo por el principio monárquico[14] y De Vega opina que si, por ejemplo, el parlamento español, por la vía de la reforma constitucional, suprimiera el artículo 1.2 de la Constitución, que consagra que «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado», ello equivaldría a la destrucción de la Constitución y la supresión del régimen político actual.[15]

Ello significa que la existencia o inexistencia de límites materiales expresos, no constituye criterio suficiente para determinar el ámbito

11. Schmitt, Carl, op.cit.,p.119.
12. De Vega, op.cit.,p.285.
13. Schmitt, op.cit.,p.p.93-94.
14. Ibidem,p.119.
15. De Vega, op.cit.,p.p.285-286.

de la competencia del poder reformador pues este, por naturaleza, es siempre limitado, ya que los contenidos sustanciales de la Constitución se encuentran sustraídos de dicho ámbito, al reconocerse la existencia de los límites implícitos. Por ello, con sobrada razón, Haberle afirma que «Las cláusulas de eternidad son parte inmanente, escrita o incluso no escrita, de las Constituciones del Estado constitucional, en la medida que sean interpretadas desde un enfoque material»[16]

La existencia de tales cláusulas o límites determina, a su vez, el ámbito de la competencia del Poder Legislativo en materia de reforma constitucional, al circunscribirla a aquellas disposiciones cuya modificación o supresión no afectan la sustancia de la Constitución.

Al respecto, Schmitt afirma: «La competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal en el sentido de un círculo de actividades regulado y delimitado. Reformar las leyes constitucionales no es una función normal del Estado, como dar leyes, resolver procesos, realizar actos administrativos, etc. Es una facultad extraordinaria. Sin embargo no ilimitada; pues, al seguir siendo una facultad atribuida en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, «competencia» auténtica. En el marco de una regulación legal-constitucional no pueden darse facultades ilimitadas; toda competencia es limitada.»[17]

Concluye, por ello, que «Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente (…) y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a un cambio de Constitución; no a una revisión constitucional.»[18]

B. SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la *Sentencia del 22 de Enero del 2002, Expediente Nº 014-2002-AI/TC,* recaída en la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cuzco contra la Ley Nº 27600, ha definido su posición acerca de los límites del poder de Reforma Constitucional.

16. Haberle, op.cit.,p.146.
17. Schmitt,op.cit.,p.118.
18. Ibídem, p.120.

Como punto de partida, para luego fundamentar la existencia de los límites a la reforma constitucional, sostiene el TC que: «…suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional»..

Y, asimismo, que «De las características atribuidas al Poder Constituyente queda claro que aquel, en cuanto poder creador es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.» (FJ.61)

Concluye por ello que «…el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son sus portavoces o hacedores de una tarea regulada regulada en sus lineamientos por la propia Constitución. Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente». (FJ.63)

En dicho fallo, el TC reconoce la existencia de *límites formales y materiales* a la reforma constitucional. Respecto a los primeros, señala que la Constitución establece los siguientes: a. Individualiza el órgano competente para la reforma que es «el Congreso de la República, en calidad de poder constituido» (Fundamento V, 5, 72, a); b. describe el procedimiento que ha de seguir dicho órgano para realizar la reforma, y c. establece si el proyecto de reforma es sometido o no a la ratificación del pueblo.

Pero, además, el TC reconoce la existencia de «límites materiales», afirmación de suyo trascendente en la medida que nuestra actual Constitución carece, en general, de normas pétreas, esto es, de límites materiales expresos o explícitos. Aquellos»…se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma» (Fundamento V,5,74,b).

Tales «parámetros» están conformados por «aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de pode-

res, etc.).Sin ellos la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.» (Fundamento V,5,b,75).

Continuando con su razonamiento, el TC concluye que los límites materiales «…están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución.» (Fundamento V,5,b,76).

A renglón seguido, la referida sentencia del TC precisa que los «límites materiales» puede ser de dos clases: expresos e implícitos. Los primeros corresponden a las denominadas «cláusulas pétreas», tales como las contenidas en las Constituciones de Francia, Italia, Panamá y, en el caso del Perú, las previstas en los artículos 183º de la Constitución de 1839 y en el artículo 142º de la Constitución de 1933.

Respecto a los segundos, las sentencia sub exámen indica: «Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aún cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la «destrucción» de la Constitución» (FJ. V,5,b,76,ii).

Tales límites obligan al legislador ordinario y delimitan su competencia en materia de reforma constitucional pues, como igualmente, lo asevera: «…la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a limites formales o procedimentales (artículo 206º) de la Constitución, sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional.» (FJ.VII,99).

De este modo, la jurisprudencia del TC en materia de reforma constitucional asume la doctrina según la cual ésta posee no sólo límites formales, sino también, límites materiales y que estos, a su vez, de no ser expresos, pueden ser implícitos. Límites estos que delimitan, su vez, la competencia del Poder Legislativo y, en general, los poderes constituidos en materia de reforma constitucional, de manera tal que:

> «En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas.» (FJ.62)

1.2 Acerca de cuales son los límites materiales implícitos en la Constitución peruana.

Establecido que la reforma de la Constitución peruana debe respetar determinados «límites materiales implícitos», y a fin de establecer si la reforma efectuada mediante la Ley Nº 28389, ha trasgredido dichos límites, nos toca, ahora, precisar cuales son estos, a la luz de la doctrina del derecho constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A. LOS LÍMITES MATERIALES IMPLÍCITOS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.

Considera Haberle que las «cláusulas de eternidad» son aquellas que definen, total o parcialmente, «elementos de la «sustancia» de estas Constituciones»[19], para luego afirmar que «Esta sustancia de las Constituciones comprende, tipológicamente hablando, los siguientes contenidos: los derechos fundamentales, con la dignidad humana en su vértice, porque ésta constituye la base antropológica; la democracia y la división de poderes»[20]

Para Carl Schmitt, quien distingue entre la «Constitución», como decisión política de conjunto sobre el modo y forma de existencia de la unidad política, y la «ley constitucional» como expresión formalizada de aquella, que puede contener otras prescripciones legal-constitucionales que no tienen el carácter de decisiones políticas fundamentales , la reforma únicamente puede afectar a éstas últimas pero, en ningún caso ni circunstancia, a la primera. Afirma por ello: «Que «la Constitución» pueda ser reformada no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución puedan ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag.»[21]

Ahora bien ¿ cuales son esas «decisiones políticas fundamentales» que quedan sustraídas al poder de reforma de la Constitución ¿. El propio Schmitt, con referencia a la Constitución alemana de 1919, nos dirá que estas son la decisión a favor de la democracia, la decisión a favor de

19. Haberle, op.cit.,p.146.
20. Loc.cit.
21. Schmitt, op.cit.,p.49.

la república y contra la monarquía, la decisión a favor de una estructura de forma federal, la decisión a favor de la forma parlamentario-representativa de gobierno y, finalmente, «la decisión a favor del Estado burgués de Derecho con sus principios: derechos fundamentales y división de poderes»[22]

Explicitando su pensamiento, con relación a la decisión política fundamental a favor de los derechos fundamentales, sostiene el ilustre jurista alemán que «Mediante normaciones constitucionales y legales pueden admitirse amplias intervenciones en el campo de los derechos fundamentales garantizados. Pero tan pronto como el derecho fundamental es negado, la Constitución misma queda vulnerada. Una negación semejante no puede tener lugar en un Estado burgués de Derecho por medio de una ley de reforma de la Constitución;»[23]

De Vega, por su parte, tras reconocer una cierta dificultad para precisar el contenido y alcance de los límites materiales implícitos, a diferencia de lo que ocurre con los límites expresos, en razón de la variedad de interpretaciones que pueden suscitarse, repasa los criterios de diversos autores sobre el particular señalando que para Neff tales límites consisten en el poder constituyente del pueblo, la esencia de los *derechos inviolables del hombre* y los principios fundamentadores de la estructura del Estado; que Ehmke los refiere a los *derechos fundamentales*, el pluralismo de partidos, la división de poderes e, incluso, la temporaneidad del presupuesto y que, finalmente, Giacometti alude a los *derechos fundamentales*, a la división de poderes y al principio de igualdad.[24] (subrayados agregados).

Concluyendo su repaso de las posiciones existentes sobre el contenido de los límites materiales implícitos, De Vega concluye que: «Se comprende de este modo el hecho de que, en la mayoría de los autores, al hacer el elenco de posibles límites materiales implícitos, aparezca siempre, junto al indiscutible axioma de la soberanía del pueblo, la referencia a contenidos, tanto orgánico-institucionales (división de poderes), como dogmáticos (derechos y libertades fundamentales)…»[25]

De lo expuesto, se puede concluir que el contenido de los «limites materiales implícitos» a la reforma constitucional comprende, cuan-

22. Ibídem, p.p.47-48.
23. Ibídem,p.51.
24. Vid, De Vega, op.cit.,p.p.286-287.
25. Ibídem, p.290.

do menos, los fundamentos o principios del régimen político y los derechos fundamentales, y no solamente los primeros. Y ello porque, como lo señala Haberle, «Contenidos típicos del «Estado constitucional común» constituyen en particular: la dignidad humana y los derechos humanos; el principio democrático, la división de poderes (…) el Estado social de derecho»[26]

B. EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En la ya citada sentencia del 22 de Enero del 2002, el TC ha precisado que los «límites materiales implícitos» están conformados por «los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republica de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado» (Fundamento V,5,b,76,ii)

Precisando, aún más, su posición, en especial respecto a los derechos fundamentales, erigidos en límites materiales, señala el TC que «…el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede «suprimir o disminuir los derechos fundamentales», pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Titulo I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título como éstos se hallen consagrados.» (Fundamento VII, 92,c.1).

Indica que si bien reconoce que no hay derechos «absolutos», pues, con escasas excepciones,, todos pueden ser regulados y limitados, no obstante «ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos» (VII,93) y que la validez de las limitaciones impuestas al ejercicio de un derecho «depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción»(FJ.VII,93).

Agrega que aún cuando nuestra Constitución, a diferencia de la alemana o la española, no contiene una disposición que ordene al legislador respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales «…es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que desde luego, en modo alguno, pue-

26. Haberle, op.cit.,p.147.

de equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente» (FJ.VII,94)

Sin embargo, la doctrina del TC no se circunscribe a reconocer la existencia de un límite implícito consistente en la obligación del legislador de respetar el «contenido esencial» de los derechos fundamentales a la hora de regularlos, sino que afirma la existencia, en la Constitución peruana de «*limites materiales expresos*» referidos a los derechos fundamentales. Así, señala lo siguiente:

> «En definitiva, el segundo párrafo del artículo 32º de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretende incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32º, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales.» (VII, 97)
>
> De esta trascendente afirmación, el TC concluirá que:
>
> «Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer «la disminución o supresión de los derechos fundamentales, *ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206º de la Carta Política*». (subrayado es agregado) (VII,96).

A sensu contrario, el TC sostendrá, entonces, que este límite sólo opera en sentido negativo para impedir que los derechos fundamentales puedan ser suprimidos o disminuidos «pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales» (VII,96).

De los textos transcritos fluye el pensamiento claro y preciso del TC en esta materia: es ilícita la reforma constitucional peyorativa, es decir, aquella que disminuye o suprime los derechos fundamentales y sólo

es válida aquella cuyo objeto es ampliar u optimizar los derechos enunciados o reconocer nuevos derechos fundamentales.

Tal pensamiento es, además, congruente con la vocación expansiva que en materia de derechos fundamentales tiene nuestra Constitución, al señalar, en su artículo 3º que:

> «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

2. LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL ES INCONSTITUCIONAL PORQUE MODIFICA EN SENTIDO PEYORATIVO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA PROPIEDAD.

2.1 Estado Constitucional de Derecho y Derechos Fundamentales.

A. Los derechos fundamentales como principios y valores superiores del Estado Constitucional.-

El Estado Constitucional de Derecho adopta una decisión política fundamental a favor del ser humano y sus libertades y derechos fundamentales respecto a la comunidad y al Estado, en función a la cual el sentido y finalidad del Estado no es la potencia o el brillo de éste, sino la libertad del individuo y su plena realización y desarrollo; en tal sentido, la Constitución surge para la protección de los ciudadanos y sus libertades y derechos fundamentales frente al abuso del Estado y de sus poderes públicos.

Esta concepción humanista, oponible a las concepciones totalitarias del Estado, es la que se encuentra plasmada en el Artículo 1º de nuestra Constitución, que reza:

> «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.»

Esta norma de apertura de nuestro texto fundamental, no tiene por función, únicamente, la de servir de fundamento, y dotar de sentido,

al conjunto de los derechos fundamentales reconocidos en él, sino, igualmente, la de vincular a todos los poderes y autoridades del Estado, cuya actuación debe subordinarse, en cualquier aspecto, a la plena realización de este precepto, que expresa un valor esencial de nuestro ordenamiento constitucional.

Esta función ha sido reconocida, y realzada, por el Tribunal Constitucional en la *STC del 11 de Noviembre de 2003 (Exp:Nº 0008-2003-AI/TC)* al expresar:

> «Los fundamentos axiológicos de la Constitución-cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales». (FJ.5)

Más adelante, la misma sentencia explica la función que cumple el valor de la «dignidad humana» en la interpretación de los derechos fundamentales y las decisiones económicas del Estado:

> «&.4.2.Dignidad de la persona humana.
>
> 14. Esta se encuentra consagrada en el artículo 1º del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, *no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana,* pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, deber ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre. (subrayado agregado).

Así pues, de aquella decisión política fundamental se derivan los principios básicos que forman el contenido esencial de toda Constitución en el Estado de Derecho: los derechos fundamentales y la división de poderes. En este sentido, Carl Schmitt describe los elementos característicos de la Constitución del Estado de Derecho en la siguiente forma: «de la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuen-

cias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un principio de distribución: la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio. Segundo, un principio de organización, que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se divide y encierra en un sistema de competencias circunscritas» [27].

A su vez, de estos principios, expresa que «el principio de distribución –libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio- encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos «poderes»[28].

En el Estado Constitucional de Derecho, «los derechos fundamentales son, entonces, siempre un límite para el Estado» [29].

B. Los derechos sociales como derechos fundamentales

En esta etapa inicial del Estado de Derecho liberal, los derechos y libertades fundamentales de los individuos a que se refiere son básicamente los llamados por cierta doctrina tradicional como «derechos civiles y políticos» (primera generación), para diferenciarlos de los «derechos sociales, económicos y culturales» (segunda generación). Al respecto, conviene recordar que «uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales impli-

27. Schmitt, Carl, op.cit p. 138.
28. Ibídem,, pp. 138-139.
29. Häberle, Peter, La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 73.

carían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público» [30].

Sin embargo, estas viejas diferencias y prejuicios frente a los derechos sociales y económicos han sido superados a partir del movimiento del constitucionalismo social que ha empujado, a partir del Siglo XX, a los Estados a establecer dos nuevas decisiones políticas fundamentales a favor de los derechos sociales y económicos y por el Estado Social como fórmula de organización política destinado a construir una sociedad más justa e igualitaria.

Estas diferencias y prejuicios ya no tienen sentido en el marco del Estado Social y de los derechos sociales y económicos pues en realidad todos los derechos tienen como fin la realización y el desarrollo de la persona humana, y no hay libertad del hombre sin que éste no cuente con los medios económicos para que pueda elegir libremente entre diversas opciones y para su desarrollo y realización personal. Expresión rotunda de este equiparación entre los derechos fundamentales, que impide toda pretensión de relegar los derechos sociales a una segunda categoría de derechos, se encuentra en el *Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,* cuando afirma lo siguiente:

> «Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.
>
> Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.»

En la etapa actual de desarrollo del Estado Constitucional de Derecho, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales y económicos se caracterizan por su «unidad» e «interdependencia» y por formar cada cual un «complejo de obligaciones negativas y positivas» por parte del Estado [31].

30. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2002, p. 21.

31. Ibídem, pp. 29 y ss.

Si bien es cierto, las diferenciaciones y regulaciones independientes, por un lado: los derechos civiles y políticos, y por otro lado: los derechos sociales y económicos, sirven para dar mayores énfasis a sus características y a las obligaciones típicas del Estado respecto de cada conjunto, esto no debe alejarnos ni impedir establecer que en realidad es posible un tratamiento de ambos tipos de derechos en base a los principios de «unidad» e «interdependencia».

Una comprensión unitaria e interdependiente de los derechos es posible a partir de los cuatro niveles de obligaciones que postula Fried van Hoof frente a la clásica dualidad y oposición tradicional de las obligaciones negativas o de defensa y las obligaciones positivas o de acción por parte del Estado.

Antes de pasar a revisarla, es conveniente observar los cuestionamientos planteados por Víctor Abramovich y Christian Courtis a la clasificación tradicional de los derechos, en función al tipo de actuación que respecto de ellos corresponde al Estado.. Así, los derechos civiles y políticos no sólo imponen obligaciones negativas, o el deber de abstención, sino que requieren del cumplimiento de determinadas obligaciones positivas por parte del Estado; en tal sentido, se debe notar que «aun aquellos derechos que parecen ajustarse más fácilmente a la caracterización de «obligación negativa», es decir, los que requieren una limitación en la actividad del Estado a fin de no interferir la libertad de los particulares –por ejemplo, la prohibición de detención arbitraria, la prohibición del establecimiento de censura previa a la prensa, o la prohibición de violar la correspondencia y los papeles privados–, conllevan una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una interferencia indebida, de modo tal que la contracara del ejercicio de estos derechos esa dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado. Evidentemente, el cumplimiento de estas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos, y no la mera abstención del Estado» [32].

En el sentido inverso, los derechos sociales y económicos comprenden deberes positivos, pero también obligaciones negativas, pues, si bien es verdad que «puede reconocerse que la faceta más visible de los

32. Abramovich y Courtis, op. cit., pp. 23-24.

derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina «derechos-prestación». Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente» [33].

Según la propuesta de van Hoof, explicada por Abramovich y Courtis, para todos los derechos, sean clasificados como civiles y políticos o como sociales y económicos, «podrían discernirse cuatro «niveles» de obligaciones: obligaciones de respetar, obligaciones de proteger, obligaciones de garantizar, y obligaciones de promover el derecho en cuestión. Las obligaciones de respetar se definen por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho. Las obligaciones de proteger consisten en impedir que terceros injieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes. Las obligaciones de garantizar suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Las obligaciones de promover se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien»[34]. Aquí se observa que «ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones positivas/obligaciones negativas»[35].

A su criterio, «este marco teórico. refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, pues estos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos» [36]. En tal sentido, a título de ejemplo, «la libertad de expresión no requiere sólo el cumplimiento de la prohibición de censura sino que exige la obligación de crear condiciones favorables para el ejercicio de la libertad de manifestarse –mediante la protección policial–, y del pluralismo de la prensa y de los medios de comunicación en general» [37] y «paralelamente los derechos económicos, sociales y culturales no requie-

33. Ibídem,, p. 25.
34. Ibídem, pp. 28-29.
35. Abramovich y Courtis, op. cit., p. 29.
36. Loc.cit..
37. Loc.cit.

ren solamente obligaciones de garantizar o de promover, sino que en determinados casos exigen un deber de respeto o de protección del Estado» [38].

Por ello, en esta etapa del Estado Social, los derechos fundamentales, sean civiles y políticos, como sociales económicos comparten un tratamiento unitario e interdependiente, del que se deriva un conjunto de obligaciones y prestaciones positivas y negativas por parte del Estado para el desarrollo libre e igualitario de las personas en la comunidad.

C. La protección constitucional de los derechos fundamentales

La declaración solemne de los derechos que formula la Constitución: la «constitucionalización de los derechos», que, como antes lo hemos señalado, tiene su punto de partido en el artículo 1º de nuestra Constitución, tiene por fin reconocerlos como los principios y valores materiales que presiden e integran a la comunidad en su conjunto, cuyo respeto y favorecimiento son imprescindibles para la realización libre y el desarrollo pleno de las personas en una sociedad democrática; y que, por tanto, los poderes públicos del Estado están prohibidos de efectuar acciones u omisiones que lesionen estos derechos, quedando obligados, por el contrario, a respetarlos y favorecerlos, mediante la adopción de las medidas que tiendan a su realización efectiva. De esta manera, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución son preservados del accionar abusivo o indolentes de los poderes del Estado, tanto del legislador como de la administración.

En especial, la protección constitucional de los derechos frente al poder del legislador consiste precisamente en que «la Constitución, elevando las libertades al rango de normas constitucionales, establece para el legislador la prohibición de privar al derecho fundamental de su rango constitucional –por ejemplo, a través de la introducción de excepciones, como reservas de ley u otras normas constitucionales (expropiación, nacionalización, relaciones de supremacía especial). No por nada se trata de derechos fundamentales. El concepto mismo de Constitución incluye la exigencia de la garantía de la Constitución misma, vale decir una protección del legislador ordinario. Justamente en esto se encuentra su particularidad» [39].

38. Loc.cit.
39. Peter Häberle, «La Libertad...»., pp. 98-99.

En consecuencia, a los derechos fundamentales se les atribuye el carácter de «regla»: la Constitución reconoce normativamente a los derechos fundamentales para que éstos sean cumplidos y efectivizados en la realidad social por el Estado y por todos, y también reconoce al titular el poder suficiente para exigirlos y reinvindicarlos en los casos que les sean negados y no sean cumplidos. Sobre el carácter de regla de los derechos se entiende que «es propósito de una Constitución el que, por medio de la garantía de los derechos fundamentales, la normatividad se acompañe «paralelamente» a la normalidad» [40], «en el caso de los derechos fundamentales el legislador no puede privar de valor efectivo el alcance preceptivo que la Constitución ha entendido asegurar» [41], por el contrario, «el legislador puede y debe buscar incrementar la fuerza normativa de la Constitución, que está a su vez condicionada por las condiciones concretas de vida» [42].

En el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución y los derechos fundamentales están y deben permanecer materialmente fuera del alcance de los poderes públicos, pues «el reconocimiento de tal prohibición inmanente a la Constitución presupone una concepción material de ésta: la Constitución como ley suprema, la Constitución como supremo sistema de valores que tiene un carácter fundamentalmente duradero, que la distingue de la legislación. Una Constitución de la cual no se podría evidenciar esta obvia prohibición, estaría en contradicción consigo misma. Los derechos fundamentales serían puestos, por así decir, fuera de la Constitución» [43].

Por ello, la Constitución y los derechos fundamentales no pueden estar o dejarse a la libre disposición o discrecionalidad total del legislador en el Estado Constitucional de Derecho. Si lo estuvieren, simplemente no hay Constitución, no hay derechos fundamentales, y por tanto, no hay Estado Constitucional de Derecho.

Las consecuencias de tal desorden constitucional serían funestas porque conlleva a la supresión y la disminución de los derechos fundamentales por parte del legislador so pretexto de la reforma constitucional y la reserva de ley: «Tan sólo la negación de la calidad específica de

40. Ibídem, p. 101.
41. Ibídem, pp. 106-107.
42. Ibídem, p. 107.
43. Ibídem, p. 99.

normas constitucionales de los derechos fundamentales ha podido conducir al afamado «vaciamiento» (Leerlauf) de los derechos fundamentales, al abuso de la función legislativa en el campo de los derechos fundamentales, así como a la perversión del principio de reserva de ley» [44].

Si bien, la Constitución establece también en materia de derechos la reserva de ley para que el legislador proceda a un desarrollo adecuado de los mismos, en el Estado Constitucional de Derecho, ésta no debe entenderse como una autorización al legislador para establecer sus contenidos en forma absolutamente libre y discrecional, pues está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos, no disponible para el legislador. Así, «la Constitución no renuncia a esta calidad normativa, ni cuando estatuye específicas reservas de ley, ni en aquellos casos en los que la Constitución permite ulteriores límites a los derechos fundamentales a través del instrumento de la codificación» [45]; debe observarse que «la «fuerza normativa» de los derechos fundamentales se explica a través de la concreta aplicación y el efectivo ejercicio por parte de una pluralidad de titulares. Como por otra parte, todo otro derecho, el derecho fundamental vive justamente gracias a su reinvindicación y a su ejercicio, que lo hacen efectivo y lo actualizan. Los derechos fundamentales necesitan de esa constante actualización. Viven esencialmente puestos «en ejercicio», ya que los individuos están efectivamente en grado de ejercitarlos» [46].

Por ello, los poderes públicos, en especial el legislador debe observar que «los derechos fundamentales no deberían entonces perder su carácter concreto «concretividad» y no deberían ser vaciados de sus «efectos prácticos» con una norma establecida por el legislador. El derecho fundamental debe ser mantenido «en correspondencia con la realidad». Los derechos fundamentales no deben carecer de un «resultado efectivo». Al titular de los derechos fundamentales le debe ser permitida una «posibilidad realizable» [47].

En tal sentido, el legislador está prohibido de adoptar leyes y reformas que estrangulen, vacían o priven de contenido a los derechos, así como degeneren o degraden los derechos constitucionales a meros derechos o intereses legales, para privarlos de efectos reales y prácticos me-

44. Loc.cit.
45. Häberle, Peter, «La Libertad...» op. cit., p. 99.
46. Ibídem, p. 102.
47. Ibídem., p.p.102-103.

diante su poder de legislar: aprobar, modificar y derogar las leyes. En este tema «encuentran lugar las sugestivas metáforas de la prohibición de una «vaciamiento» (Aushölung), de un «estrangulamiento» (Abschnürung) de los derechos fundamentales, y la prohibición de su degradación y de su degeneración a nudum ius, a «pura forma», a un simple derecho aparente, etc.» [48].

Nuestro Tribunal Constitucional adopta similar criterio pues considera que «…todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir que no se desnaturalice el derecho objeto del desarrollo.» *(STC del 11.07.2002/Exp. Nº 1124-2001-AA/TC, FJ.12)*

En la misma sentencia, el TC afirma: «Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible.»

En el Estado Constitucional de Derecho, las reformas constitucionales y las leyes emitidas por el legislador y el Estado que pretendan suprimir y disminuir los derechos fundamentales de las personas, vaciándolos de su contenido y de su exigibilidad real, no son admisibles por lesionar la naturaleza y esencia de la protección constitucional de los derechos.

D. Contenido esencial de los derechos fundamentales

El concepto del «contenido esencial» de los derechos fundamentales de los ciudadanos para su respeto frente a la «reserva de ley» de su desarrollo por el legislador fue establecido por la Ley Fundamental de Bonn y seguido por la Constitución Española para evitar las intervenciones abusivas de las mayorías parlamentarias transitorias sobre el campo de los derechos que los priven o vacíen de su contenido o núcleo básico, o que los restrinjan de tal manera que pierdan los elementos básicos que lo componen.

El Tribunal Constitucional Español ha desarrollado dos acepciones complementarias sobre el contenido esencial del derecho: «La

48. Ibídem., p. 103.

primera equivale a «la naturaleza jurídica de cada derecho» que se considera preexistente al momento legislativo, «en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta» de forma que «los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo» [49] y la segunda corresponde a «los intereses jurídicamente protegidos» en el sentido que lesionaría «el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» [50].

Para el profesor Peter Häberle, la tarea de búsqueda del contenido esencial de los derechos debe llevarse a cabo observando que «el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace su esencia, referencia todo derecho fundamental» [51].

En esta tarea aparecen distintas perspectivas de tratamiento como las teorías absoluta y relativa. En la primera, «la teoría absoluta se basa en el valor mínimo e intangible con que cuenta un derecho fundamental para no dejar de ser tal y, en cuanto, tal se relaciona jerárquicamente con los demás derechos» [52], y en la segunda, «la teoría relativa busca delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental en relación a los demás valores y bienes constitucionales, por cuanto los derechos encuentran su esencia y límites en relación con otros derechos fundamentales» [53].

Para Häberle, las diferencias entre ambas teorías son sólo aparentes porque «el contenido esencial no pierde la «sustancialidad», si es determinado con referencia a otros bienes jurídicos poseedores de rango igual o superior, porque estos bienes jurídicos también poseen una sustancia que debe ser determinada. La interacción entre cada uno de los bienes constitucionales no los priva de sustancia; al contrario, más bien conduce a ésta» [54].

---

49. Antonio Enrique Pérez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1995, p. 311.
50. Ibídem,., p. 311.
51. Häberle, Peter , «La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional», op.cit., p. 109.
52. Landa Arroyo, César, «Tribunal Constitucional y Estado Democrático», Lima Palestra, 2003, p. 473.
53. Loc. cit., p. 473.
54. Peter Häberle, «La Libertad…» op. cit., pp. 124-125.

Esto nos obliga a realizar un ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales en base al test de razonabilidad, en caso de conflictos con otros derechos y cuando el legislador introduce restricciones o limitaciones legales a los mismos.

Dentro del test de razonabilidad, el intérprete debe observar los siguientes pasos:

> *Primero*: su difusión se dio a propósito del derecho de igualdad, consistiendo «en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público introductor de la desigualdad para ver si los motivos o razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales» [55], y en términos más generales aplicables al cuadro general de los derechos, en «examinar si una norma o un derecho contiene razones o motivos que sean conformes con los valores constitucionales para limitar un u otro derecho» [56]. Esto significa que «se comprueba directamente si las razones tienen un peso específico (un valor) capaz de contradecir a los valores constitucionales» [57].
>
> Es la razonabilidad en sentido estricto y tiene una perspectiva valorativa de los derechos.
>
> *Segundo*: aquí se trata de «la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-fines» [58]; para cuyo efecto, se debe «verificar si existe una relación de medios-fines, objetiva y lógica, entre la restricción de un derecho y la norma legal o el otro derecho» [59]. Por ello, «es irracional algo que pretende ser un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin» [60].
>
> Es la racionalidad y tiene una perspectiva lógica y objetiva.
>
> *Tercero*: Se debe «examinar si la medida restrictiva es idónea y proporcional a los fines que persigue la norma o el otro dere-

55. Enrique Alonso García, La Interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 211.
56. César Landa Arroyo, op. cit, p. 473.
57. Enrique Alonso García, op. cit. ,p. 212.
58. Enrique Alonso García, op. cit., p. 207.
59. César Landa Arroyo, op. cit, p. 473.
60. Enrique Alonso García, op. cit., p. 207.

cho» [61]. En esta parte, «el principio de la proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados»[62]. Es particularmente interesante aquí las técnicas de la elección de la «alternativa menos gravosa» y de la «prohibición de la alternativa excesivamente gravosa»; aunque «no se tratan de examinar si caben alternativas a esa medida que sean menos gravosas para el derecho, sino de si esa medida concretamente adoptada es o no «excesivamente gravosa» [63].

2.2 La Ley de Reforma Constitucional modifica peyorativamente el derecho a la seguridad social.

A. El derecho a la Seguridad Social en las normas internacionales que forman parte del derecho nacional.

En su concepción moderna, la Seguridad Social ha sido definida como una entidad de carácter universal destinada a cubrir el conjunto de riesgos sociales en la totalidad de la población[64], centrándose en tres aspectos fundamentales: la liberación de la necesidad como objetivo general; la garantía de seguridad económica a todos los miembros de la comunidad para el acceso a una vida digna; y la amplitud de instrumentos aplicables a este fin, con preferencia por los seguros sociales y la asistencia social [65].

La seguridad social es considerada no solo un componente esencial de los Sistemas de Protección Social Integral de la persona humana, sino un *derecho humano fundamental*. Así lo reconocen varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú, razón por la cual, de conformidad con lo establecido por el artículo 55º[66] y la Cuarta Disposición Final[67] de

61. César Landa Arroyo, op. cit, p. 473.
62. Peter Häberle, «La libertad…» , op. cit., p. 127.
63. Enrique Alonso García, op. cit., p. 230.
64. *BERNEDO ALVARADO, Jorge. Informe Regional sobre la Situación de la Seguridad Social como un Derecho Humano en América Latina . Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PSDHDD). Lima, Julio, 2000. p. 2.*
65. Ver Recomendación Nº 67 de la OIT sobre La Seguridad Social de los Medios De Vida.
66. Constitución Política del Perú, Artículo 55°: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.»
67. Constitución Política del Perú, Disposición Final y Transitoria Cuarta: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce

la Constitución, no solo forman parte del derecho nacional, sino que deben informar la interpretación de todos los derechos y libertades por ella reconocidos.

Entre estas normas cabe citar al Art. 22º de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, según el cual:

> «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

En idéntico sentido se expresa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), cuando en su artículo 9º indica que

> «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social».
>
> Para asegurar este derecho, el Pacto señala que :
>
> (…) cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos por él reconocidos.

En nuestro ámbito regional, por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) señala en su artículo XVI que

> «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia».

---

se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.»

Por su parte, el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

> «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación jurídica internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas y sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponible, por vía legislativa u otros medios».

El artículo 26º de la Convención Americana estableció así un deber convencional que obliga a los Estados Parte de ésta a respetar, proteger y asegurar la progresiva realización de un conjunto determinado de derechos económicos y sociales referidos, a su vez, en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Derechos entre los cuales, como se verá más adelante, se encuentra el derecho humano a la seguridad social.

En efecto, el Protocolo de Buenos Aires incorporó a la Carta de la OEA las siguientes disposiciones:

> «Artículo 43
>
> Los Estados Miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:
>
> a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;
>
> b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realice y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

(…)

h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social (…)

Artículo 44

Los Estados Miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad».

Si bien el artículo 43º del Protocolo de Buenos Aires se refiere a la aplicación por los Estados Miembros de la OEA de «principios y mecanismos», resulta indudable que los Estados que suscribieron la Convención Americana de Derechos Humanos, decidieron dotar de algún grado de protección a los intereses económicos, sociales y culturales de las personas sujetas a su jurisdicción, en tanto «derechos». De ahí la inclusión en el artículo 26º de la Convención Americana que denota la voluntad de los Estados de reconocer obligaciones legalmente vinculantes en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Norma que, como en el caso del artículo 2º del PIDESC, se refiere también a la obligación de adoptar providencias (léase medidas) para lograr progresivamente la plena efectividad de los «derechos» por ella reconocidos.

El tenor de las disposiciones contenidas en la Carta de la OEA, permite inferir la incorporación — entre aquellas normas económicas y sociales que los Estados deben desarrollar progresivamente — el derecho a la seguridad social (cfr. art. 43 inc. h), calificado además por la obligación de satisfacción del bienestar material y desarrollo espiritual, seguridad económica (cfr. art. 43 inc. a), y por la de asegurar la vida, la salud y un nivel decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez» (cfr. Art. 43 inc. b).

En adición, los Estados parte de la OEA, y en particular de la Convención Americana de Derechos Humanos, han asumido la obligación de armonizar su legislación en materia de seguridad social, «a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos» (art. 44), hecho que presupone el reconocimiento del derecho a la seguridad social de los trabajadores activos y pasivos y de sus familias, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 inc. b.

En forma complementaria, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) indica en su Art. 9º que la seguridad social debe contribuir a que los/as no capacitados/as obtengan los «medios para llevar una vida digna y decorosa». Y agrega que, «cuando se trate de personas que se encuentren trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad, antes y después del parto».

En un plano obligacional no menos importante, cabe indicar que el Convenio Nº 102 de la OIT (1952)[68], denominado «Norma Mínima en Seguridad Social», ha significado un importante aporte al proceso de definición de los contornos jurídicos del concepto de Seguridad Social y sus objetivos, al señalar que:

> «La Seguridad Social es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales».
>
> «La Seguridad Social tiene como objetivo proteger a todos los miembros de la sociedad frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida. Por ejemplo, la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o desempleo, tienen que ser garantizadas obligatoriamente por el Estado, siendo éste responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con justicia social».

El Convenio 102º de la OIT integra en el ámbito de la seguridad social un mínimo de nueve campos o normas mínimas de seguridad a cubrir, que incluyen:

- La asistencia médica preventiva o curativa;
- Las prestaciones monetarias de enfermedad;
- Las prestaciones de desempleo;
- Las prestaciones de vejez;
- Las prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional;

68. Ratificado parcialmente por el Perú el 23 de Agosto de 1961.

- Las prestaciones familiares;
- Las prestaciones de maternidad;
- Las prestaciones de invalidez; y
- Las prestaciones de sobrevivientes.

Dichas normas mínimas, así como las referencias incluidas en otros instrumentos de protección social adoptados en el seno de la OIT, contemplados entre sus antecedentes, especialmente la Recomendación 67º sobre la Seguridad de los Medios de Vida (1944), nos permiten ofrecer una definición respecto a los alcances de la Seguridad Social, la cual podría ser descrita como:

> «la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos como consecuencia de la enfermedad, maternidad accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez o muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos»[69]

B. En las normas constitucionales.

En el ámbito de nuestra jurisdicción interna y en materia previsional la actual Constitución, consagra las siguientes disposiciones:

> Art. 10º:
>
> «El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida».
>
> Art. 11º:
>
> «El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento».

69. OIT, Introducción a la Seguridad Social, Ginebra, 1984, p.3.

Art. 12º:

«Los fondos y las reservas de la Seguridad Social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley».

DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

PRIMERA: «Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530y sus modificatorias».

SEGUNDA: «El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional».

TERCERA: «En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario».

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a nivel constitucional el derecho humano a la Seguridad Social, adoptando la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional, tal y como lo señala la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución.

Interpretando dicha disposición – antes de su reforma -ha señalado el Tribunal Constitucional, en este sentido, que la Constitución adopta la Teoría de los Hechos Cumplidos como regla para el conjunto del sistema, y la de los derechos adquiridos como excepción para el ámbito pensionario.

Así, ha sostenido que

«(...) la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma» cuando establece «la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial», por su artículo 109º, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967, expediente Nº: 007-96-I/TC) .

Respecto de los derechos adquiridos en materia pensionaria ha expresado además que:

> «Estamos ante una situación de excepción que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultraactivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido modificada posteriormente» (Fundamento 10 de la sentencia sobre el Decreto Ley 25967, expediente Nº: 007-96-I/TC). Asimismo, respecto a la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala: « Una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sujetos a los regímenes de los Decretos Leyes 19990 y 20530»; lo que cabe sólo porque aquella «permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultraactivamente» (Fundamentos 15 y 17 de la sentencia sobre el Decreto Legislativo 817).

En adición, el Tribunal ha establecido una precisión importante respecto a lo que debe interpretarse como un derecho adquirido en materia pensionaria, señalando que estos derechos son «los que han sido incorporados en el patrimonio jurídico de los pensionistas»[70] o «aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquél de quien los tenemos»[71].

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha considerado incompatibles con la Constitución vigente, durante toda la década de los años 90, prácticamente todas aquellas modificaciones legislativas que pretendían la aplicación inmediata de normas peyorativas sobre derechos ya adquiridos en materia pensionaria, salvo aquellas que afectaban a futuro derechos no adquiridos. Así se manifestó al señalar en su jurisprudencia que: «El nuevo Sistema de cálculo, se aplicará sólo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del Decre-

70. Fundamento 10 de la sentencia de inconstitucionalidad proferida respecto del Decreto Ley Nº 25967.

71. Fundamento 15 de la sentencia de inconstitucionalidad proferida respecto del Decreto Legislativo Nº 817

to Ley Nº 25967, cumplan con los requisitos señalados por el régimen previsional del Decreto Ley 19990»[72]. Y de igual forma, al señalar que «(...) el Decreto Legislativo Nº 817 solamente puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuran a partir de su entrada en vigencia»[73].

C. *La afectación del contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social en el caso de los pensionistas del régimen del Decreto Ley 20530.*

1) Contenido esencial del derecho.

El artículo 3º de la Ley 28389 que modifica la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, afecta el contenido esencial del derecho fundamental a la seguridad social de los pensionistas del régimen previsional regulado por el Decreto Ley Nº 20530 y sus normas modificatorias y complementarias, también conocido como Régimen provisional del Estado, así por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, aplicable a dichos pensionistas conforme al texto original de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente.

Para definir el contenido esencial de este derecho, nos ceñimos a los criterios establecidos por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. En la Sentencia de 27 de Septiembre del 2004, Expedientes N.001-2004 y 002-2004-AI/TC (Acumulados), recaída en las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley Nº 28046, el TC afirma lo siguiente:

> «…los componentes del derecho adquirido que el Tribunal Constitucional considera reconocidos por la PDFT de la Constitución fueron fijados en el segundo párrafo del FJ.18 de la misma sentencia, al disponerse que el principal efecto de la incorporación al régimen del Decreto Ley Nº 20530 consiste en «1) tener la calidad de pensionista del mismo; 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el artículo 5º del mismo; 3) tener el

72. Fundamento 12 de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Ley Nº 25967.

73. Fundamento 13 de la sentencia de insconstitucionalidad proferida respecto del Decreto Legislativo Nº 817.

> derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, *todos estos constituyen entonces derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente* «(subrayado agregado por el TC) (FJ. 4,4.1.7)

Definido así el contenido esencial del derecho pensionario del régimen del D.L.20530, el TC precisa, a continuación, los límites materiales a la acción del legislador, cuando sostiene que:

> «…cuando la PDFT establece la imposibilidad de que la ley afecte los derechos legalmente obtenidos conforme al régimen del Decreto Ley Nº 20530, hace alusión al derecho «a la pensión» legalmente obtenido, de manera tal que queda proscrita al legislador la posibilidad de: *a) desconocer tal derecho y, por ende, la calidad de pensionista, so pretexto de que a posteriori varió alguno de los requisitos para obtener la pensión; y, b) reducir el monto de ésta, bajo el argumento de que, también, posteriormente, ha cambiado la regla para su cálculo o se ha establecido un tope pensionario.*»(subrayado agregado) (FJ,4,4.1,8).

Más adelante, tras descartar la existencia de un derecho adquirido a la «intangibilidad del monto de las pensiones» (FJ.4, 4.4,15) y, asimismo, que la PDFT de la Constitución «constitucionalice», en su integridad el D.L.20530, haciendo de este un «ordenamiento pétreo» (F.J.5,25) señala que esta (la PDFT) pretende «tan sólo garantizar el derecho adquirido en materia pensionaria regulado por dicho régimen, consistente- como quedó dicho en el FJ.8,supra-en el derecho a una pensión que no puede ser desconocida so pretexto de la variación posterior de los requisitos para obtenerla, la cual será calculada con arreglo a las disposiciones de dicho decreto ley, y, cumplidos más de 20 años de servicios en la administración pública, progresivamente nivelable con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías.» (FJ,5,25)

Bajo esta premisa, el TC admite la posibilidad de imponer gravámenes o algún tipo de restricción al «derecho adquirido» a una pensión nivelable, siempre que se respeten determinadas condiciones, la primera de las cuales es la siguiente:

> «a) Que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión, a los que se ha hecho alusión en el FJ.8,supra»; (FJ.4, 4.2,15)

En otras palabras, conforme a la doctrina del TC sobre los derechos adquiridos en el régimen previsional del D.L.20530, es posible la aplicación inmediata de la ley que lo modifica en sentido peyorativo, siempre que esta deje a salvo su contenido esencial, es decir, tener la condición de pensionista de dicho régimen y el derecho a una pensión nivelable, la cual no podrá ser reducida, mediante la variación de sus reglas de cálculo o la aplicación de un tope pensionario.

2) Vulneración del contenido esencial del derecho.

El artículo 3º de la Ley 28389, que modifica la PDFT de la Constitución, vulnera flagrantemente el contenido esencial de esta norma constitucional, por las siguientes razones:

a) Establece la aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias que se establezcan por ley.

En tal sentido, suprime la garantía del respeto a los derechos adquiridos que, en el caso específico del régimen del D:L.20530, impide afectar la condición de pensionistas de los cesantes de dicho régimen así como su derecho a pensión nivelable.

De esta manera se produce la «desconstitucionalización» o «desfundamen-talización» de los derechos a la seguridad social configurados en dicho régimen legal, especialmente el derecho a la nivelación de las pensiones de jubilación, a la que se otorgó rango constitucional en la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, cuya aplicación ultractiva fue garantizada, a quienes hubieran adquirido legalmente el derecho, por la PDFT de la actual constitución. En tal virtud, una materia que se encontraba vedada a la obra del legislador ordinario, es ahora «legalizada», operándose una degradación de su jerarquía normativa, que supone dejar totalmente en manos del legislador ordinario la regulación del derecho pensionario del régimen antes mencionado. Pero, en realidad, tras la degradación normativa lo que, verdaderamente ocurre, es la pérdida del carácter de «derecho fundamental» que anteriormente tenía ese derecho, lo que equivale a la supresión de un derecho fundamental y no a una simple modificación del mismo. La conversión de un derecho constitucional en un derecho de origen legal, privándolo por consiguiente del rango normativo y de los especiales mecanismos de protección procesal propios de esa categoría de derechos, no puede presentarse como una mera modificación de un derecho fundamental sino como la supresión del mismo, operación esta vedada al poder de reforma constitucional del órgano legislativo, como lo señala la jurisprudencia del TC.

Este criterio es enérgicamente afirmado por la doctrina de los derechos fundamentales, como lo expresa Alexy: «…los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. (…) esto significa que a cada uno le corresponden las posiciones de prestaciones jurídicas como derechos fundamentales sociales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria.»[74]

b) Prohíbe la nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

Esta prohibición equivale a vaciar de contenido el derecho pensionario nivelable reconocido por la PDFT, por ser esta la carácterística propia y singular del régimen previsional del D.L.20530.

Conviene precisar que la supresión de este derecho afecta, por igual, a todas las pensiones de dicho régimen y no únicamente, como falazmente lo ha sostenido la propaganda oficial, a quienes perciben las pensiones más altas. En efecto, como lo precisa el artículo 4º de la Ley Nº 28449, «Está prohibida la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad».

La aplicación de esta norma significará que la inmensa mayoría de los pensionistas pierdan su derecho adquirido a una pensión nivelable. Conforme a la exposición de motivos del proyecto de ley de reforma constitucional del total de 295,331 pensionistas existentes el año 2003, apenas 10,845 percibían pensiones superiores a 1 UIT, es decir, a 3,200 soles mensuales. Ello significa que 284, 486 pensionistas cuya pensión es inferior a este monto, no tendrán en adelante derecho a la nivelación.

Existe en ello una diferencia radical con el sistema previsto, antes de la Constitución de 1979, por el Artículo 57º del Decreto Ley 20530 que permitía establecer un monto máximo mensual a las pensiones, fijado en la ley anual de presupuesto, por lo que dicho régimen era uno de nivelación con monto máximo o tope. En cambio, la ley de reforma constitucional y la Ley 28449, no establece un tope a la nivelación, sino que

74. Alexy, Robert, «Teoría de los Derechos Fundamentales», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.494.

la elimina, afectando con ello no sólo a las pensiones más elevadas, sino, principalmente, a las mas reducidas, cuyas posibilidades de reajuste se ven seriamente afectadas.

c) Dispone la aplicación de topes y la reducción de las pensiones.

La Ley de Reforma Constitucional, permite que el legislador imponga topes a las pensiones cuyo monto exceda de 1 UIT.

En este caso, a diferencia del citado artículo 57º del texto original del D.L.20530, el tope que se impone no es para limitar la nivelación, sino un mecanismo para reducir las pensiones consideradas más elevadas.

La diferencia de «función» entre uno y otro se deduce del concepto de «tope» mencionado en la jurisprudencia del TC. Así en el STC de 27.09.04 , relativa a la Ley 28046, se expresa lo siguiente:

> «Tope pensionario» es la denominación coloquial asignada al monto máximo de pensión que puede recibir un pensionista de un determinado régimen. Tiene por función imponer un límite objetivo al monto de las pensiones, de manera tal que se permita al Estado un control en el reajuste periódico y progresivo de las pensiones, ponderando el derecho constitucional a un sistema de seguridad social que asegure una vida digna, con la previsión y capacidad presupuestaria del Estado. Así, pues, el pago de la pensión del cesante o jubilado tendrá como «tope» el monto máximo previsto en el ordenamiento jurídico, aún cuando conforme al sistema de cálculo de la pensión, ésta alcance un monto superior» (FJ.20)

Al respecto, en aplicación de la LRC, el artículo 3º de la Ley 28449, establece que el monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen del D.L. 20530, es de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha del pago de la pensión.

Se trata, sin embargo, no de un tope a la «nivelación», esto es, del monto máximo al que podrían llegar las pensiones inferiores al mismo, mediante su reajuste por nivelación con las remuneraciones, sino de un tope para «desnivelación», esto es, para reducir las pensiones superiores a dicho monto, aboliendo su actual nivelación u homologación con las remuneraciones. En tal sentido, la Tercera Disposición Transitoria de la

Ley 28449, establece que las pensiones que actualmente exceden de 2 UIT serán reducidas gradualmente hasta alcanzar dicho monto, a razón del dieciocho por ciento (18%) anual.

Por esta vía, el derecho fundamental a la seguridad social, concretado en el derecho a percibir una pensión nivelada, se ve gravemente afectado, no sólo en cuanto se elimina el derecho a su reajuste futuro por nivelación, sino porque su monto actual se verá reducido año tras año, hasta equipararse al denominado «monto máximo mensual». Dicha disposición resulta abiertamente contradictoria con el artículo 10º de la Constitución, conforme al cual la finalidad del derecho a la seguridad social, que en él se reconoce, es asegurar a la persona «la elevación de su calidad de vida».

A mayor abundamiento, y conforme al texto de la LRC, el tope establecido por la Ley 28449, (2UIT) podrá, en el futuro, ser reducido, incluso hasta la suma equivalente a 1 UIT, pues la LRC sólo garantiza que no serán reducidas las pensiones menores a este monto, lo que habilita al legislador futuro y a los gobiernos sucesivos a reducir el tope, y con él, afectar, incluso las pensiones menores a 2 UIT, como consecuencia de la supresión de la garantía del respeto a los derechos adquiridos.

d) Elimina el derecho al reajuste de las pensiones, al subordinarlo a las decisiones y posibilidades económicas del Estado.

En este aspecto, la LRC, establece que toda modificación futura de los regímenes pensionarios actuales deberá regirse por los «criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación. « En aplicación de este criterio, el artículo 4º de la Ley Nº 28449, establece que las pensiones de los beneficiarios que hayan cumplidos 65 años de edad y cuyo importe no exceda las 2 UIT serán reajustadas anualmente por decisión del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas «teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado». En el caso de los pensionistas con menos de 65 años, sus pensiones serán reajustadas periódicamente (no dice «anualmente») «teniendo en cuenta las previsiones presupuestas y las posibilidades de la economía nacional».

En tal virtud, el anterior sistema de reajuste por nivelación, basado en un criterio objetivo y con una referencia concreta, es reemplazado por un mecanismo de reajuste subordinado a un criterio subjetivo, sin referentes precisos y sujeto a la decisión de un órgano político, cuyas prioridades de gasto serán diferentes, lo que contradice la esencia y características de cualquier régimen de seguridad social y la naturaleza mis-

ma de todo «derecho», pues al privarse al «reajuste» de todo parámetro objetivo (como el costo de vida, el haber del servidor en actividad o los recursos capitalizados por el pensionista), la exigibilidad de tal derecho se desvanece, ya que el único criterio para otorgar, o no, el reajuste, y determinar su monto, será el del gobierno, que es quien, a su vez, debe pagar la pensión, y no el de una autoridad técnica e independiente. En conclusión, el reajuste de las pensiones pierde su condición de «derecho subjetivo» para transformarse en una facultad discrecional del gobierno.

En suma, el derecho fundamental a la pensión de cesantía nivelable, bajo el régimen del D.L.20530, es suprimido por el precepto subexámen, al eliminarse su condición de derecho adquirido por habilitarse la aplicación inmediata de la ley que lo modifique y, en forma específica, abolirse y prohibirse, directamente por el texto constitucional, la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y establecerse la reducción de las pensiones que superen el monto arbitrariamente establecido por el legislador.

Cabe señalar que en nuestra Constitución, la condición de «derecho adquirido», atribuida a ciertos derechos constituye una excepción a la regla general que consiste en la aplicación inmediata de la ley, es decir el llamado «principio de modernidad» o «teoría de los hechos cumplidos.

Como lo señala el Profesor Landa Arroyo, «…es cierto que la Constitución de 1993 no usa la expresión derechos adquiridos, no obstante estos quedan claramente establecidos en las siguientes disposiciones constitucionales: el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (artículo2-1); ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, los que tienen carácter de irrenunciables (artículo 22 y 26-2); los contratos pactados válidamente, conforme a las normas vigentes del contrato, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones posteriores (artículo 62);los tributos dictados en violación de los derechos fundamentales no surten efectos (artículo 74); o que los jubilados mantienen el régimen de pensiones que obtuvieron, a pesar de las modificaciones legales posteriores (Primera Disposición Final y Transitoria).[75]

La atribución, por vía constitucional, del carácter de «derechos adquiridos» a determinados derechos nacidos de la ley o, incluso, del contrato obedece a que, como lo señala el mismo autor, «La seguridad

75. Landa Arroyo,op.cit., p.698.

jurídica encuentra en la protección de los derechos de las personas la consecuencia más idónea para el desarrollo de los derechos fundamentales. Así, si bien el legislador puede desde ya, variar y actualizar la legislación en sentido retroactivo, la eficacia *ex tunc* de la norma sólo es válida en cuanto sirva para ampliar los derechos fundamentales, en particular, en los casos previstos en la norma constitucional.»[76]

Dicha institución, la de los derechos adquiridos, se entronca, en el pensamiento del citado constitucionalista con el concepto de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de la Constitución. Sostiene así que «Como quiera que la dignidad humana se ha convertido en una premisa antropológica del Estado constitucional, constituye una garantía del status quo democrático y, en consecuencia, un punto de no retorno. Tenemos entonces, que la no retroactividad de la ley es la expresión de la eficacia del respeto a la dignidad humana…»[77]

Téngase en cuenta que para Landa Arroyo, la aplicación inmediata de la ley, o teoría de los hechos cumplidos, equivale a una forma o grado de retroactividad: «La retroactividad relativa, aplica la nueva ley a efectos aún no consumados de relaciones jurídicas, nacidas bajo el imperio de una ley anterior;» [78]

De esta manera, la aplicación inmediata de la ley supone su aplicación retroactiva relativa, la misma que, como se ha visto, resulta contraria a la vigencia y desarrollo de los derechos fundamentales, pues «una ley retroactiva supondría un ataque a la esencia de la dignidad humana, siempre que no la favorezca…» [79]

3.2 La Ley de Reforma Constitucional afecta el derecho de propiedad de los pensionistas del régimen del D.L.20530.

La reforma constitucional de la PDFT de la Constitución vulnera, igualmente, el derecho de propiedad, cuyo carácter de «derecho fundamental» se encuentra plenamente reconocido en los instrumentos sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en nuestra Constitución Política.

76. Loc.cit.
77. Ibídem, p.699.
78. Ibídem, p.693.
79. Ibídem, p.699.

A. Las normas internacionales que forman parte del derecho nacional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en el Artículo 17º:

> «1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
>
> 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.»

Por su parte, en el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

> «Artículo 21.Derecho a la Propiedad Privada.
>
> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
>
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
>
> 3. (…)»

B. Las normas constitucionales.

Nuestra Constitución reconoce el derecho de propiedad en el artículo 2º, inciso 16 que establece lo siguiente:

> «Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:
>
> 16. A la propiedad y a la herencia.»

Asimismo, el artículo 70º dice:

> «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.»

C. La afectación del derecho de propiedad de los pensionistas del régimen del Decreto Ley Nº 20530.

1) La vinculación entre el derecho de propiedad y el derecho a pensión de cesantía o jubilación.

a) La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos adquiridos en materia previsional

El denominado «Caso cinco pensionistas vs. Perú» constituye, sin duda, el principal precedente en materia de jurisprudencia previsional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el citado caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos planteó tres demandas específicas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar si el Estado Peruano había violado o no los artículos 21º (Propiedad Privada), 25º (Protección Judicial) y 26º (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto al derecho de propiedad, en el caso 'Cinco Pensionistas' la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente, y en la medida en que éste fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21º de la Convención que reconoce el Derecho de Propiedad.

En este sentido, expresó que

> «(...) el artículo 21º de la Convención protege el derecho de los Cinco Pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley Nº 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas» (Párr 102).

Y asimismo, que:

> «A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención – el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de

> protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que … (los reclamantes) pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto Ley Nº 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley Nº 20530 y en los términos del artículo 21º de la Convención Americana» [80] (parr 103).

En torno a la posibilidad de imponer limitaciones al goce de este derecho, bajo determinadas condiciones, la Corte Interamericana se también de precisar en su sentencia las condiciones que debe respetar tal pretensión, señalando lo siguiente:

> «Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21º de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5º del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante «Protocolo de San Salvador») sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos». En toda y cual-

80. La Corte ha definido los «bienes» (Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122) como «aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor». Además, cfr. Eur. Court H.R., Case of Gaygusuz v. Austria, Judgment of 16 September, 1996, Merits and just satisfaction, paras. 39, 41.

quier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21º de la Convención Americana» (parr 116). (énfasis agregado)

Conviene recordar que los «parámetros» que establece el citado artículo 21º de la Convención, son los siguientes:

i) El pago de una indemnización justa.

ii) La existencia de razones de utilidad pública o de interés social; y

iii) Que se realice por mandato de la ley.

b) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad.

Así, en efecto, en la *Sentencia del 23 de Abril de 1997, Exp.No 008-06-I-TC,* se afirma lo siguiente:

> «…este Tribunal considera que como el Decreto Ley Nº 20530 y sus modificatorias, señalan cuales son los requisitos necesarios para gozar de tal beneficio y la forma como este se efectivizará, la administración está en la obligación de reconocer tal beneficio desde el momento en que se cumplen, de hecho, tales requisitos, aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente por cuanto éste *incorpora a su patrimonio un derecho* en virtud del mandato expreso de la ley…» (subrayado agregado) (FJ.19).

De igual manera, en la Sentencia del 27 de Septiembre del 2004, en el Fundamento Jurídico 4.2 cuyo epígrafe reza «El derecho adquirido a una pensión y su vinculación con el derecho a la propiedad privada», el TC afirma lo siguiente:

> «Desde luego, tal interrogante deben ser absuelta a partir de las propias disposiciones constitucionales, reconociendo como fuente de interpretación ineludible los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como las decisiones adopta-

> das por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte(…) y, particularmente, las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(…)»

Expresamente, el TC vincula el derecho a la pensión con el artículo 21º de la Convención, al indicar que

> «…teniendo en cuenta que, según quedó dicho, el Tribunal Constitucional dejó establecido en el JF.19 de la STC Nº 008-19996-AI que una vez que el individuo cumple con los requisitos señalados en el Decreto Ley Nº 20530 para obtener una pensión de jubilación «(…)incorpora a su patrimonio un derecho en virtud del mandato expreso de la ley(…)», *también resulta pertinente el artículo 21º de la Convención que reconoce el derecho a la propiedad privada, con las limitaciones en función al interés social y a la utilidad pública que ahí se contemplan.*» (subrayado agregado) (FJ.12)

Concluyendo su razonamiento, el TC afirma que:

> «…es evidente que aun cuando tal referencia se hace respecto al caso de los cinco pensionistas, la Corte, amparándose en la jurisprudencia emitida por este Tribunal Constitucional, y con carácter general, asimila los efectos patrimoniales del derecho adquirido a la pensión con el derecho a la propiedad privada» (FJ.13)

Desde luego, el TC también coincide con la Corte respecto a la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de propiedad, al recordar que la asimilación del derecho adquirido a la pensión con el derecho de propiedad «permite a la Corte sostener que es posible reducir el monto de las pensiones». (FJ.13) Limitaciones éstas que, como lo ha señalado la Corte, únicamente proceden con arreglo a los parámetros establecidos en el artículo 21º de la Convención. Por ello, al admitir la posibilidad de imponer gravámenes a las pensiones, la mencionada STC, referida a la Ley 28046 que creó la Contribución Solidaria, sostiene que «*…en la medida que no sean afectados los componentes del derecho adquirido a la pensión destacados en el FJ.8, supra,* (subrayado agregado) no puede considerarse que la PDFT de la Constitución niegue, per se, la aplicación de un juicio ponderado que permita un justo equilibrio con otras disposiciones constitucionales sobre la materia…» (FJ.14).

2) La vulneración del derecho de propiedad por la ley de reforma constitucional.

a) La reducción gradual de las pensiones vigentes.

La Ley Nº 28389, vulnera el derecho de propiedad de los cesantes y jubilados del régimen del D.L. 20530 sobre sus pensiones por cuanto en el caso de los pensionistas que perciban una pensión superior a 1 UIT, se dispone la aplicación «progresiva» de topes. Este «tope» no es, en verdad, un límite a la «nivelación», pues esta queda suprimida, sino, en realidad, el monto máximo a pagar por una pensión, lo que significa que las que tengan una cuantía superior al monto que se establezca legalmente serán reducidas «progresivamente» (estrictamente hablando «gradualmente, porque el retroceso no puede ser «progresivo») hasta alcanzar dicho tope. Por esta vía, se producirá el recorte de las pensiones al tope que señale el legislador.

La Ley Nº 28449, en su artículo 4º ha establecido que dicho monto máximo mensual será equivalente a 2 Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha que corresponda el pago de la pensión y, en consecuencia, ha dispuesto, en su Tercera Disposición Transitoria, la reducción, a partir del 1º de Enero de 2005, de las pensiones que excedan de dicho monto, razón del 18 % anual, hasta que se equiparen al monto máximo mensual.

Asimismo, se afecta el derecho de propiedad de los pensionistas que perciben pensiones de sobrevivencia, por cuanto la Ley 28449, modifica y reduce el monto de las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes. En efecto, la pensión de viudez se reduce al 50% de la pensión del titular, salvo que esta no supere la remuneración mínima, y las pensiones de orfandad y ascendientes se reducen al 20%. Como quiera que, en virtud al nuevo texto de la PDFT de la Constitución, estas reglas son de aplicación inmediata, los pensionistas con derecho adquirido a los montos de pensión previstos en el D.L.20530, modificado por la Ley Nº 25008, sufrirán, de forma inmediata, el recorte de las pensiones de sobrevivencia que venían percibiendo.

Es evidente que estas disposiciones afectan el derecho de propiedad y el patrimonio de los pensionistas del régimen del D.L.20530. Las pensiones nivelables — al constituir un derecho que forma parte del patrimonio de sus titulares, como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional — constituyen recursos económicos que son propiedad de los pensionistas con derecho a pensión nivelable en el régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley Nº 20530, por lo que cualquier acción del

Estado tendiente a menoscabar el acceso a estas pensiones o su disfrute en la forma en la que fueron previstas legalmente constituye una violación al derecho de propiedad, tal como este se encuentra garantizado por el artículo 70º de la Constitución.

Cuando de conformidad con una ley particular se han cumplido todos los actos y condiciones sustanciales, y los requisitos formales previstos para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido. Y esto es así porque la situación jurídica prevista idealmente por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, en tal sentido, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad.

En el ámbito de la seguridad social, los derechos previsionales reconocidos por ley quedan englobados en el derecho a la propiedad. En el caso de los derechos de los pensionistas del Decreto Ley Nº 20530, una vez cumplidos los requisitos, estos derechos se incorporan a su patrimonio de forma automática, por lo que una ley posterior no puede alterar, en perjuicio del titular de este derecho, la situación ya consolidada por los años de servicios prestados al Estado y los aportes aportados a sus correspondientes fondos de pensiones. Obtenido legítimamente el derecho adquirido por ley, no hay ley posterior, ni aun de orden publico, que pueda afectar ese derecho a una jubilación aunque tal derecho no se hubiera ejercido.

En este sentido, conviene recordar que nuestro ordenamiento jurídico nacional reconoce el carácter patrimonial de las pensiones de jubilación pues, de forma expresa, el inciso 8 del artículo 886º del Código Civil establece que son «bienes muebles» : **«Las rentas o pensiones de cualquier clase».** De ello se desprende, que toda afectación de las pensiones de cesantía o jubilación constituye una afectación patrimonial, es decir, una lesión al derecho de propiedad, el cual, conforme al artículo 70º de la Constitución es **«inviolable»** y, por ello, **«El Estado lo garantiza».**

Al respecto, conviene tener presente lo que señala la *STC del 11.11.2003/Exp.Nº 0008-2003-AI/TC:*

> «Tal como se estableció en el histórico caso «Campbell vs Holt», el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil.

Así, mientras que, en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho

constitucional la propiedad no queda «enclaustrada» en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica» (FJ.26)

Así como la existencia misma del beneficio jubilatorio legítimamente otorgado esta protegido por el derecho de propiedad, por lo que no puede revocarse una jubilación concedida legalmente, también lo está el beneficio del monto nivelable de la pensión en tanto tampoco puede pagársele al beneficiario menos del que le corresponde por ley, ya que lo contrario implicaría un agravio a los derechos patrimoniales del titular del derecho.

A este respecto y en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que

> «(...) desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificados en detrimento suyo»[81] .
>
> Y en el mismo sentido, ha dicho también que
>
> «quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma»[82].

b) El carácter confiscatorio de la LRC y la Ley 28449.

Más aún, debe tenerse en cuenta que la vulneración del derecho de propiedad resulta evidente por cuanto no se han respetado las normas

81. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia del 28 de febrero de 1946 M.P. Anibal Cardozo Gaitán. Gaceta Judicial Nº 2029, pág. 1.

82. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-168 de 1995.

con arreglo a las cuales este derecho puede ser afectado y su titular privado de él. Conforme al artículo 70º de la Constitución, «A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.». El conjunto de requisitos, criterios y garantías que establece este precepto son los que permiten diferenciar la figura de la «expropiación» – que es constitucional – de la «confiscación» –que es inconstitucional- , pues esta última priva al propietario de sus bienes, ya sea sin causa o sin procedimiento legal o sin indemnización y compensación, lo que equivale al despojo, por no decir, al robo de dicha propiedad por parte del Estado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que:

> «...la privación de la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho, sino de sacrificio del mismo. La diferencia es muy importante, ya que, a diferencia de lo que es propio de un supuesto de limitación o regulación del derecho de propiedad, que no es indemnizable, el efecto inmediato del ejercicio de la potestad expropiatoria es afectar el núcleo dominical de la propiedad, por lo que, de conformidad con el artículo 70º de la Constitución, su eficacia está condicionada al pago previo , en efectivo, de la indemnización correspondiente.» *(STC del 23 de Septiembre,2004/Exp.Nº 0031-2004-AITC*, FJ.3)

En ese mismo fallo, el TC ha precisado las garantías que establece la Constitución para la expropiación de un bien, teniendo en cuenta que «la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad» (FJ.5), las cuales son:

a) «Debe obedecer a exigencias de «seguridad nacional» o «necesidad pública»;

b) Esta sujeto a una reserva de ley absoluta, es decir, debe declararse mediante una ley expedida por el Congreso de la República;

c) Supone la obligación del Estado de pagar, en efectivo, la indemnización justipreciada que compense el precio del bien materia de expropiación.» (STC cit., FJ.6).

Pues bien, de la lectura conjunta de la LRC y la Ley 28449, se advierte que la reducción de las pensiones superiores a 2 UIT, es decir la

privación gradual del patrimonio de los pensionistas, tendrá lugar sin reconocerles indemnización ni compensación alguna, lo que, en buena cuenta, equivale a la confiscación de esa parte de su patrimonio. Debe tenerse presente que las exigencias contenidas en el artículo 70º de la Constitución son equivalentes a los «parámetros» del artículo 21º de la Convención América de Derechos Humanos, a que se refiere la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso «5 Pensionistas».

Además de ello, se puede advertir que la reducción de las pensiones inferiores a 2 UIT, no obedece al criterio de «limitación del derecho» señalado por el TC en la sentencia del 21.01.02 que indica:

> «De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción» (FJ.93)

En el caso de derechos que tienen una manifestación monetaria o líquida, como las pensiones, es evidente que una eventual limitación de estos, para no afectar su contenido esencial, deberá garantizar al pensionista la conservación de la parte sustancial de su pensión, pues en caso contrario, estaríamos ante una situación de supresión o vaciamiento del derecho, equivalente a su confiscación. Sería absurdo, considerar que por el hecho de que el pensionista no sea privado de la totalidad de su pensión sino, únicamente, de una parte de ella se trataría, tan sólo, de una «limitación» del derecho y no su privación, ya que ello equivaldría a sostener que la afectación de una parte de un predio urbano, considerado excesivo, para realizar una «reforma urbana» configura una «limitación» del derecho de propiedad y no una «privación» del mismo y que, por tanto, no está sujeta a las garantías que prevé la Constitución para la expropiación de un bien. El que el titular de un patrimonio sea privado parcialmente de él, - como sucede con la reducción de una pensión – no significa, en modo alguno, que no constituya una privación de la propiedad, la que, como tal, sólo puede tener validez eng los supuestos y con las garantías señaladas en el artículo 70º de la Constitución.

Precisamente, en la *STC del 27 de Septiembre de 20004 (Exp. Nº 001-2004 y 002-2004-AI/TC, acumulados)*, relativa a la Ley 28046 que impone una «contribución solidaria» a las pensiones del régimen del D.L.20530, el TC ha expresado lo siguiente:

> «El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no afecte irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.
>
> Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria» (FJ.42)

De este modo, resulta que la finalidad del principio de «no confiscatoriedad» en materia tributaria tiene por finalidad garantizar el derecho de propiedad y el patrimonio de las personas. En ese sentido, la misma sentencia TC indica que:

> «Es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y que, además, ha considerado a ésta como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica.» (FJ.42)

No hay la menor duda de que estos criterios son plenamente aplicables a otros supuestos en que la acción del Estado incida sobre el patrimonio de las personas, tal como la citada sentencia TC lo hace al considerar que la «contribución solidaria» no vulnera dicho principio constitucional. En efecto, tras analizar (FJ 44) el grado de afectación de las pensiones por dicho gravamen, el TC concluye sosteniendo:

> «Consecuentemente, a criterio de este Tribunal, carece de todo sustento, con vista a los ejemplos utilizados (…)el argumento conforme al cual el tributo atenta contra el principio de no confiscatoriedad de los tributos. En efecto, carece de fundamento sostener que detraer S/ 562.50 de S/ 3,750, S/. 1522.50 de S/. 7, 250 o S/. 4,328 de S/. 14,426.60, constituyan actos confiscatorios, pues en ningún caso queda afectada una parte sustancial del patrimonio.» (negritas agregadas) (FJ.45).

Así, pues, para determinar la posible trasgresión del principio de «no confiscatoriedad» por el gravamen impuesto a las pensiones por la Ley Nº 28046, el TC realiza un análisis cuantitativo a afectos de establecer el grado o proporción de afectación de aquellas, llegando a la conclusión que dicho principio no es vulnerado si la afectación de la pensión no compromete «una parte sustancial del patrimonio», lo que , a sensu contrario, significa que cuando la afectación alcanza a una «parte sustancial» de la pensión esta medida deviene confiscatoria y, por consiguiente, lesiva del derecho de propiedad.

Pues, bien, al haber adoptado la LRC y la Ley 28449 un tope de «desnivelación», fijo, aplicable por igual a todas las pensiones que excedan las 2 UIT, sin considerar el monto de cada pensión al 31 de Diciembre de 2005, muchos pensionistas verán reducidas sus pensiones en una parte sustancial, violándose con ello su derecho de propiedad. Al haber descartado un criterio proporcional para dicha afectación como el previsto para la «contribución solidaria» por la Ley Nº 28046, como lo sería la fijación de un porcentaje, el efecto de reducir todas las pensiones superiores a 2 UIT hasta este monto, representará en numerosos casos niveles de reducción sustanciales que pueden llegar hasta las dos terceras partes de la pensión. Más aún si se tiene en cuenta que, al permanecer vigente, pese a la reforma constitucional, la Ley 28046, la aplicación simultánea a las pensiones de la «contribución solidaria», con un nivel de aportación entre 15% y 27%, y la reducción fija anual del 18% para alcanzar el monto máximo, es factible que el perjuicio al patrimonio del pensionista, que por sí, conforme al criterio del TC, no era sustancial con la sola aplicación de la Ley 28046, ahora resulte tal, al combinarse con el recorte gradual establecido por la Ley 28044, al amparo del nuevo texto de la PDFT de la Constitución, sancionado por la LRC.

Por ello estimamos pertinente tener cuenta lo que el Dr. Javier Neves Mujica, expresa en el documento «*Informe sobre los Sistemas Públicos de Pensiones: Los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral*», presentado a la Defensoría del Pueblo:

> «Nos parece que las afectaciones que tras una reforma constitucional de este tipo, se impusieran a las pensiones existentes, que encontramos en principio justificadas, tendrían que sujetarse a los valores de razonabilidad y proporcionalidad que operan como límites a cualquier restricción sobre los derechos fundamentales de la persona. De otro modo, aún con la Constitución

> modificada, nuestro Tribunal Constitucional podría- y debería- calificarlas de inválidas, por lesionar el derecho a la seguridad social y el de propiedad. En todo caso, no dudamos que, de llegar una reclamación frente a una vulneración como la mencionada, a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se declararía fundada».

En sentido coincidente, la Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial Nº 85 sobre «*La Situación de los sistemas públicos de pensiones de los DD.LL Nºs 19990 y 20530, los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral*», aprobado mediante la Resolución Defensorial Nº 012-2004/DP, de fecha 25 de Mayo de 2004, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 26 del mismo mes y año, expresa, en el último párrafo del acápite Cuarto, lo siguiente:

> «En todo caso, la eventual incidencia de las nuevas condiciones en que se otorgue y mantenga una pensión, con disminución de las ventajas actuales, no podría imponer cargas excesivas no sujetas a parámetros de razonabilidad que desnaturalicen el derecho. De ocurrir alguna infracción a este criterio, los organismos jurisdiccionales nacionales o internacionales, en su caso, tendrían que restituir el derecho vulnerado.»

Para apreciar el efecto confiscatorio que tendrán las nuevas normas «constitucionales» y legales sobre un sector de pensionistas, baste indicar que, por ejemplo, en una pensión cuyo monto es de S/ 9,500.00, la reducción de S/ 2,900, representa más del 30% de la pensión, sin considerar la «contribución solidaria» que se descontará adicionalmente. Pues bien, dicho porcentaje es claramente superior al último tramo del impuesto a la renta de personas naturales que se aplica para determinar la «contribución solidaria», el cual llega al 30%, pero no sobre el total de la pensión sino sobre el tramo correspondiente, es decir por el exceso de 54 UIT al año, como lo expone la STC del 27.09.04 en su Fundamento Jurídico 44. No es difícil concluir, que en las pensiones mayores a la utilizada como ejemplo, el porcentaje de reducción será mayor, alcanzando dimensiones manifiestamente contrarias a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Por ello, de conformidad con los criterios jurídicos antes esbozados, la lesión infligida al derecho de propiedad por la LRC, y la Ley 28449, es innegable, lo que acredita que el contenido de la llamada «reforma constitucional» modifica en sentido peyorativo este derecho, trasgredien-

do el límite material explícito que impide al legislador disminuir o suprimir los derechos fundamentales.

3. LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL ES INCONSTITUCIONAL PORQUE VULNERA EL PRINCIPIO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, QUE FORMA PARTE DEL NÚCLEO DURO DE LA CONSTITUCIÓN.

3.1 El Estado Social de Derecho en la Constitución peruana.

La ley de reforma constitucional que desconoce los derechos adquiridos en materia pensionaria y dispone la afectación inmediata del patrimonio de los actuales pensionistas, así como la pérdida del derecho al reajuste de las pensiones por vía de su nivelación con las remuneraciones, vulnera los principios fundamentales y valores superiores recogidos por nuestra Constitución al asumir, como una decisión política, el Estado Social de Derecho.

En efecto, esta concepción se encuentra plasmada en el artículo 43º, ab initio, de la ley fundamental que señala:

> «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana» (subrayado agregado).

Esta definición, se encuentra complementada y explicitada en el Artículo 44º que establece, como uno de los «deberes primordiales» del Estado **«promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».**

De la misma manera, el compromiso del Estado con la realización de la igualdad sustancial está reafirmado en el artículo 23º, segundo párrafo, que señala: «El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico…»

En relación a estas definiciones constitucionales, el supremo intérprete de la Constitución, ha expresado lo siguiente:

> «El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad pri-

vada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales» *(STC del 11.11.2003/Exp.Nº 0008-2003-AI/TC,* FJ.10)

3.2. Concepto y elementos del Estado Social de Derecho.

El constitucionalismo social iniciado por la Constitución Mexicana de 1917 y por la Constitución Alemana de Weimar de 1919 ha producido dos decisiones políticas fundamentales adoptadas por los Estados para construir sociedades más justas e igualitarias, que, sin duda, enriquecen y mejoran los principios básicos del viejo Estado Liberal: en el principio de «distribución», con la incorporación de los derechos sociales y económicos en el elenco de los derechos liberales tradicionales, y en el principio de «organización», con la fórmula política del Estado Social y Democrático que se asienta sobre el Estado Liberal, para transformarlo y darle contenidos cada vez más reales y materiales a las vacías libertades jurídicas.

Para Antonio Pérez Luño, «el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho plantea una importante serie de cuestiones teóricas y prácticas. Se ha señalado, por ejemplo, que una de las más evidentes mutaciones operativas que comporta el Estado social reside en atribuir a los poderes públicos la consecución de la «procura existencial» (Daseinvorsorge); es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural» [83].

Las desigualdades sociales y las necesidades materiales de los individuos en una sociedad con grandes diferencias entre clases y grupos sociales y con carencia de recursos y bienes económicos requieren de la actividad e intervención del Estado Social para adoptar las políticas e implementar las medidas necesarias para superarlas y satisfacerlas en forma adecuada y oportuna, a través de la prestación de servicios públicos y el otorgamiento de derechos sociales, que promuevan la realización y el desarrollo personal en la comunidad.

83. Pérez Luño, Antonio Enrique, «Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución», Madrid, Tecnos, 1995, p. 224.

En tal sentido, las nociones «estado social» y «derechos sociales» son, conceptual e históricamente, inseparables, ya que expresan dos aspectos de la misma realidad. En efecto, el «Estado Social» se configura en la medida que la Constitución reconoce y garantiza los «derechos sociales» y encomienda al Estado, abandonar su pasividad tradicional, para actuar a favor de la realización y vigencia efectiva de tales derechos; de otro lado, Estado Social es únicamente aquel en que rigen, se respetan y se promueven los derechos sociales. Además, desde el punto de vista histórico, el reconocimiento progresivo de los «derechos sociales» produjo la transformación del Estado Liberal clásico en Estado Social y la existencia de este posibilitó, a la vez, la ulterior expansión de estos derechos y el logro de su mayor efectividad. De allí que la vigencia real del «Estado Social de Derecho» se encuentre directamente vinculada a la de los «derechos sociales», sin que, por ello, resulte válido pretender que la eventual afectación de estos es irrelevante respecto de aquel.

En este sentido, Monereo Pérez sostiene que «…el principio constitucional de Estado social se traduce en la opción constitucional por el disfrute efectivo de los ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por los derechos fundamentales. Ello supone la imputación al Estado (o, en general a los poderes públicos) de la responsabilidad de procurar que existan las condiciones que permitan hacer realidad ese disfrute de los derechos por los individuos en cuanto pertenecientes a la comunidad política.»[84]

Nuestro Tribunal Constitucional, por su parte, ha sostenido con rotundidad la noción que preside nuestra jurisprudencia respecto al rol del Estado social de derecho:

> «El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio.» *(STC de 11.11.2003/Exp. Nº 0008-2003-AI/TC*, FJ.12)

84. Monereo Pérez, José Luís, «Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral», Consejo Económico Social, Madrid, 1996, p.p.161-162.

3.3 La función de los derechos sociales en el Estado Social de Derecho.

A partir de la Constitución de 1933, la Constitución Histórica del Perú plasma el constitucionalismo social mediante la inscripción de los derechos sociales y el establecimiento del Estado Social y Democrático. La Constitución de 1933 contiene un catálogo amplio de «garantías sociales» en el Capítulo I del Título II, y el Artículo 48º de la Constitución de 1933 señala que «la ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas». La Constitución de 1979 contiene en varios capítulos del Título I a los derechos a la seguridad social, salud y bienestar, a la educación, ciencia y cultura, al trabajo y la función pública, los Artículos 12º, 13º, 14º, 20º, 43º y 60º y 284º y Octava Disposición General y Transitoria reconocen los derechos a la seguridad social, a pensiones, y a su reajuste y nivelación progresiva, el Artículo 79º declara que el Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo, los Artículos 110º y 115º plasman la economía social de mercado. La Constitución de 1993 reúne en el Capítulo II del Título I a los derechos sociales y económicos, los Artículos 10º, 11º, 12º, 24º y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria, el Artículo 43º declara que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana, y el Artículo 58º reconoce la economía social de mercado.

Respecto a la declaración que contiene el artículo 43º, ab initio, de nuestra Constitución, García Toma afirma, en relación al concepto de «república social»:

> «Expresión que alude al compromiso político de materializar condiciones de vida digna para la pluralidad de los miembros del Estado.
>
> En puridad, implica el plano programático de la democracia. Ello involucra la afirmación de la solidaridad y fraternidad en aras de que, a través de los servicios públicos y políticas de promoción, cada persona alcance, de acuerdo a su talento, virtud, conocimiento o laboriosidad, su respectivo proyecto de vida»[85]

85. García Toma, Víctor, «Análisis Sistemático de la Constitución peruana de 1993, Tomo II. Universidad de Lima-Fondo Editorial, Lima, 1998, p.30.

Los derechos sociales y económicos como parte de los derechos fundamentales de las personas y la fórmula política del Estado Social y Democrático constituyen principios y valores supremos, y decisiones políticas de la comunidad peruana, que forman parte del «núcleo duro» de la Constitución, le dan unidad, sustancia y continuidad a la Nación, y por tanto, no se pueden modificar ni suprimir por la vía de la reforma constitucional. En la sentencia del 21.01.02, el Tribunal Constitucional ha reconocido, implícitamente, el carácter de derechos «fundamentales» de los derechos sociales al indicar que el Congreso de la República «…en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título como éstos se hallen consagrados.»

Para una comprensión del significado y la protección constitucional de los derechos sociales y económicos es necesario recurrir a la denominada «teoría institucional de los derechos humanos».

En esta materia, la *STC del 10 de Junio de 2002, Exp. Nº 011-2002-AI/TC,* nos indica lo siguiente:

> «La justicia constitucional no puede sino concebir un Estado constitucional y en esa medida reconocerle (que es distinto de adjudicarle) todas las facultades que en su seno encuentren el terreno para el más eficiente desarrollo de los principios y derechos que la Norma Fundamental contempla. A tal propósito contribuye la tesis institucional, en cuyo entendido, la defensa de los derechos fundamentales supone, a su vez, la defensa de la institucionalidad del Estado. En tal sentido, muchos derechos fundamentales trascienden tal condición para convertirse, a su vez, en verdaderas garantías institucionales para el funcionamiento del sistema, razón por la que en estos casos el papel del Estado en su desarrollo alcanza niveles especialmente relevantes, sea para reconocer que la realidad le exige un importante grado de participación en la promoción del derecho, sea para aceptar un rol estrictamente abstencionista.» (FJ.13)

De este modo, para la teoría institucional, los derechos fundamentales tienen un doble carácter y contenido constitucional: un carácter jurídico-subjetivo, en tanto son derechos públicos subjetivos o individuales de las personas, y, un carácter jurídico-objetivo, en cuanto cons-

tituyen valores objetivos-institucionales de la comunidad que producen deberes o mandatos objetivos dirigidos en especial al Estado y los poderes públicos, pero, también a los poderes privados («fácticos») y a todos los ciudadanos, para su realización y favorecimiento.

Pëter Häberle señala que «los derechos fundamentales de la Grundgesetz tienen un doble contenido constitucional. De un lado, presentan un «aspecto» de derecho individual; son «derechos de la persona». Titulares de los derechos fundamentales son, según la naturaleza del derecho fundamental en cuestión, ora individuos, ora, al lado de estos, grupos como coaliciones, asociaciones y sindicatos»[86], y «de otro lado, están caracterizados por un «aspecto institucional» («institutionelle Seite»). Ellos representan la garantía constitucional de esferas de vidas reguladas y organizadas según principios de libertad, que a causa de su significado objetivo institucional, no se dejan enclaustrar en el esquema libertad individual-límite a la libertad individual, se rebelan a la relación unidimensional individuo-Estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo» [87].

Sobre la base institucional, César Landa sostiene que la teoría jurídico-social postula que «es únicamente con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social, que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales, como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes inmediatamente para el Estado» [88].

Por su parte, Böckenförde resalta que «los derechos fundamentales no tienen aquí primariamente el carácter de derechos de defensa del individuo con respecto al aseguramiento de un ámbito de libertad individual y social en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico, pueden actuar a su arbitrio, sino el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos. Se despliegan y se realizan en regulaciones normativas de tipo institucional que están guiadas por la idea ordenadora del derecho fundamental, y que como tales acuñan las circunstancias vitales a las que se aplican, asumiéndolas y confiriéndoles relevancia normativa»[89]. De esta manera, «se abre un

86. Häberle, Peter, «La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional», op.cit. p. 163.

87. Ibídem.,163-164.

88. Landa Arroyo,op.cit.,p. 478.

89. Böckenforde Ernst Wolfgang. «Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución», en Escritos sobre Derechos Fundamentales, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, op. cit., p. 53.

margen para una configuración y normación legal del ámbito de protección de los derechos fundamentales considerablemente más amplio que el de la teoría de los derechos fundamentales del Estado de derecho liberal. La ley, como toda regulación jurídico-normativa en el ámbito del derecho fundamental, no se presenta primariamente como limitación e intervención en la libertad de derecho fundamental, sino más bien como favorecimiento y realización de esta libertad» [90].

Entre las consecuencias de la dinámica de los derechos «una es la tendencia a la intangibilidad de las situaciones económicas existentes o de las regulaciones de legalidad ordinaria en presencia. Una vez existentes, éstas se presentan, aunque de forma contingente en su relación con el derecho fundamental, sencillamente como realización o «conformación institucional» objetivamente dada o incluso objetivamente necesaria, y por eso participan – de forma global o limitada al llamado contenido nuclear – de la resistencia forzada del derecho fundamental, de su inviolabilidad por el legislador» [91].

Como advierte Antonio Pérez Luño «en el Estado social de Derecho se pretende una realización práctica del sistema de los derechos fundamentales en su conjunto, sin que quepa atribuir a ninguno de los derechos sancionados constitucionalmente un significado puramente declarativo o pragmático; ello ha supuesto el reconocimiento de un status activus processualis que permite a los ciudadanos la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos fundamentales» [92] y «de ahí que la teoría institucional sostenga el carácter plenamente vinculante de los derechos sociales, concebidos como auténticas categorías jurídico-positivas encaminadas a concretar y realizar las cláusulas sociales y democráticas del Estado de Derecho a través del establecimiento de las consiguientes prestaciones y servicios públicos» [93].

En el mismo sentido, el TC afirma el compromiso inherente al Estado social de derecho en orden a realizar la libertad material y la igualdad sustancial:

> «El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la

90. Ibídem., p. 54.
91. Ibídem, pp. 55-56.
92. Pérez Luño, op.cit., p. 300.
93. Loc.cit.

libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real…» (*STC del 11.11.2003/Exp. Nº 0008-2003-AI/TC,* FJ 11)

3.4 Eficacia y exigibilidad de los derechos sociales.

Establecido que entre los derechos civiles y políticos, de un lado, y los económicos, sociales y culturales, del otro, no existe diferencia alguna de jerarquía, pues todos tienen la común condición de derechos fundamentales, interesa, no obstante, reconocer ciertas diferencias entre los derechos clásicos de libertad y los derechos sociales en cuanto a su naturaleza y grado o nivel de exigibilidad.

En primer lugar, debemos notar que «la consecuencia es que los derechos fundamentales sociales - en el marco de un ordenamiento constitucional democrático y basado en el principio del Estado de Derecho, que no hace del juez un legislador - no pueden fundamentar directamente en sí pretensiones reclamables judicialmente; es propio de su naturaleza el que no representen derecho inmediato (para los ciudadanos) cuando están en la Constitución y antes de su conformación por parte del legislador. Se dirigen con aplicabilidad inmediata, a los órganos estatales en la legislación y administración, a los que obligan a la realización de los mandatos en ellos contenidos»[94].

No obstante que «en el marco de un ordenamiento constitucional democrático y fundamentado en el principio del Estado de Derecho los derechos fundamentales sociales no pueden tener el carácter de derechos fundamentales en sentido estricto debido a que tal carácter forma parte la aplicabilidad inmediata y la posibilidad de ser exigible por los ciudadanos, ello no significa en modo alguno que deban quedar normativamente en simples proposiciones programáticas políticas y no vinculantes» [95].

94. Böckenförde, Ernst Wolfgang, op. cit. p. 78.
95. Ibídem, p. 80.

Por ello, en segundo lugar, «ello no excluye que los derechos fundamentales sociales, cuando sobre su base se han originado determinadas pretensiones por obra del legislador o de una práctica administrativa continuada, acojan constitucionalmente a tales pretensiones y protejan al ciudadano contra su supresión definitiva (no ciertamente contra una modificación o una reducción compatible con el mandato social de configuración)» [96], porque, sin duda, que «frente a una configuración ya verificada, en la que deben encontrar su lugar y su expresión las consideraciones y decisiones políticas, de planeamiento y financieras, los derechos fundamentales sociales pueden establecer ciertos límites elementales a la transformación o a la supresión» [97].

En este sentido, los derechos sociales están vinculados a los mandatos objetivos que la Constitución formula a los poderes públicos del Estado para su realización y favorecimiento en beneficio de las personas. Böckenförde define que «los mandatos constitucionales son deberes jurídico-objetivos que tienen por destinatarios a los órganos estatales en la legislación y la administración, deberes de actuar para la realización del fin o del programa formulados en el mandato a través de las medidas apropiadas, con lo que se dejan al parecer y entender del juicio político del órgano actuante, y con ello al proceso político, la vía, la dimensión y las modalidades de la realización» [98].

De los mandatos constitucionales se derivan por lo menos tres deberes jurídicos objetivos para el legislador y el administrador del Estado.

Primero: «el fin o programa como tal se sustrae a la en otro caso existente libertad de fines o de objetivos de los órganos políticos y les es puesto como algo que les vincula» [99].

Segundo: «es inadmisible la inactividad y la desatención grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado» [100]. y

Tercero: «las regulaciones y las medidas tendentes a la consecución del fin, una vez establecidas, se mantienen constitucionalmente de manera que la vía de la realización del mandato en

96. Ibídem., p. 78.
97. Loc.cit., p. 78.
98. Böckenförde, op. cit., p. 80.
99. Ibídem, pp. 80-81.
100. Loc. cit.

ellas descrita está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera» [101].

De los mandatos y deberes objetivos se desprenden tres derechos subjetivos de realización o exigibilidad inmediata de los individuos con pretensiones de defensa de sus titulares ante los tribunales.

1) La pretensión de defensa del titular afectado frente a la adopción de un fin o programa diferente al establecido.

2) Las pretensiones de defensa del titular afectado «frente a una inactividad» y a «una desatención grosera» [102].

3) La pretensión de defensa del titular afectado frente a «una supresión definitiva de las medidas adoptadas en la ejecución del mandato constitucional» [103].

En tal sentido, del hecho de que las normas que contienen los derechos fundamentales sociales se expresen como un mandato al legislador para la realización de un programa social o la configuración de un derecho de prestación, no se puede concluir que carece de eficacia o exigibilidad, pues una vez adoptado legislativamente dicho programa o configurado legalmente el derecho, estos, en cuanto «concreción» del mandato o norma constitucional vienen a ser su materialización, razón por la cual ya no resulta posible escindir la norma constitucional de la normal legal que la realiza y sostener que la modificación o supresión del derecho configurado por ésta última es, tan sólo, una operación en el plano legal, sin efectos ni consecuencias constitucionales. En otras palabras, si bien antes de la configuración legal, o concreción, del derecho social, el legislador dispone de un margen discrecional para elaborar dicha configuración, una vez efectuada ésta, dicho margen desaparece, en cuanto posibilidad de modificar peyorativamente tal derecho o, peor aún, suprimirle, admitiéndose, únicamente, la posibilidad de variar aquella configuración, o concreción legal, para ensanchar o elevar el ámbito de protección social otorgado por el derecho respectivo.

Por consiguiente, la noción de «República Social» o, lo que es igual, «Estado Social de Derecho», o, también, «Estado de Bienestar», expresamente recogida por nuestra Constitución en los artículos 43º y 44º, supo-

101. Loc.cit.
102. Loc. cit.
103. Loc. cit.

ne, como elemento fundamental, el reconocimiento de los «derechos sociales», ya sea de aquellos cuyo contenido esencial se encuentra directamente formulado por la ley suprema, cuanto de aquellos que, enunciados por esta bajo la forma de un mandato al legislador o norma programática, han sido configurados o concretados por éste mediante normas legales. La vigencia y garantía de tales derechos, es una obligación central del Estado Social, pues sin derechos sociales, este no existe o se transformaría en una noción jurídica hueca e inútil. De allí que, necesariamente, toda afectación de estos derechos conlleva la devaluación y debilitamiento del Estado Social, en sentido contrario a la Constitución, en especial al deber del Estado de promover el bienestar de la población, señalado por su artículo 44º.

3.5 La aplicación progresiva de los derechos sociales.

De allí, también, que la puesta en vigencia y, respecto a los que ya rigen, el logro de su plena efectividad, de los derechos sociales, esté condicionado al principio de PROGRESIVIDAD, conforme al cual si bien los mandatos constitucionales en que residen tales derechos no son, en todos los casos, inmediatamente aplicables por el Estado obligado a cumplirlos, éste deben tender, de una manera clara y constante, a su realización progresiva, según su capacidad económica y las posibilidad de la sociedad.

Acerca de esta obligación, al desarrollo progresivo de los derechos sociales, la *STC del 11.11.2003/Exp.Nº 0008-2003-AI/TC,* señala lo siguiente:

> «…la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad, dotado de metas claras y realistas. Es menester recordar que el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a actuar de manera individual y conjunta para alcanzar la efectividad de los derechos que dicho texto reconoce.
>
> El artículo mencionado establece que «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el

> máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.» El enunciado de dicho artículo, en lo sustancial, se repite en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos» (FJ.6).

En nuestra Constitución, dicha característica aparece en varias de sus disposiciones. Así, el artículo 10º reconoce el derecho universal y «progresivo» a la seguridad social, el cual debe proteger a la persona frente a las contingencias que señale la ley y para «la elevación de su calidad de vida». La Segunda Disposición Final y Transitoria, garantiza el pago oportuno y «reajuste periódico» de las pensiones que administra el Estado, con arreglo a las previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional. Y, la Undécima Disposición Final y Transitoria indica que «Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.»

Respecto a la interpretación de las disposiciones finales y transitorias de la Constitución, el propio TC, en su *Sentencia del 27 de Junio de 2003 (Exp. Nº 002-2003-AI/TC)* ha señalado lo siguiente:

> «…cuando la Segunda Disposición establece que el Estado garantiza el «pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra», con ello no sólo se está estableciendo un mandato al Estado de pagar «oportunamente» las pensiones que administra y, en particular, las reguladas por los Decretos Leyes Nºs 19990 y 20530, sino, además, el de «reajustarlas» periódicamente. En este contexto, el «reajuste» de las pensiones no puede entenderse como una autorización para *disminuirlas* a quienes tienen ya el derecho adquirido, sino de «incrementarlas», a fin de garantizar el derecho a una vida digna de quienes son sus titulares.» (FJ 14)

Explicitando los criterios asumidos por la jurisprudencia del TC, el Magistrado Bautista Bardelli señala que «El principio de progresividad establecido en la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución exige del intérprete evaluar, en cada caso concreto, no sólo que el legislador no establezca medidas regresivas, esto es, destinadas a reducir los ámbitos de eficacia ya alcanzados, sino también a evaluar que en relación con los que no hayan sido objeto de ninguna prestación estatal,

que tal situación no permanezca en el mismo status quo que lo dejó el constituyente»[104]

Respecto a la obligación del legislador de desarrollar los derechos fundamentales, el citado Magistrado agrega que «Progresividad en su implementación supone la realización de medidas destinadas a hacerlas efectivas, paso a paso, y no que las pocas que se hayan efectuado se desarticulen.(…) Y es que el criterio de progresividad en su implementación no sólo se reduce a evaluar comportamientos regresivos, sino, también, a controlar que dichas cláusulas, progresivamente, sean implementadas para adquirir su plena eficacia.»[105]

Por consiguiente, en el marco del Estado Social de Derecho, el principio de «progresividad» de los derechos sociales opera en una doble dirección: i) como criterio de «flexibilidad» que permite compatibilizar la puesta en vigencia y el logro de su plena efectividad con las posibilidades económicas del Estado y, en general de la sociedad, y ii) como límite negativo a la actuación estatal opuesta al mandato constitucional de darles eficacia o a la que pretenda reducir el grado de eficacia que ya hubieren alcanzado. En otras palabras, si bien la implantación del «Estado Social», - y con él la plena eficacia de los derechos sociales - se vislumbra, constitucionalmente, como un proceso progresivo y acumulativo, que se va desarrollando en consonancia con la capacidad económica del Estado, de otro lado, no son admisibles , como lo dice Bautista Bardelli «medidas regresivas, esto es, destinadas a reducir los ámbitos de eficacia ya alcanzados». Es, por tanto, obligación del Estado, respetar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos sociales, tanto la de aquellos cuyo contenido esencial es configurado por la propia Constitución cuanto la de quienes han sido configurados legalmente en base al mandato constitucional.

Y ello es así, por dos razones fundamentales:

1) Porque si, como la doctrina lo ha establecido, los «derechos sociales» son componentes estructurales del Estado Social de Derecho, esto es que su presencia y vigencia definen a este tipo de Estado, que no puede existir sin aquellos, entonces toda afectación peyorativa de los derechos sociales, toda pérdida de eficacia de los mismos por decisión del

104. Bautista Bardelli, Juan, «Los criterios de interpretación de los Derechos Fundamentales previstos en la Constitución de 1993» en «Jurisprudencia Constitucional», Año I, Nº 1,Lima, Marzo de 2004, p.6.

105. Loc.cit.

legislador o del poder político afecta, necesariamente la concepción misma del Estado plasmada en la Constitución, en la medida que tiende a vaciar de contenido dicha fórmula política y, con ello, desnaturalizar a la propia Constitución.

2) Asimismo, porque la afectación de los derechos sociales vulnera la «ciudadanía social» que emana de la presencia y vigencia de estos. Como se señala «El concepto de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. En esta perspectiva, los derechos sociales son un derecho básico de la persona y cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos».[106]

Indica este mismo autor, que, entonces, la ciudadanía plena se encuentra configurada por tres dimensiones: i) la ciudadanía política, que tiene su fundamento en el principio participativo, ii) la ciudadanía civil que se vincula al principio de libertad y iii) la ciudadanía social, que se enlaza con el principio de la igualdad sustancial.[107]

Para el profesor español «Entre los derechos sociales (que forman parte del status de ciudadanía social), que asumen la función en el orden constitucional de institutos de desmercantilización y de neutralización de los resultados negativos producidos por el mercado, se hallan naturalmente todos los derechos sociales en sentido estricto y señaladamente el derecho a la Seguridad Social que se concede precisamente como derecho atribuído a los individuos en su condición de ciudadanos».[108]

En tal virtud, la reducción o supresión de los derechos sociales tiende a recortar o, incluso, suprimir la «ciudadanía social» adquirida gracias a la vigencia y eficacia de aquellos y que determina la existencia de un status a través del cual deviene posible para los individuos acceder a la igualdad sustancial o material, cuya realización constituye un valor superior de la Constitución, tal como lo expresa el Artículo 59º, in fine, de esta al prescribir lo siguiente:

106. Monereo Pérez, op.cit.,p.159.
107. Vid. Monereo Pérez, op.cit.,p.160.
108. Ibídem, p.p.162-163.

> «El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; (…)»

En conclusión: en la medida que la ley de reforma constitucional modifica peyorativamente el derecho a la seguridad social, la garantía del respeto a los derechos adquiridos en materia pensionaria, el reajuste por nivelación de las pensiones de un sector de jubilados y su derecho de propiedad, al recortar el monto de las pensiones que venían percibiendo, la afectación de esos derechos sociales individuales o subjetivos implica, coetánea e inseparablemente, la vulneración del principio del Estado Social de Derecho, el mismo que forma parte de la «fórmula política» de la Constitución y, en tanto tal, materia ajena a la competencia del legislador ordinario para la reforma constitución, por constituir, en razón de su naturaleza, un límite material implícito a la reforma constitucional, que ha sido trasgredido por el Congreso de la República al aprobar la LRC.

5. El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTA FACULTADO PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

5.1 El control del Tribunal Constitucional sobre la reforma constitucional.

El establecimiento de una teoría constitucional acerca de los límites de la reforma constitucional, tanto formales como materiales, explícitos e implícitos, obliga a establecer como correlato una teoría y una práctica sobre el control de toda reforma constitucional que trasgreda dichos límites, violentando la Constitución, el mismo que debe comprender tanto al órgano competente como a los medios procesales con que cuenta la Constitución para impedir y reprimir dichos excesos y restablecer el orden constitucional quebrantado.

De no ser así, resultaría meramente teórico y académicamente rico, pero vano y superfluo en la práctica, establecer la existencia de límites al poder de reforma constitucional para señalar a renglón seguido que en caso el órgano competente para la reforma los supere y exceda, alterando el contenido esencial de la Constitución, no es posible controlar dichos excesos por ser una cuestión política ajena al control constitucional, y por tanto, no existir un órgano y un proceso autorizados para impedir y reprimir dicha reforma. Así, lo entiende Pedro de Vega al afirmar que «la problemática de la reforma que, con mayor o menor fortuna hemos intentado hasta ahora exponer, quedaría reducida a una mera disquisición

doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurará efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites» [109].

Como lo describe Germán Bidart Campos se presenta la duda «si el poder constituyente derivado que infringe el procedimiento de enmienda, o que efectúa enmiendas en materias o contenidos de la constitución que le están vedados y sustraídos, es susceptible de ser descalificado mediante alguna técnica de control; ello envuelve la ardua pregunta de si una reforma de la constitución puede ser inconstitucional (anti-constitucional)» [110]. Y él mismo concluye que «la respuesta afirmativa se impone, desde que se acepta que el poder constituyente derivado está subordinado al originario, en forma que cuando se ejerce en contra o fuera de ese encuadre limitativo, la enmienda que es producto de tal violación acusa un vicio o defecto de invalidez. Y arbitrado un sistema de control de constitucionalidad -cualquiera sea-, la reforma de la constitución no debe escapar al eventual control que recae sobre toda actividad contraria a la constitución» [111].

Por ello, los ordenamientos constitucionales de los Estados democráticos han asignado al Tribunal Constitucional, en su condición de comisionado del poder constituyente para la defensa de su voluntad y obra: la misma Constitución, un conjunto cada vez más numeroso de facultades y deberes relacionados con el mantenimiento de los principios, valores y normas supremas del ordenamiento jurídico, además de las competencias tradicionales (control de leyes, tutela de derechos y conflictos de competencia). En este sentido, Lucio Pegoraro relata que «en casi todos los ordenamientos, el carácter particularísimo de las decisiones de los Tribunales constitucionales –cuya sustancia es ampliamente discrecional (por no decir política), pero cuya forma está caracterizada por la jurisdiccionalización del proceso– y sobre todo la posición de terciario en la que operan los jueces de la ley, han sugerido conferirles (más allá del control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos, y de la resolu-

109. Pedro de Vega, La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, Madrid, Tecnos, 1985, p. 296.

110. Germán J. Bidart Campos, Filosofía del Derecho Constitucional, Buenos Aires, EDIAR, 1969, p. 178.

111. Ibídem. 178

ción de conflictos entre centro y periferia) una serie de funciones que exigen el ejercicio de un papel arbitral» [112].

Entre éstas, las Constituciones de los Estados asignan explícita o implícitamente al Tribunal Constitucional la competencia para controlar la reforma constitucional, tanto para revisar los límites formales como materiales que la Constitución impone al poder constituido de reforma. Con relación a la competencia explícita, «no se debe por tanto sorprender que, al término de un proceso largo por lo menos dos siglos, algunas Constituciones hayan llegado incluso a prever un papel activo de los Tribunales constitucionales en el ámbito del procedimiento de revisión constitucional, consagrando así su función de «constituyente permanente»» [113]. Sin embargo, si los ordenamientos constitucionales y legales no lo contemplan de modo expreso, es posible derivar que el tribunal tiene dicho poder implícito por su posición de garante de la Constitución y por la naturaleza y relevancia de las facultades que se le tienen asignadas.

3.2 La cuestión del control del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento y la materia de la reforma constitucional en el derecho comparado.

La cuestión de la competencia del órgano de control de la constitución respecto a la reforma constitucional, ha merecido, desde luego, la atención de diversos ordenamientos estatales, en los cuales se han previsto mecanismos para que dicha actuación del Poder Legislativo no quede sustraída al ámbito propio del control de constitucionalidad.

A. El control sobre el procedimiento de la reforma constitucional.

La Constitución Española establece de modo implícito un control a cargo del Tribunal Constitucional de los procedimientos de reforma constitucional. En este ordenamiento, se afirma que «al Tribunal Constitucional le corresponderá sin dudas entender del control de constitucionalidad de las leyes de reforma de la Constitución» [114].

112. Lucio Pegoraro, Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución, En Pensamiento Constitucional Año VI, Nº 6, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 221.

113. Ibídem.,pp. 227-228.

114. Pedro de Vega, op.cit., p. 154.

Respecto a la oportunidad del mismo, «en este caso, no está previsto –con buen criterio– control previo alguno, sino que el control de constitucionalidad sólo podría producirse a posteriori, es decir, una vez que la ley de reforma hubiera sido aprobada por ambas Cámaras por mayorías muy cualificadas, eventualmente sometida a referéndum, sancionada, promulgada y publicada y que se hubiera incorporado por tanto a la Constitución» [115].

Sin embargo, dicho control se limita en cuanto a su objeto, con cierto sentido, a revisar los vicios de procedimiento debido a que la Constitución contiene una regulación especial de dos procedimientos diferenciados para la reforma o revisión: uno, el del Artículo 167º, para la reforma constitucional «propiamente dicha» o «parcial», y otro, el del Artículo 168º, para la reforma o revisión «total» de la Constitución. Al respecto, «corresponde también al Tribunal Constitucional, como órgano supremo de control, vigilar y garantizar que las normas de procedimiento se cumplan» [116].

Conforme al Artículo 167° de la Constitución Española los proyectos de reforma constitucional deben ser aprobados por mayoría de 3/5 del Congreso de Diputados y del Senado, o por mayoría absoluta del Senado y mayoría de 2/3 del Congreso de Diputados, y serán sometidos a referéndum si lo solicitan 1/10 de los miembros de cualquiera de las cámaras.

No obstante, el Artículo 168° señala que cuando se propusiere una revisión de la Constitución que afecte el Título Preliminar que reúne los principios básicos del Estado Español, el Capítulo Segundo de la Sección Primera del Título I sobre los derechos y libertades fundamentales, o el Título II de la Corona, se aprobará el principio por mayoría de 2/3 de cada cámara, se disolverán inmediatamente las Cortes Generales y una vez elegidas las nuevas cámaras estas deberán ratificar la decisión , aprobar el nuevo texto constitucional por mayoría de 2/3 de cada cámara, y, luego, someter dicha reforma a referéndum.

Si bien la Constitución renunció a definir la reforma o revisión «total», se señala que «parece lógico pensar que en la definición de una reforma como revisión habrá que tomar en consideración tanto elementos

115. Javier Pérez Royo, La reforma de la Constitución, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. 195.

116. Pedro de Vega, «La Reforma...», op. cit., p. 299.

cuantitativos del tipo de los que se apuntaron en el proceso constituyente: número de artículos o un Título completo de la Constitución, etc., como cualitativos: que la reforma afecte a alguna institución que pudiera ser definida como órgano inmediatamente constitucional y singularmente relevante en el sentido de que no sólo está definida y regulada en sus aspectos esenciales en la propia Constitución, sino que además su presencia en el edificio constitucional sea decisiva» [117]. Pérez Royo cita a título de ejemplo que «el Tribunal Constitucional como institución no figura entre los contenidos especialmente protegidos por el artículo 168 y, sin embargo, una reforma que suprimiera el control de constitucionalidad de la ley sería, en mi opinión, una revisión, una reforma total, en la medida en que cambiará una pieza clave del edificio constitucional» [118]

Como puede apreciarse, en el supuesto de la «revisión total» o una parcial que afecte las materias enumeradas en el artículo 168º de la Constitución Española, el procedimiento establecido implica someter la decisión al pueblo como titular del «poder constituyente», pues a éste le compete elegir a las nuevas Cortes Generales que deben ratificar, o no, la decisión de «revisión total» o de una «parcial» pero sustancial de la Constitución, invistiéndolas, en el primer caso, del poder constituyente, sin perjuicio de la decisión popular definitoria que habrá de adoptarse en referéndum. Más allá, de cuestiones procedimentales, es evidente quye la diferencia entre los procedimientos señalados en el artículo 167º y 168º de la Constitución española, reside en el hecho de que en el primero de ellos, la «reforma» (parcial y no sustancial) compete, en exclusiva, al poder constituido, mientras que en el segundo, la «revisión total» o reforma sustancial, se somete a la decisión del pueblo, esto es, al poder constituyente.

Por ello, para el derecho español «la inconstitucionalidad de las leyes de reforma sólo podrá suscitarse en una doble perspectiva: 1) cuando con el procedimiento establecido en el artículo 167 se reformen artículos cuya revisión sólo es posible a través del mecanismo regulado en el artículo 168; 2) cuando la revisión se efectúe –tanto en los casos previstos en el artículo 167, como en los previstos en el artículo 168- sin cumplir puntualmente los trámites exigidos por la Constitución» [119], y que «en

117. Javier Pérez Royo, op. cit., p. 196.

118. Ibídem., pp. 196-197.

119. Pedro de Vega, op, cit., p. 155.

ambos supuestos, se trataría de posibles inconstitucionalidades formales y bajo ningún concepto, cabría plantear la cuestión de inconstitucionalidad material» [120].

Por otra parte, Javier Pérez Royo señala que «teniendo en cuenta que es posible controlar la constitucionalidad de la ley de reforma y que uno de los supuestos más claros de control sería el de una ley de reforma aprobada por el procedimiento del artículo 167 que afectara el contenido protegido por el procedimiento del 168, la decisión podría acabar en las manos del Tribunal Constitucional» [121].

Si bien se afirma que en el derecho español sólo es posible la inconstitucionalidad formal, no obstante el control material está presente cuando mediante el procedimiento de reforma «parcial» del Artículo 167° se pretenda modificar alguna materia contenida en la lista de aquellas que sólo pueden variarse por el procedimiento de reforma o revisión «total» del Artículo 168°. Aquí, en realidad, hay una inconstitucionalidad material de la reforma «parcial» que es reconducida en clave de vicio formal o procedimental por no haberse seguido el procedimiento de reforma o revisión «total», pues las materias contenidas en la lista del artículo 168º constituyen límites materiales explícitos o cláusulas de intangibilidad frente al procedimiento de reforma «parcial» del Artículo 167º, es decir frente a la competencia específica del legislador ordinario en materia de reforma constitucional.

En el derecho latinoamericano, «para cualquier duda, en efecto, otras Constituciones –como la colombiana– aclaran que el control del proyecto de revisión está limitado al examen de los «vicios de procedimiento en su formación» (en el caso concreto, en relación con la convocatoria a referéndum o de una apropiada Asamblea Constituyente)» [122].

En efecto, la Constitución Colombiana señala con claridad que la Corte Constitucional sólo puede controlar la reforma constitucional respecto de vicios de procedimiento en su formación. El Artículo 241° Numerales 1. y 2. señala que la Corte Constitucional decidirá sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación, y, con anterioridad

120. Loc.cit.
121. Javier Pérez Royo, op. cit., p. 195.
122. Lucio Pegoraro, op. cit., p. 237.

al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación [123].

B. El control sobre el contenido material de la reforma constitucional.

El Tribunal Constitucional también asume el control del contenido material o sustancial de la reforma constitucional para impedir que so pretexto de la reforma constitucional, el poder constituido reformador suprima o vacíe de contenido las decisiones políticas fundamentales, los principios y los valores superiores de la Constitución, que forman su «núcleo duro» y le dan identidad, sustancia y continuidad, las que por su naturaleza y significación son irreformables por dicho procedimiento.

En el derecho italiano, Roberto Romboli comenta la actividad de la Corte Constitucional en este tema, refiriendo que «por lo que se refiere al control de las leyes formalmente constitucionales, la Corte (sentencia 1146/1988) ha tomado una clara posición sobre el problema, sosteniendo que la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser eludidos o modificados en su contenido esencial, ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales» [124]. Respecto a estos principios supremos «son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional -así, la forma republicana- cuanto los principios que, aun no siendo expresamente mencionados entre aquellos no sometibles al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se fundamenta la misma Constitución italiana» [125].

Por ello, la Corte Constitucional Italiana señala que «no se puede, por tanto, negar que esta Corte sea competente para enjuiciar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales, incluso en relación con los principios supremos del ordenamiento constitucional. Por otra parte, si no fuera así, se llegaría al absur-

123. Ver Eduardo Cifuentes Muñoz, La jurisdicción constitucional colombiana, En Lecturas Constitucionales Andinas Nº 4 Una Mirada a los Tribunales Constitucionales Las Experiencias Recientes, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 148 y 163 y s.

124. Roberto Romboli, Italia, En Eliseo Aja (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Barcelona, Ariel, 1998, p. 95.

125. Ibídem.,pp. 95-96.

do de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo, precisamente en relación con sus normas de más valor» [126].

En el derecho latinoamericano, las Constituciones Chilena y Boliviana le asignan de modo expreso dicha competencia al Tribunal Constitucional. Lucio Pegoraro apunta que «algún texto confiere un auténtico y propio poder de resolver, como en Chile, «cualquier cuestión de constitucionalidad que pueda surgir durante el examen de ... enmiendas constitucionales» o «las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución» (Bolivia)» [127].

El Artículo 82° Numeral 2. de la Constitución de Chile señala que el Tribunal Constitucional resolverá las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Es importante anotar que «en ellas se ejerce un control preventivo de constitucionalidad antes de su promulgación, analizando el Tribunal Constitucional el proyecto de la reforma constitucional, en su constitucionalidad de forma (procedimiento, quórums) como su constitucionalidad de fondo (la soberanía tiene como límite los derechos que emanan de la naturaleza de la persona humana, lo que constituye una norma suprema y pétrea frente al constituyente derivado o instituido)» [128].

El Artículo 120° Numeral 10. de la Constitución de Bolivia señala que conocerá y resolverá de las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución. Al respecto, desde una perspectiva española, Francisco Fernández Segado comenta que «habrá que entender que una demanda de este tipo estará justificada cuando se entiendan violadas reglas procedimentales previstas por la Constitución para su reforma» [129].

Las nuevas Constituciones de los Estados de Europa del Este, como Moldavia, Rumania y Ucrania, encargan a los Tribunales o Cortes Constitucionales examinar los proyectos de reforma constitucional y

126. Ibídem, 96.

127. Lucio Pegoraro, op. cit., p. 236.

128. Humberto Nogueira Alcalá, El Tribunal Constitucional Chileno, En Lecturas Constitucionales Andinas Nº 4 Una Mirada a los Tribunales Constitucionales Las Experiencias Recientes, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 123.

129. Francisco Fernández Segado, La Jurisdicción Constitucional en la Reforma de la Constitución de Bolivia de 1994, En Lecturas Constitucionales Andinas Nº 4 Una Mirada a los Tribunales Constitucionales Las Experiencias Recientes, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 103.

controlar de modo preventivo que no afecten los límites formales (procedimientos) y materiales (cláusulas de intangibilidad), en especial los derechos y libertades fundamentales.

Por ello, no cabe duda que el control del Tribunal Constitucional sobre la reforma constitucional admite un examen de los límites materiales y formales en caso que éstos sean trasgredidos por el poder de reforma, violentando la Constitución. Así, «en casos como éstos, prescindiendo de la ausencia de expresas limitaciones en las fórmulas en cuestión, es plausible que la intervención del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo sea circunscrito al examen de los vicios formales de procedimiento, o, si es el caso, a valorar que hayan sido superados límites expresos a la revisión (o, según la jurisprudencia de cada Tribunal, también los límites implícitos)» [130].

3.3 El control del Tribunal Constitucional sobre la reforma constitucional en el caso peruano.

De acuerdo a los Artículos 200º Numeral 4. y 202º Numeral 1. de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional conocer la Acción de Inconstitucionalidad contra las *normas* que tienen *rango* de *ley*: *leyes*, entre otras, que *contravengan la Constitución* en la *forma* o en el *fondo*.

El Título VI De la Reforma de la Constitución y el Artículo 206º de la Constitución se refieren a la *ley de reforma constitucional* que no puede ser observada por el Presidente de la República.

De estas normas constitucionales se deriva la facultad implícita del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional por la forma (procedimiento) o por el fondo (contenido material), con el carácter represivo o posterior a su aprobación.

A pesar de ello, si se interpretará que la Constitución al señalar expresamente las normas objeto de control ante el Tribunal Constitucional mediante Acción de Inconstitucionalidad se refiere a las normas con rango de ley, y no a las leyes de reforma constitucional consideradas de naturaleza constitucional, César Landa señala que «el Tribunal Constitucional es competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se pue-

130. Lucio Pegoraro, op. cit., pp. 236-237.

dan introducir a través de la ley de reforma constitucional» [131], explicando al respecto que «el poder de reforma de la Constitución, al ser propio de un poder constituyente instituido en las funciones legislativas del Congreso, por muy especial y singular que sea, no deja de ser un poder constituyente-instituido que actúa a través de una ley constitucional limitada y, por tanto, sujeta a control del Tribunal Constitucional» [132].

De igual parecer es, en la doctrina nacional, el profesor García Toma, para quien la inconstitucionalidad de la reforma constitucional puede originarse en un «vicio formal» o en «vicio sustancial». Respecto a éste último, afirma que «cabe la probabilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma por vulneración de los valores fundamentales de la Constitución». Precisando, el fundamento de esta afirmación indica que «Se trata de un caso de colisión entre una enmienda constitucional y la fórmula política y el espíritu o telos de la carta; y con ello, del rebasamiento de límites no articulados, implícitos o tácitos»[133]

En el mismo sentido, la Sentencia de fecha 21 de Enero de 2003, Exp. Nº 014-2002-AI/TC, declara que «el Tribunal Constitucional considera que de una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206º de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional».

Además, afirma que :

> «el segundo párrafo del artículo 32º de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido

131. Landa Arroyo, op.cit.,p. 315.
132. Loc.cit.
133. García Toma, Víctor, op.cit., p.575.

segundo párrafo del artículo 32º, no puede suponer ni disminución ni supresión de derechos fundamentales».

Y lo reafirma en la Sentencia de fecha 10 de Diciembre de 2003, Exp. Nº 014-2003-AI/TC, cuando se pregunta si existe una norma parámetro para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, y responde que en dicha demanda «no se solicita la declaratoria de la inconstitucionalidad de una o algunas disposiciones de la Constitución de 1993, *tampoco se pide que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que haya sido introducida de manera contraria al procedimiento contemplado en su artículo 206º, o vulnerando los límites materiales a los que está sujeta la reforma constitucional* (STC Nº 0014-2002-AI/TC)» porque «la impugnación se dirige contra el texto íntegro del llamado «documento del 93».

Con ello, el Tribunal Constitucional reconoce implícitamente la facultad que sí le compete de declarar inconstitucional una reforma constitucional que sea contraria no solo al procedimiento establecido sino a los límites materiales que debe respetar toda reforma de la Constitución, descartando únicamente la posibilidad de controlar la constitucionalidad de toda una Constitución.

En la Sentencia de fecha 21 de Enero de 2003, Exp. Nº 014-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional formula una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución para afirmar que nuestro ordenamiento constitucional establece dos procedimientos diferenciados para la reforma «parcial» y la reforma o revisión «total»; además, define los contenidos especiales de cada una.

Para el tribunal, «si en el artículo 206º de la Carta esencialmente se ha previsto la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32º ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser *total*».

Además, sostiene que «cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquélla que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro de la Constitución de 1993» pero «en cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquélla que no modifica tales principios y fundamentos». Para diferenciar «en cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual.

Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varia en este nuevo texto lo que en doctrina se llama «núcleo duro» de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente».

Desde esta perspectiva, se puede concluir que la Constitución distingue que la reforma constitucional y el procedimiento previsto por el Artículo 206º de la Constitución es «parcial». Esta reforma «parcial» puede ser aprobada por el Congreso con votación favorable superior a 2/3 del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas, o con votación favorable de la mayoría absoluta de sus miembros y ratificada mediante referéndum.

La reforma «parcial» es aquella que respeta y no modifica las decisiones políticas fundamentales, los principios y valores superiores de la Constitución que le dan unidad y sustancia y que forman su núcleo duro. Los derechos fundamentales de la persona constituyen una decisión política fundamental en el Estado de Derecho y representan los principios y valores supremos de la Constitución que no pueden ser afectados por la reforma «parcial» ni modificados por el procedimiento del Artículo 206º de la Constitución.

Y la reforma o revisión «total» sometida a referéndum por el Artículo 32° Numeral 1. de la Constitución, como función propia del poder constituyente, si puede modificar el núcleo duro de la Constitución, adoptando un nuevo cuadro de decisiones políticas fundamentales, de principios y valores superiores, y de derechos fundamentales.

De esta manera, Landa Arroyo comenta que «la sentencia del Tribunal Constitucional estableció que el Congreso, por sí sólo, se encuentra habilitado sólo para efectuar la reforma parcial de la Constitución; mientras que, si quisiera llevar a cabo una reforma total de la Constitución –artículo 32 de la misma–, debería convocarse al poder constituyente. Es decir, el Congreso sólo podría elaborar un proyecto de Constitución que luego debe someter, necesariamente, a la voluntad popular, mediante referéndum constitucional» [134].

Desde la perspectiva del tribunal, si el Artículo 32º Numeral 1. autoriza la reforma «total» sometiendo su aprobación a referéndum, es pertinente subrayar que la parte final del mismo Artículo 32º prohíbe que

134. Landa Arroyo, op. cit., pp. 317-318.

en dicha reforma «total», cuya aprobación requiere de referéndum, se someta la supresión o disminución de derechos fundamentales; en consecuencia, desde esta perspectiva, la supresión y disminución de los derechos fundamentales, inclusive, no pueden ser materia de la reforma «total», y del procedimiento previsto por el Artículo 32º Numeral 1., constituyendo también un verdadero límite material explícito frente al poder constituyente, porque si bien es cierto que el procedimiento de la reforma «total» requiere someterse a referéndum al pueblo, la parte final del mismo artículo señala que «no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona», lo que importa una limitación al propio poder constituyente del pueblo.

Al respecto, Peter Häberle apunta que «las limitaciones al proceso constituyente: para el político del poder o de la realidad no serán ningún tema, así como tampoco se plantea la cuestión de las límites al poder constituyente «todopoderoso» dentro de la cuestionable doctrina de que el constituyente decide «normativamente a partir de la nada» («decisionismo»)» [135]; sin embargo, aclara con firmeza que ésto «es diferente en la teoría del Estado constitucional, en el cual hay límites que se derivan de su tipo: dignidad humana, derechos humanos, democracia y división de poderes son (citados ya con frecuencia en el preámbulo) datos «ideales», que si no se respetan, conducen a que ya no se pueda hablar de «Estado constitucional» [136].

Todo esto incide sobre el control a cargo del Tribunal Constitucional de la reforma constitucional porque en caso una reforma «parcial» aprobada bajo el procedimiento del Artículo 206º, modifique y afecte el núcleo duro de la Constitución, suprimiendo o disminuyendo derechos fundamentales, no se trata sólo de un problema de relevancia material o sustancial que el tribunal no tenga la facultad de someter a control, sino que se trata, además e inseparablemente, de un vicio grave incurrido en el procedimiento adoptado para llevarla a cabo, en la medida que si se trataba de modificar y afectar el núcleo duro y los derechos fundamentales, se debió seguir el procedimiento de reforma «total» del Artículo 32º Numeral 1., que si puede hacerlo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, aunque no se pueda someter a referéndum la supresión y disminución de los derechos fundamentales según la parte final del Artícu-

135. Peter Häberle, El Estado constitucional...» op.cit. p. 288.

136. Peter Häberle, op. cit., p. 288.

lo 32° desde el otro punto de vista por tratarse de una limitación al propio poder constituyente.

En tal caso estaríamos ante la hipótesis del «fraude constitucional», el cual, según García Toma «Surge cuando a través del proceso de reforma se procede a modificar la fórmula política y los valores consagrados por el poder constituyente originario. En tal virtud, el fraude pondría de manifiesto el enfrentamiento entre la operación de reforma-en cuanto actividad amparada por el sistema de legalidad-y el orden de principios políticos, económicos y sociales; así como los vicios éticos en que descansa la legitimidad de la constitucionalidad de un Estado».[137]

En fin, desde cualquier punto de vista, el control material de la reforma «parcial» a cargo del tribunal termina reconducido a un control de carácter formal y procedimental de la misma en el caso peruano, de modo similar al español. Es decir que, el límite material erigido al poder reformador de la Constitución depositado en el órgano legislativo ordinario, puede ser superado únicamente si la reforma en cuestión en lugar de ser aprobada mediante el procedimiento previsto en el Artículo 206º de la Constitución, para que aquel ejerza dicha competencia, fuera sancionada por el poder constituyente originario, radicado en el pueblo, conforme al procedimiento para la reforma «total» señalado por la sentencia del Tribunal Constitucional. Pero, en tanto no se recurra a éste, es evidente que el poder reformador (constituyente derivado) del Congreso o Parlamento es insuficiente para producir una reforma que afecte, de cualquier manera, las decisiones políticas fundamentales, los principios y los valores superiores de la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales que esta reconoce y garantiza. O, lo que es lo mismo, nos encontramos, en tal caso, ante una situación en la que el poder legislativo, al pretender reformar la Constitución en aquellas materias, excede su propia competencia, lo que, sin duda, afecta el principio de supremacía de la Constitución, la separación de poderes y el Estado de Derecho, justificando, con ello, la actuación correctora del Tribunal Constitucional, en orden a defender la Constitución en su esencia y fundamentos.

POR TANTO:

A Usted, señor Presidente, pedimos tener por presentada esta demanda y tramitarla con arreglo a ley.

Lima, 1º de Marzo del 2005

137. García Toma, op.cit.,p.569.

PRIMER OTROSI DECIMOS:

CERTIFICACION DE FIRMAS DE CIUDADANOS.

Acompañamos la *Resolución Nº 030-2005-JNE, su fecha 24 de Febrero de 2005,* expedida por el Jurado Nacional de Elecciones, que hace suya la certificación efectuada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) que acredita la autenticidad de 6,744 firmas de ciudadanos que interponen Acción de In constitucionalidad contra la Ley Nº 28389. ANEXO 1-A

Se acompaña, asimismo, copia de la publicación de dicha resolución, efectuada en el diario oficial «El Peruano» correspondiente al Sábado 26 de Febrero de 2005, Normas Legales, Pág. 88021. ANEXO 1-B

SEGUDO OTROSI DECIMOS:

EMPLAZAMIENTO AL CONGRESO DE LA REPUBLICA.

De conformidad con el artículo 106º inciso 1) del CPCO, deberá emplazarse con la presente demanda al Congreso de la República, o en caso de receso de éste a la Comisión Permanente, a cuyo efecto se le notificará con copia de la misma y sus recaudos en su domicilio real y procesal sito en Plaza Bolívar s/n, Cercado de Lima, Provincia de Lima.

TERCER OTROSI DECIMOS:

DESIGNACION DE APODERADO.

De conformidad con el artículo 99º del CPCO designamos como nuestro Representante al ciudadano Raúl Vizcardo Otazo, identificado con DNI Nº 25538863.

Asimismo, designamos como representantes sustitutos, a los señores: Jorge Salazar Ascencio, con DNI. 09140327, Jesús Jerí Céspedes, con DNI. 09371312, Máximo Ramos Arias, con DNI. 08209113, Pedro Fernández García, con DNI. 07513416 y Raymundo Valverde Rosales, con DNI. 062154925.

CUARTO OTROSI DECIMOS :

DOCUMENTACION RELEVANTE.

Con el propósito de coadyuvar al estudio de la presente petición, acompañamos copia de la siguiente documentación:

1) Proyecto de Ley de Reforma Constitucional y su Exposición de Motivos.

ANEXO 1-C

2) Dictámen de la Comisión de Constitución del Congreso sobre el proyecto de Ley de Reforma Constitucional. ANEXO 1-D

3) Texto de la Ley Nº 28389, Ley de Reforma Constitucional, publicada en el diario oficial «El Peruano», el 17 de Noviembre de 2004. ANEXO 1-E

4) Texto de la Ley Nº 28449, Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530, publicada en el diario oficial «El Peruano» el 30 de Diciembre de 2004. ANEXO 1-F

6) Copia de la Resolución Defensorial 012-2004/DP. ANEXO 1-G

QUINTO OTROSI DECIMOS:

DESIGNACION DE ABOGADOS.

De conformidad con el artículo 99º del CPCO, designamos como nuestros Abogados patrocinantes a los Doctores Carlos Blancas Bustamante, con Registro C.A.L. N° 7513, Javier Mujica Petit, con Registro C.A.L. Nº 31741 y Eddie Cajaleón Castilla, con Registro C.A.L. No. 21670

SEXTO OTROSI DECIMOS:

PERSONAS AUTORIZADAS A CONOCER EL EXPEDIENTE.

Según lo dispuesto por el artículo 138º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente de conformidad con la Primera Disposición Complementaria y Final de dicho cuerpo legal, acreditamos como personas autorizadas para examinar los autos y tomar nota de su contenido a los señores: César López Fuertes, identificado con DNI. No. 08126518, Justo Quispe Montoya, identificado con DNI. No. 08476131, Mario Chávez Rabanal, identificado con DNI. No. 40512374, David Grandez Carrasco, identificado con DNI. No. 41787992 y Marco Antonio Flores Salazar, identificado con DNI. No. 41842337.

SEPTIMO OTROSI DECIMOS:

COPIAS PARA LA EMPLAZADA.

Acompañamos copia de la demanda y sus recaudos para la notificación a la emplazada, el Congreso de la República.

Fecha ut supra.



Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina
Nº 1 - Año I - setiembre, Lima 2005

Recensiones y Entrevistas

- Pedro Grández:
  «Jueces y justicia en tiempos de constitucionalismo». Entrevista a Luis Prieto Sanchís

- Enrique Belda:
  Recensión a *Textos Constitucionales Históricos*

- Betzabé Marciani:
  Recensión al libro *La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal*

Jueces y Justicia en tiempos de Constitucionalismo

Entrevista al Profesor **Luis Prieto Sanchís**
Por Pedro P. Grández Castro

El Profesor Luis Prieto, es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla la Mancha (Campus de Toledo). Sus trabajos de investigación se han desarrollado en un punto de conexión entre teoría del derecho, filosofía y derecho constitucional, logrando una visión integral del derecho y la justicia, convirtiéndole así en un jurista de ineludible lectura para comprender el fenómeno jurídico de nuestro tiempo. Debo dejar constancia de mi agradecimiento al Profesor Luis Prieto, que se ha mostrado siempre abierto a colaborar con proyectos académicos, lo que nos ha permitido compartir sus conocimientos editando algunos de sus trabajos para los lectores peruanos, igualmente, al área de Filosofía del Derecho del Campus de Toledo de la Universidad de Castilla la Mancha, que en esta y en otras ocasiones, han sido gentiles en todo cuanto he necesitado.(PG)

Pedro Grández (PG). Profesor Prieto, sus trabajos, desde sus inicios, han consistido en una reflexión vinculada a la actividad de los Jueces en el Estado democrático, esto lo ha llevado desde la filosofía, al Derecho Constitucional, lo que le ha permitido además, según creo, una visión completa del panorama que hoy se observa con más claridad en Europa, sobre el protagonismo de los jueces en nuestras sociedades contemporáneas. ¿Hay diría un usted, un «nuevo» Juez europeo, paradigmáticamente distinto al Juez de Montesquieu?

Luis Prieto (LP). Ante todo, hablar de un «juez europeo» tal vez aún resulte prematuro, dado que el proceso de integración jurídica europea se halla lejos de alcanzar la madurez indispensable como para alumbrar un verdadero sistema jurídico común. En otras palabras, las tradiciones nacionales tie-

nen un peso decisivo y, como digo, es aventurado pensar en un modelo uniforme de juez europeo.

No obstante, en líneas generales, en Europa parece haber triunfado en las últimas décadas un constitucionalismo de los derechos dotado de un denso contenido material y de una fuerza jurídica incuestionable que propicia la aparición de un juez mucho más consciente de que su tarea no se limita a la aplicación de la ley, cualquiera que ésta sea y cualquiera que sean los resultados de su aplicación, sino que exige ante todo la toma en consideración de los preceptos constitucionales. Con todo lo que ello supone, que es mucho si tomamos como referencia la divulgada idea de Montesquieu; por ejemplo, creo que, claramente, el juez ya no se concibe como un obediente servidor del gobierno o de la mayoría legislativa -algo muy presente en la organización judicial decimonónica- sino como un defensor de los derechos incluso contra esa mayoría.

P.G. Pareciera, al menos en la producción bibliográfica, que desde el garantismo, el neoconstitucionalismo, el nuevo republicanismo; como que puede hablarse ya de una cierta tendencia ideológica predominante entre los juristas de la Europa de comienzos del siglo XXI. ¿Lo ve usted en estos términos?, ¿sucede igual con la magistratura europea?

L.P. Yo dudo mucho que haya una, y sólo una, nueva ideología política en Europa; y dudo mucho más que esa ideología sea el neoconstitucionalismo o su pariente cercano, el garantismo. Por desgracia, las varias ideologías que recorren Europa son en bastantes casos, menos estimulantes. Y, a veces paradójicas; por ejemplo, tiende a conjugarse un aldeanismo comunitarista con un economicismo globalizador que está muy lejos de los ideales ilustrados.

Precisamente, creo que el nuevo constitucionalismo de los derechos y de las garantías (que, en realidad, es nuevo sobre todo para los europeos) es la ideología de los viejos ilustrados. Hoy, como ayer, una minoría. Me gustaría pensar, sin embargo, que el constitucionalismo fuese la cultura jurídica hegemónica entre los magistrados. Pero lo dudo.

P.G. Usted ha participado en la década del 90, de lo que fue, y me parece que usted así lo ha rotulado, «el redescubrimiento de los Principios». ¿Qué queda por esclarecer en este debate?. ¿Cual es su relación con la postulación de una ideología como el neoconstitucionalismo, por ejemplo?, pregunto esto, porque tengo la intuición de que es este debate, que se iniciara con la polémica entre Dworkin y Hart, el que ha concluido «alumbrando» un nuevo paradigma para la teoría del Derecho, como llaman ya algunos, al Neoconstitucionalismo.

L.P. El debate teórico ha sido y sigue siendo interesante y esclarecedor. Pero, más allá de las posiciones de cada uno, creo que la discusión en sí misma revelaba o era un síntoma de los nuevos desafíos que para la comprensión y aplicación del Derecho presenta el tipo de constitucionalismo que se ha desarrollado en los últimos años. Y, sin duda, esos desafíos siguen mereciendo atención.

En cuanto al neoconstitucionalismo como ideología, puede ser entendido de varias maneras; y yo no comparto todas. Por ejemplo, sí comparto la idea nuclear de la limitación del poder y de la defensa de los derechos: lo que pudiéramos llamar el neoconstitucionalismo como filosofía política. Sin embargo, no creo -como creen algunos- que con ello se cancele la separación entre Derecho y moral, ni que de ahí nazca sin más una obligación general de obediencia a las normas, ni, en fin, que todo este proceso nos transforme a los juristas en comprometidos militantes defensores del Derecho positivo, de cualquier Derecho positivo nacido de una Constitución.

P.G. Estas tendencias de las que hemos venido hablando, contrastan en el plano judicial con una llamada «Magistratura democrática», que sin embargo, se ve, por la estructura misma del derecho de «tiempos del constitucionalismo», en la necesidad real de ejercitar un espacio de discrecionalidad, en donde los controles son la pieza fundamental para su legitimación. ¿Cómo encuentra usted estos contrastes?.

L.P. Bien sé que la expresión «Magistratura democrática» tiene un nobilísimo origen. Personalmente, no me parece muy acertada: la magistratura al servicio de los derechos y de las garantías, ni es democrática -porque no es elegida democráticamente, ni debe serlo- ni tiene por función servir a la democracia, sino más bien eventualmente poner coto a sus decisiones.

Por lo que se refiere a la discrecionalidad, ésta me parece incuestionable; más aún en el marco del constitucionalismo y del consiguiente juicio de ponderación. Sin embargo, la tentación de pensar en controles externos -o sea, políticos- debe ser rigurosamente excluida. No cabe pensar en otros controles que no sean los propios del sistema judicial de recursos. Y, eso sí, en una creciente y más rigurosa cultura de la motivación: las leyes se legitiman por la autoridad de la que proceden; las sentencias sólo por sus buenas razones.

P.G. Este mayor protagonismo de los jueces, pareciera que tiene también sus riesgos. ¿Qué opinión tiene de los llamados «jueces estrella».?

L.P. Si un juez es estrella porque se ocupa de casos importantes y de relevancia pública, porque aplica con rigor el Derecho también a los poderosos de toda especie, bienvenido sea. Si un juez es estrella porque, a través

del uso y abuso de los medios de comunicación, pretende medrar en su profesión o, más frecuentemente, en otra distinta, debe acudir al siquiatra. y, si su caso no tiene cura, cambiar de profesión.

Con todo, el mejor y más fácil remedio contra los jueces estrella consiste en suprimir las jurisdicciones especiales o especializadas (se perdonará que un filósofo del Derecho no sepa distinguir bien entre unas y otras). El juez natural nunca puede ser un juez estrella; a lo sumo, una estrella fugaz.

P.G. En un escenario como el que viene usted perfilando a lo largo de este diálogo, y con profundidad, a través de sus múltiples trabajos, la interpretación jurídica, se ha vuelto un «saco roto». Pareciera por tanto, que hay necesidad de reconstruir una teoría acorde con el estado Democrático, como parece desprenderse de la obra de autores como el Profesor Atienza, quien ha propuesto que tal reconstrucción pasa necesariamente, por asumir con seriedad una teoría de la Argumentación compatible con el Estado Constitucional de Derecho. Qué comentario tiene usted al respecto.

L.P. Estoy completamente de acuerdo con el sentido de la pregunta. Ya he dicho que la única legitimidad o justificación de las sentencias procede de sus buenas razones. Cuanto más difícil sea la aplicación del Derecho, y parece que en el marco del constitucionalismo de los derechos esa dificultad es creciente, mayor tiene que ser la exigencia de motivación. A tal fin quiere servir la teoría de la argumentación, que es, desde esta perspectiva, una consecuencia necesaria del constitucionalismo.

P.G. La justicia Constitucional ha sido uno de los grandes temas de su investigación en los últimos años. Qué comentarios le sugieren las permanentes contradicciones, cuando no enfrentamientos, entre justicia ordinaria y justicia constitucional en Europa.

L.P. La existencia de conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional me

parece irremediable, especialmente en la actual situación jurídica. En línea de principio, esos conflictos tal vez sólo desaparecerían si el Tribunal Constitucional sólo se ocupase de problemas de constitucionalidad, y la jurisdicción ordinaria de legalidad. Pero, como digo, esto ni es ni puede ser así. Basta pensar en el efecto irradiación o impregnación: la Constitución ofrece respuestas o, al menos, orientaciones de sentido en todas las esferas jurídicas, que están lógicamente sometidas también a la ley.

Por lo demás, he tenido oportunidad de decirlo incluso por escrito: a mi juicio, no hay ninguna razón jurídica para mantener una justicia constitucional separada de la ordinaria. Tal vez hubo en su día razones políticas, pero incluso éstas creo que han desaparecido.

P.G. Este planteamiento suyo, ¿supone el control constitucional dentro del Poder Judicial?; sin embargo, sobre todo en América Latina, la tendencia es más bien hacia una presencia cada vez mayor de los Tribunales Constitucionales, y la adhesión de la doctrina constitucional a este planteamiento casi no tiene opositores. ¿Cuáles son sus argumentos centrales sobre este punto?.

La forma de organizar la justicia constitucional depende de la tradición jurídica y de las características políticas de cada país. Por ejemplo, yo creo que en la España de 1978 se estableció un TC principalmente porque no se confiaba demasiado en la «sensibilidad constitucional» de los jueces ordinarios. Y, por lo demás, hay que reconocer que el TC español ha realizado una tarea muy meritoria y digna de aplauso, sobre todo en su primera etapa. Yo creo, sin embargo, que no hay razones jurídicas para una Justicia Constitucional separada de la ordinaria. Al contrario, las razones jurídicas militan en contra de su existencia. Y el motivo es muy sencillo: si la Constitución no es ya una «norma normarum» a lo Kelsen, encargada sólo de distribuir y organizar el poder entre los órganos estatales, sino que es una norma con un amplio y denso contenido sustantivo que los jueces ordinarios deben conocer y aplicar a todo conflicto jurídico, ¿para qué un Tribunal Constitucional?. Si no existe separación en el Derecho sustantivo, ¿por qué ha de existir en el Derecho procesal o en la organización judicial?. Repasemos las competencias del Tribunal Constitucional: en el recurso de amparo el TC. opera de hecho, como una última instancia, luego no está separado de la justicia ordinaria. En los procesos de inconstitucionalidad presenta ciertamente la ventaja de pronunciar sentencias sobre la validez de las leyes con eficacia *erga omnes*, pero dada la extraordinaria y comprensible cautela con que actúa en estos procesos, un efecto semejante tendría la técnica desaplicadora por parte de la jurisdicción ordinaria. Y, en fin, los conflictos de competencia debo reconocer que me interesan poco, pero acaso este pudiera ser el único sentido del TC, paradójicamente una vuelta a Weimar.

P.G. Acaba de fallecer uno de los paradigmas de la reflexión filosófica de la Europa Democrática, me refiero a Norberto Bobbio, cual es su legado en la construcción de la tradición democrática europea.

L.P. No seré yo quien descubra ahora la importancia de Bobbio para la cultura europea del siglo XX. Tampoco soy el más adecuado para trazar su semblanza en unas pocas líneas. Diré tan sólo que su obra resulta sencillamente decisiva en la renovación de la filosofía del Derecho española. No sólo Bobbio, pero quizás sobre todo Bobbio.

P.G. Desde la teoría general o la filosofía, cual diría usted son las tendencias más influyentes en la Europa de comienzos del siglo XXI.

L.P. La pregunta no tiene una fácil respuesta, aunque sólo sea porque los filósofos del Derecho se ocupan de cuestiones muy heterogéneas y es difícil hablar de «escuelas» o corrientes con respuestas articuladas para todas esas cuestiones. No obstante, como mera aproximación, creo que en la esfera de la filosofía política es incuestionable la influencia de la ética comunicativa y, en general, de los planteamientos de Habermas; por ejemplo, parece estar muy de moda el patriotismo constitucional y otras cosas por el estilo. No puedo decir que yo simpatice con todas sus implicaciones y consecuencias.

En el ámbito de la teoría del Derecho siguen muy presentes las tradiciones analítica y hermenéutica, si bien me parece que la tensión entre ellas resulta hoy mucho más atenuada. Como parece atenuada también la tensión entre iusnaturalismo y positivismo: creo que casi nadie es una u otra cosa «a todos los efectos».

P.G. En cuanto a usted, cuéntenos un poco, sobre los temas a los que ahora dedica su atención en el campo de sus investigaciones.

L.P. Sinceramente, no creo que la pregunta tenga mucho interés. Me parece algo

pretencioso hablar de «mis investigaciones», si es que existe tal cosa. Baste decir que mi próximo compromiso es hacer un trabajo sobre Ferrajoli para un volumen colectivo que prepara mi buen amigo Miguel Carbonell en México. Así que mi tarea más inmediata consiste en releer a Ferrajoli, una tarea por lo demás muy gratificante y recomendable.

Toledo, abril de 2005.

Textos Constitucionales Históricos. El constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos. Díaz Revorio, Francisco Javier (comp.):

Ed. Palestra, Lima, 2004.

Reseña a cargo de **Enrique Belda Pérez-Pedrero.**
Profesor Titular de Derecho Constitucional (UCLM). España.

El análisis, o en ocasiones, simplemente el recuerdo de las Constituciones pasadas, ha sido relegado en España, dentro del ámbito del derecho constitucional, a un papel claramente secundario desde la promulgación de la Carta Magna de 1978. Comprensible reacción desde una doctrina anhelante de explicar los fundamentos de su derecho positivo y deseosa de trabajar sobre realidades, toda vez que durante mucho tiempo el estudio del constitucionalismo histórico fue posible ante la inapetencia del análisis de leyes políticas poco homologables con el verdadero contenido de la palabra Constitución. Grandes autores, como por ejemplo Sánchez Agesta, se interesaron por esta parcela de conocimiento en franca competencia con la Historia del Derecho.

La Constitución española vigente, como digo, reduce el interés por el pasado. Sin embargo, es opinión pacífica, y así se refleja hasta en los programas docentes, la inescindible base que determinados textos históricos o contemporáneos, otorgan a la Ley de Leyes de 1978. En parecida situación se encuentra toda Constitución actual del entorno europeo o americano. Javier Díaz Revorio pone en evidencia con la compilación que vamos a comentar la necesidad de recuerdo y consulta de las raíces jurídicas de las normas de hoy. En unos tiempos perfectos para el acceso inmediato a millones de documentos jurídicos en la red, entre los que se encuentran los expuestos en esta publicación, alguien podría preguntar por la utilidad de este esfuerzo. Habría, en ese caso que responder que no es lo mismo. Un libro, al margen de las preferencias que cada uno puede tener para investigar o estudiar, es el campo de pruebas ideal para la sistemática. Los recursos telemáticos llueven sobre el buscador jurídico, que incluso si es avezado en el uso de internet, obtiene en varios segundos la cita legal presente o pasada que desee. Los propios

portales jurídicos van ganando un alto grado de sistematismo y acierto selectivo para ofrecer a los operadores algo más que cantidad de información (lo más pernicioso de la red): se persigue ya la clave de los contenidos. Pues bien, con un libro en la mano se delimita ese conocimiento que debe transmitirse si se sabe, como es el caso, para qué y para quiénes.

El compilador y su equipo saben para qué y para quiénes trabajan. De una parte se pretende exponer el conjunto jurídico, ideológico y formal del que bebe la actualidad constitucional. Este campo permite cierta delimitación con textos ejemplificadores, aunque como señala el autor no sean todos los que están. De otra parte, saber que los receptores de estos trabajos gustan del sosiego de la lectura. Es obligado recordar al respecto que la universalización de recursos informáticos de las universidades y centros de estudio de Europa Occidental queda en mera generalización, tanto para el docente-investigador como para el estudiante, en otras naciones para las que esta publicación está también destinada en su contenido. Por ello, guarda un matiz de difusión en sus destinatarios. De cualquier manera, como se demuestra al final de la compilación, el material se extrae de la muy práctica (como decimos, no siempre selectiva y racional) red de información. Esa es la principal utilidad que ofrecen los datos ofrecidos en internet para el derecho pretérito.

Entrando en el contenido de la obra, este se presenta como una estructura de fácil acceso tendente al manejo inmediato que exige todo libro de consulta. Tras dos estudios preliminares introductorios: «el valor histórico de la Constitución» y «el constitucionalismo latinoamericano y sus influencias» a cargo respectivamente de Díaz Revorio y Domingo García Belaunde; desarrolla en cuatro capítulos sucesivos los pilares históricos de la actual concepción constitucional. Primero recopila los cuatro textos indispensables que usa y exporta el constitucionalismo inglés: la Carta magna de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Amendment Act* de 1679, y el *Bill of Rights* de 1689. En el capítulo segundo aborda la herencia norteamericana: la Declaración de Independencia y la Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Constitución de los Estados Unidos de América (1787) y las diez primeras enmiendas (*Bill of Rights),* de 1791. En el tercero, las bases de origen francés: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Constitución francesa de 1791, y Actas constitucionales de 1793. Finalmente, un extenso cuarto capítulo en el cual se seleccionan las piezas inspiradoras más recientes (en algún caso vigentes) del constitucionalismo actual, incluyendo textos de influencia marcadamente regional, en el ámbito centro y sudamericano. Se desarrolla bajo un acertado epígrafe: «El desarrollo del constitucionalismo: del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social y democrático», con lo cuál, además, estructuralmente se enlazan en la com-

pilación textos vigentes con remotísimos antecedentes, como la Carta magna de 1215 contenida en el capítulo referente a la influencia inglesa. Las constituciones elegidas son la Española de 1812, la Argentina de 1853, la Mexicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1919, la de la República española de 1931, la de Cuba de 1940, la Italiana de 1947 y la Alemana de 1949; así como el preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 y la actual de 1958. Todos los textos constitucionales se acompañan de una introducción temporal e histórico política que ubica con precisión al lector, pero sin perder de vista la brevedad y utilidad que las finalidades de consulta requieren en una obra de estas características.

Merecen un comentario especial, ciertamente más detenido, las aportaciones preliminares de Díaz Revorio y García Belaunde.

La firmada por el primero, bajo el título «el valor histórico de la Constitución» se caracteriza por hacer presente en toda Ley de Leyes vigente, una serie de pautas alumbradas a partir de una interpretación evolutiva de los textos históricos que se han seleccionado. Díaz Revorio subraya cuatro: la garantía de derechos, la separación de poderes, el principio democrático y el valor de la Constitución como norma suprema. La presencia de esos elementos es determinante en el reconocimiento de una verdadera Constitución frente a los textos que se autodenominan como tales sin poder ser «normalizados» a la vista de unos parámetros heredados de la tradición histórica destilada por la Historia Constitucional y recogidos en las Cartas de nuestro entorno democrático.

La vigencia de esas claves se evidencia con el estudio de cualquier sistema, al que se requieren tres muestras efectivas: una limitación del Poder, el sometimiento pleno de las instituciones al Derecho, y la existencia de espacios reservados a la actividad personal (sin injerencia del Poder y dentro del Derecho, se entiende).

En cuando a la vertiente formal del término Constitución, y ante la selección básica de normas procedentes de la tradición británica, Díaz Revorio estima que es más sencillo cumplir las funciones encomendadas a un texto constitucional desde la forma escrita, pero precisando que aunque ello importe, no es aval para el reconocimiento de un texto que se autoproclame como tal. Añadiríamos que, en cualquier caso, sí permite identificar con más facilidad, y tras una constatación con la práctica institucional y de relaciones con los ciudadanos, cuándo estamos ante una obra meramente nominal.

El compilador también se detiene en relatar las principales influencias que a su juicio demuestran las corrientes clásicas llamadas a su libro. Por lo que se refiere a la británica, se perfila como extraordinariamente influyente, puede que por ser la primera en el tiempo y por la exportabilidad de sus pecu-

liaridades a marcos constitucionales que, aún inspirados en circunstancias históricas y corrientes de pensamiento jurídico distinto, siempre se fijan en elementos de este sistema. Por ejemplo, la vigencia de las costumbres y precedentes judiciales.

Pero sin duda, la institución jurídica básica como objeto de traslación es el Parlamentarismo, o más bien, sus valores. Es la señal de sometimiento del Poder al Derecho, a través de una evolución lenta: se inicia en el siglo XIII como una lucha por restar parcelas de Poder al monarca. Experimenta un salto cualitativo en el siglo XVIII, y se afianza en un marco evolutivo durante el siglo XIX. No sólo sus valores o espíritu se proyectan al exterior, también la propia organización y práctica, alumbrando el Derecho Parlamentario. En este marco ha de recordarse que con anterioridad a Francia o Estados Unidos, el funcionamiento interno del Parlamento Británico posibilitaba reconocer prácticas actualmente vigentes, de las que Díaz Revorio destaca las primeras deliberaciones de carácter moderno.

En lo relativo al germen francés, nacido de los procesos revolucionarios del siglo XVIII, se subraya de manera más destacada el perfeccionamiento de un modelo de separación de poderes. Las circunstancias históricas de esa nación, sin embargo, marcan cierta línea de debilidad en el concepto de Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico: desde un principio se trataba de fortalecer la Ley como producto del Parlamento, de esta manera la institución que la elabora adquiere fuerza frente al monarca. La crisis del Estado Liberal de Derecho, ya en el siglo XX permite eludir esta consecuencia fortaleciendo la Ley de Leyes con el nacimiento, además, en el derecho continental, de una justicia constitucional.

Las influencias de Estados Unidos son coetáneas o en algún caso anteriores a las francesas, aunque dispares. En esa joven nación se apostó por evitar el despotismo del Poder Legislativo con un fortalecimiento del Ejecutivo que se concreta en un Presidente fuerte. El presidencialismo, junto con el Federalismo y el *judicial review,* son los caracteres aportados por un sistema, explicado por su contexto histórico de formación, la dispersión geográfica y la situación socio-política del último tercio del siglo XVIII. Respecto de lo que importa al objeto del estudio, la fortaleza de la Constitución en los aspectos materiales y formales, el sistema de control jurisdiccional difuso nacido de la experiencia americana y de la archiconocida resolución del caso Marbury *v.* Madison, de 1803, consigue tal objetivo y es inspiración para buena parte de los sistemas constitucionales de las nuevas repúblicas del continente, a lo largo de los dos siglos siguientes.

Diaz Revorio ha encuadrado en el último y más extenso capítulo de la compilación, las normas de un pasado reciente que en muchos casos permanecen vigentes, y que muestran la evolución del derecho constitucional. Las señas de identidad de estos textos frente a los primeros pasos del constitucionalismo tratados en los capítulos precedentes son, según piensa en su estudio preliminar el profesor toledano: la participación social y el sufragio universal, a nivel político; los nuevos derechos económicos y prestacionales, así como la indagación y fundamento de nuevos derechos individuales o colectivos, a partir de la segunda mitad del siglo XX. También, para Europa, esa centuria marca el nacimiento y consolidación de la Justicia Constitucional de carácter concentrado.

Concluye el autor reseñando la vigencia de los valores, ideas y conceptos del acervo histórico-jurídico que comenta, siempre que se advierta la necesaria incorporación de nuevos elementos estructurales, como los que afectan a los Estados en los procesos de integración supranacional.

Al respecto estimo modestamente dos cosas: primero que el campo de los valores que toda Constitución tiene (y son la vida misma de su vertiente ideológica, como el autor propaga muy bien a través de magníficos libros como *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997), se encuentra abonado por la relectura de las esencias de nuestros sistemas, que se reconocen en el espejo de varias de las instituciones jurídicas recordadas en esta compilación. El presente de los necesarios cambios organizativos de instituciones y la creación o redefinición de derechos demandan la tutela de la tradición histórica en un porcentaje nada desdeñable, para no entregarse a las necesidades prácticas sin cuartel (sin reflexión sobre el contenido de la esencialidad de cada figura jurídica a reformar).

En segundo lugar, ha de tenerse presente, al hilo de la integración supranacional y otros procesos de intercambio poblacional, y de alteraciones de soberanía con sus conexiones territoriales; que el ordenamiento jurídico se aplica sobre un modelo de Estado sometido habitualmente a crisis y cuyos elementos han evolucionado con más rapidez que la adaptación de sus marcos constitucionales. Así, los tres elementos tradicionales que constituyen el Estado, se desdibujan diariamente y ello se proyecta tanto en las instituciones como en los derechos. La Población trasciende legal o ilegalmente de las fronteras de los Estados, el Poder Político de ejerce desde múltiples núcleos de decisión, en ocasiones sin consentimiento del propio Estado receptor (Por ejemplo, la Unión Europea puede imponer a un Estado el régimen de su producción agraria) y finalmente, el Territorio, dentro de determinadas parcelas de integración transnacional, o simplemente en manifestaciones de la vida diaria (intercambio de información) se presenta como un reducto de referen-

cia cada vez más ignorado. En definitiva, si el constitucionalismo se ha venido adaptando a través de los siglos a una evolución, y puede aún leerse algún extremo de un texto de 1215, es menester afrontar los nuevos retos desde la evolución reflexiva y con la presencia de las obras fructíferas del pasado.

Por último me referiré al segundo estudio preliminar firmado por el titular de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Perú, el prestigioso profesor García Belaunde. En su habitual línea expositiva de claridad, repasa las bases filosóficas y formales de los textos compilados en el preámbulo denominado «el constitucionalismo latinoamericano y sus influencias», poniendo en evidencia la estrecha relación de pasado y presente entre las Constituciones del Centro y el Sur de América, así como las influencias norteamericanas y europeas.

García Belaunde enlaza la trayectoria histórica derivada de la colonización de los distintos países americanos, diferenciando a ciertos efectos el Brasil, de el resto de naciones. A nivel de derechos fundamentales marca como incuestionable la influencia de las cartas americanas: La Declaración de 1776 y la Constitución de 1787. En el campo de la organización política e institucional y ante la creación de nuevas repúblicas a lo largo del siglo XIX, se plantea la elección entre la forma monárquica y la republicana, optándose por la segunda y con preeminencia de los sistemas presidencialistas.

Presidencialismo y Federalismo son las primeras llaves de identificación de muchos de los nuevos sistemas. Del federalismo subraya su trayectoria desigual a pesar de las ventajas de su planteamiento inicial para los nuevos países, (especialmente los más elevados en extensión geográfica, añadimos), ya que ofrece un mecanismo de unidad hacia el exterior y permite resortes de diversidad dentro de las fronteras.

Junto a la influencia norteamericana, convive el impulso revolucionario francés, con una amplia difusión de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, incorporada a las primeras constituciones, así como la importación de determinadas instituciones organizativas españolas (aunque también con claras raíces galas), como las corporaciones locales. García Belaunde reseña asimismo la impronta de perfil propio que intercambian las jóvenes naciones, mediante ejemplos como la institución jurídica del Amparo, contenido en la Constitución del Estado de Yucatán (1841), o el control constitucional de leyes, en ese mismo lugar y fecha.

Como Díaz Revorio, García Belaunde también alude a la incidencia de los proyectos de integración trasnacional, que tienen en Latinoamérica el brillante antecedente del bolivariano plan de *Federación de los Andes*, que data de 1825.

Una vez analizado el contenido de esta compilación, sólo procede invitar al investigador, al docente y a todo operador jurídico, al uso y consulta de esta obra. El acierto selectivo es paralelo a la riqueza de matices que encierran las obras jurídicas de referencia, que se pueden ganar a pulso, en la mayor parte de los casos, el calificativo de *textos básicos del constitucionalismo*. Esperemos que la Constitución española de 1978 sea escogido en un futuro próximo por nuevos compiladores, como ejemplo de la consagración de los auténticos principios, valores y técnicas constitucionales.

La influencia de la Ley de Leyes española es ya una realidad, y se contemplan muchos de sus avances territoriales, garantísticos u orgánicos, en los procesos institucionales y de reforma de buena parte de los países americanos. Una norma se puede erigir en referente interno o externo, si la correcta elaboración formal se combina con un contenido racionalizado que cumpla con las finalidades, valores y principios, que la institución o relación social que pretende regular exige. En ese caso, y con toda justicia, la Constitución de 1978 podría haber sido ya incluida como documento en esta obra.

Recensión a *La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal*

Ed. Palestra, Lima, 2004.

Reseña a cargo de **Betzabé Marciani**

El derecho a la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, así como el conflicto entre ambos derechos, son temas de estudio recurrente en el ámbito académico-jurídico. No son pocos los trabajos que, una y otra vez, han procurado explicar la naturaleza y contenido de estos derechos, y proponer la mejor alternativa de solución a su eventual conflicto. No obstante, la actualidad de estos temas justifica sobradamente la importancia de su estudio.

La trascendencia que actualmente tiene la libertad de expresión en el desarrollo del sistema democrático –principalmente en países que, como el nuestro, tratan de superar su histórica tendencia a los regímenes autoritarios– así como la recepción de teorías de corte utilitarista sobre los fundamentos de este derecho, nos proponen una nueva perspectiva acerca de su contenido, límites y relación con otros derechos y bienes jurídicos.

Por otro lado, los continuos excesos de los medios de comunicación, que escudados en una supuesta libertad de expresión atropellan derechos como el honor o a la intimidad no sólo de los denominados personajes públicos sino de los ciudadanos comunes y corrientes, nos obliga a cuestionar la actual situación de dichos derechos y la eficacia de sus mecanismos de protección.

A todo esto habría que añadir que, como dice el profesor Francisco Eguiguren –autor del libro que ahora comentamos–, los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad, aunque antiguos, presentan hoy nuevos desarrollos e incluso originan nuevos derechos (como ocurre con el denominado derecho a la autodeterminación informativa, una derivación del derecho a la intimidad que ha sido poco estudiada en el Perú y –a decir del autor– aún peor desarrollada en nuestra norma constitucional).

Sin embargo, más allá de las razones anteriormente expuestas para justificar la relevancia del estudio de estos temas, consideramos que el principal aporte del presente trabajo es el enfoque personal que propone su autor respecto al problema principal del mismo: el llamado conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y su posible solución.

El profesor Eguiguren ha estado comprometido con los temas que son materia de análisis en este libro desde hace ya varios años, tanto desde su cátedra de Derecho Constitucional, como en el campo de la investigación jurídica[1]. En esta ocasión, el objetivo del libro que nos presenta apunta al estudio detallado de algunos derechos, esencialmente referidos a la intimidad y a la libertad de expresión, y a su conflicto. Este último supuesto se presenta como el problema principal en torno al cual gira la discusión del libro. El autor propone como hipótesis de solución la necesidad de establecer criterios que sirvan a la necesaria ponderación del juez, en cada caso concreto, como única vía posible para resolver los posibles conflictos entre los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad, abandonando, de este modo, cualquier postura que establezca *a priori* la posición preferente de alguno de estos derechos.

En este libro, el autor retoma su tesis propuesta en «Las Libertades de Expresión e Información: Alcances y Límites»[2] y la defiende enfáticamente, a contracorriente de la posición que actualmente mantienen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Constitucional. De este modo, afirma que «(l)a doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión e información encuentra fundamento en un sistema como el de los Estados Unidos, pero no en el régimen constitucional peruano que expresamente, en el artículo 1° de la Carta Política, *tiene a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como principio y deber fundamental del Estado y la Sociedad*»[3]

1. El profesor EGUIGUREN es autor, entre otros, de los siguientes trabajos sobre temas vinculados al derechos a la intimidad y al derecho a la libertad de expresión: «El Hábeas Data y su Desarrollo en el Perú». En: *Derecho.* N.° 51. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 1997; «La Libertad de Información y su Relación con los Derechos a la Intimidad y al Honor: El Caso Peruano». En: *Ius et Praxis*. Revista de la Universidad de Talca, año 6, N.° 1, Chile, 2000; *Estudios Constitucionales.* Lima: ARA Editores, 2002.
2. EGUIGUREN, Francisco. «Las Libertades de Expresión e Información: Alcances y Límites». En: *Derechos Humanos, Democracia y Libertad de Expresión*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002, pp. 115-123.
3. EGUIGUREN, Francisco. *La Libertad de Expresión e Información y el Derecho a la Intimidad Personal*. Lima: Palestra, 2004, p.235.

En efecto, la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión tiene su origen en la tesis de la posición preferente de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana –norma que reconoce, entre otros derechos, al de la libertad de expresión– y ha sido desarrollada a partir de una interpretación de dicha enmienda influenciada por las llamadas teorías democráticas sobre los fundamentos del derecho a la libertad de expresión –preponderantes tanto en la doctrina como en la judicatura norteamericana– que ven en éste más que un derecho individual o una manifestación de la dignidad del individuo, un elemento esencial del sistema democrático de gobierno, instituido por los fundadores de la nueva nación americana como la forma de gobierno inherente a esa nación y reconocida como un valor fundamental en su Constitución.[4] De ahí que se establezca la necesaria primacía de este derecho –cuando se refiera a temas políticos o de interés público– frente a otros intereses, bienes jurídicos o derechos constitucionales. La interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, y con ello el valor preferente que se le otorga a los derechos ahí reconocidos, responde a factores históricos y culturales diferentes a los nuestros. Por eso, reconociendo lo inoportuno de una teoría como la de la posición preferente de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento constitucional –en el que no se establece una jerarquía de derechos fundamentales y donde se consagra como principio rector del sistema jurídico y político al de la dignidad del ser humano–, el profesor Eguiguren rechaza dicha teoría y aconseja la necesaria ponderación en cada caso concreto, aunque con «una orientación general en favor del predominio de la libertad de información»[5], debido a su innegable valor dentro del sistema democrático.

En torno al problema principal de este libro, el autor desarrolla otros temas importantes como el de las restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información por causal de seguridad nacional o de moral pública; los problemas y discusiones actuales sobre los derechos de rectificación y respuesta (este último –como indica Eguiguren– rechazado por nuestro Tribunal Constitucional a partir de una errónea interpretación restrictiva de la Constitución); el derecho a la autodeterminación informativa (cuyo

4. Sobre el tema ver: BORK, Robert. «Neutral Principles and Some First Amendment Problems». En: *Indiana Law Journal.* N° 47, 1971; Meiklejohn, Alexander. «Testimony on the Meaning of the First Amendment», 1955. En: http://w3.trib.com/FACT/1st.meilke.html; Meiklejohn, Alexander. «The First Amendment is an Absolute». En: *Supreme Court Review.* N° 245, 1961; FISS, Owen. *La Ironía de la Libertad de Expresión.* Barcelona: Gedisa, 1999.

5. Eguiguren, Francisco. *Op. cit.*, p. 234.

desarrollo en la norma constitucional es criticado por el autor debido a la no inclusión expresa del derecho de acceso a la información contenida en bases de datos, así como por el uso desafortunado del término *servicios informáticos*); etc.

A nuestro parecer, sin embargo, el aporte más importante del autor es su estudio sobre la naturaleza de la llamada censura previa de la libertad de expresión.

En contraposición a la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –que han calificado de censura previa, incluso, las decisiones que pueda tomar un tribunal nacional a efectos de impedir la difusión de algún tipo de información o de expresión que pueda afectar el derecho al honor o a la intimidad de un tercero[6]–, el profesor Eguiguren, sostiene que «(l)a prohibición de toda censura previa (...) se refiere a los actos de interferencia provenientes de las **autoridades administrativas o políticas**, cuando pretendan supeditar la difusión de informaciones a contar con su control o aprobación previa de los contenidos.»[7]

Como señala el autor, «la norma de la Convención Americana, que establece la responsabilidad ulterior por los excesos que se cometan en el ejercicio de la libertad de expresión e información y la proscripción de toda censura previa, fue expresa y deliberadamente incluida ante la desafortunada experiencia de las prácticas represivas de algunos gobiernos latinoamericanos durante regímenes autoritarios o de facto, muchas veces mediante la intervención del aparato judicial o con su anuencia.»[8] En esta línea de razonamiento debe entenderse la actitud recelosa que asume la Corte Interamericana frente a los fallos de los tribunales nacionales que buscan impedir la difusión de informaciones o la manifestación de expresiones que puedan atentar contra derechos como la intimidad o el honor de terceros, y a los que califica como una forma de censura previa no autorizada por la Convención Americana. La necesidad de otorgarle una protección reforzada al derecho a la libertad de expresión –garantía y presupuesto del sistema democrático– en el contexto de sociedades que, como la nuestra, se encuentran en continuo proceso de institucionalización democrática es, al parecer, para la Corte Interamericana suficiente justificación para sacrificar la tutela de otros derechos como el honor,

6. Cfr. Caso Martorell y caso La Última Tentación de Cristo, reseñados también por el autor (*Ibid,* pp. 69- 78).
7. *Ibid,* p. 240. El resaltado en el texto es nuestro.
8. *Ibid.*

la intimidad o la imagen. No obstante, la constatación histórica de la influencia negativa del poder político en los órganos judiciales –como bien afirma el autor– «no puede llevar a aceptar, como regla inquebrantable, fórmulas que conducen a descartar toda intervención judicial preventiva o correctiva en estos casos. Hacerlo sería *descalificar a priori* la actuación de los órganos jurisdiccionales, a pesar de estar estatuidos precisamente para controlar o corregir las violaciones de los derechos fundamentales perpetrada por cualquier autoridad o entidad pública o persona particular.»[9]

En el caso del derecho a la intimidad, cuyo contenido es materia de estudio en este libro, el profesor Eguiguren explica lo disfuncional de la tesis que califica como censura previa a los procesos judiciales que buscan la tutela preventiva de este derecho. En opinión del autor, calificar a la acción de amparo como un tipo de censura previa supondría una desprotección absoluta del derecho a la intimidad, en la medida que su vulneración se configura con la mera intromisión o divulgación no autorizada de aspectos vinculados al ámbito reservado del sujeto. En tal caso, sólo una medida que, por ejemplo, impidiese el acceso o la difusión de datos referidos a la intimidad del sujeto serviría para proteger efectivamente el derecho, pues toda reparación posterior sería meramente simbólica. Debido a la especial naturaleza del derecho a la intimidad, «una vez que los terceros toman conocimiento de los hechos de carácter íntimo o privado ya no hay forma de recuperar la reserva quebrantada y la agresión devendría en *irreparable* desde el punto de vista estrictamente constitucional, por lo que resultaría ineficaz la acción de amparo.»[10]

Aunque el razonamiento que propone el autor es absolutamente coherente y responde efectivamente a la especial naturaleza que tiene el derecho a la intimidad, nosotros consideramos que, a partir de la lectura de los principios que recoge nuestra norma constitucional, todos los derechos merecen las mismas posibilidades de realización y de tutela, más allá de las consecuencias que su protección o desprotección pueda ocasionar en la realidad. Nuestra lectura de los derechos fundamentales es de tipo principista y no consecuencialista, por eso hubiésemos preferido una actitud igualmente enfática respecto de la tutela de los derechos al honor o a la imagen, como la que propone el autor respecto al derecho a la intimidad.

Más allá de las virtudes del libro que comentamos –la pertinencia de los temas que aborda; el empleo de fuentes bien documentadas (como la legislación y la jurisprudencia comparada, la imprescindible jurisprudencia de la

9. *Ibid,* pp. 241-242.
10. *Ibid,* pp. 134-135

Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, las cuales aborda el autor a partir de una lectura crítica); el estilo claro y contundente; etc.– creemos que es la hipótesis de trabajo del autor su principal aporte. En efecto, la defensa de la necesaria ponderación de los derechos fundamentales como mecanismo de solución de sus eventuales conflictos y el rechazo de la posición preferente de la libertad de expresión son sustentados enfáticamente por el autor a lo largo del libro, pero además nos permite ir más allá de los temas concretos de este trabajo y plantear la discusión en torno a la función que deben asumir nuestros jueces frente al desarrollo de los derechos fundamentales y a sus exigencias de garantía en casos como estos.

En el proceso de institucionalización democrática que atraviesa el Perú, la función jurídica y política (en sentido amplio) que cumplen nuestros jueces como garantes de los derechos fundamentales no puede ser limitada a partir de concepciones descontextualizadas y funcionalistas de los derechos fundamentales. La interpretación de las normas constitucionales y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos, no puede estar predeterminada de forma absoluta por ningún tribunal ni debe ser asimilada acríticamente por nuestros órganos jurisdiccionales. El razonamiento y la argumentación que presupone la ponderación de los derechos en conflicto en un caso concreto son capacidades inherentes a la labor de nuestros jueces. Su importante función como garantes de los derechos fundamentales es reconocida por el autor en este libro al sustentar la no inclusión de sus resoluciones como supuestos de censura previa de la libertad de expresión. Este libro es, por eso también, un llamado de atención sobre la importante misión que les toca cumplir a nuestros jueces tanto en la protección de los derechos fundamentales como en el afianzamiento del sistema democrático.



Revista de Revistas

- Revista española de Derecho Constitucional
  Año 25, Número 74 (Mayo - Agosto 2005)
- Cuestiones constitucionales
  Número 13 (Julio - Diciembre 2005)
- La revista de Derecho Constitucional Latinoamericano
  Número VIII, 2005
- Foro Constitucional Iberoamericano
  Nº 9 (Enero - Marzo 2005)

Revista española de Derecho Constitucional

Año 25, Número 74 (Mayo-Agosto 2005)

Contenido

Estudios

To be a European Citizen: Constitutional Patriotism and the Treaty Estabilishing a Constitution for Europe.
Mattias KUMM

La relevancia del Derecho De la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales.
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN

Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
Joaquin BRAGE CAMAZANO

Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución
María DÍAZ CREGO

Notas

Breve aproximación a la Constitución de Malta.
Leonardo ALVAREZ ÁLVAREZ

Novedades Constitucionales y continuidades constituyentes: Ecuador, Venezuela, México Bolivia (1998-2004)
Bartolomé CLAVERO

El procedimiento legislativo en las Cortes Generales: Notas y bases para una reforma
Piedad GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ

El art. 24.1 CE como «norma de conducta» para jueces y Tribunales y «norma de control» para el Tribunal Constitucional.
José Mª RODRIGUEZ DE SANTIAGO

JURISPRUDENCIA

Actividad de Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el primer cuatrimestre de 2005. (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)

Doctrina del Tribunal Constitucional primer cuatrimestre 2005

CUESTIONES CONSTITUCIONALES

REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 13 (Julio - Diciembre 2005)

CONTENIDO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Nuevas reflexiones sobre la función de investigación de la Suprema Corte de Justicia a 33 años de distancia
Jorge CARPIZO

El juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

Algunos planteamientos sobre el federalismo y la Unión Europea
Augusto M. GUEVARA PALACIOS

La inscripción registral de las entidades religiosas en España. Algunos aspectos conflictivos a raíz de la inscripción de la Iglesia de la Unificación
Susana MOSQUERA

Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico
J. Jesús OROZCO HENRÍQUEZ

Manuel García-Pelayo en el desarrollo del derecho constitucional del siglo XX
Graciela SORIANO

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis
Imer B. FLORES

La Declaración1-2004 del Tribunal Constitucional español. Problemas de articulación entre el derecho nacional y el derecho de la Unión Europea
Fernando SILVA GARCÍA

Comentarios Legislativos

Análisis de las iniciativas en materia electoral presentadas por el presidente de la república en el 2004
José Luis LÓPEZ CHAVARRÍA

Reseñas Bibliográficas

Brage Camazano, Joaquín, Los límites a los derechos fundamentales
Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

O'Connor, Sandra Day, The Mayesty of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice Arturo ZÁRATE CASTILLO

Valadés, Diego, El gobierno de gabinete
Alfonso HERRERA GARCÍA

Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano

Número VIII, 2005

Contenido

La Reforma Constitucional en América Latina y el Control de La Constitucionalidad
Allan R. BREWER-CARÍAS

Los Retos de la Reforma Constitucional
Allan R. BREWER-CARÍAS

Panorama Constitucional Cubano Siglos XIX a XXI
Luisa Esperanza RODRÍGUEZ GRILLO

Las Fuentes y Bases de Datos Periodisticos y la Acciòn de Habeas Data
Mario MASCIOTRA

Responsibilidad de los Asesores Técnicos en el Proceso de Elaboración de las Normas Legales
Walter F. CARNOTA y Patricio A. MARANIELLO

Revocación de Mandato en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Acerca de la posibilidad que el propio funcionario cuestionado peticione la aplicación de la institución.
Rubén Antonio PEREYRA

FORO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JC/revista-00portada.htm

ÍNDICE Nº 9 (ENERO - MARZO 2005)

CONTENIDO

ARTÍCULOS

El modelo de descentralización territorial en la Constitución colombiana de 1991 a la luz de la jurisprudencia constitucional.
Emilia GIRÓN REGUERA y Liliana ESTUPIÑÁN ACHURY

Los alcances del derecho a un ambiente sano y ecologicamente equilibrado en Costa Rica.
Marianella ALVAREZ MOLINA

El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Renata CENEDESI BOM COSTA RODRIGUES

El nuevo código procesal constitucional peruano.
Francisco José EGUIGUREN PRAELI

NOTAS

Notas sobre la disfuncionalidad del régimen presidencial en el Perú.
Jans Erik CAVERO CÁRDENAS

La Corte Constitucional y los marginados.
Juan Fernando JARAMILLO

El valor de la Constitución hoy. Palabras en honor de Alessandro Pizzorusso.
Pablo PÉREZ TREMPS

Límites de la justicia constitucional en el Ecuador.
Hernán RIVADENEIRA JÁTIVA

Actualidad Normativa

COLOMBIA: Reformas constitucionales. Se han aprobado dos nuevos Actos Legislativos que reforman los artículos 122, 127, 152, 198 y 204 de la Constitución Política.

MERCOSUR: Tribunales Ad-Hoc. Se han aprobado las nuevas reglas de procedimiento para estos tribunales.

PANAMÁ: Reforma constitucional. Acto legislativo Nº 1 de 2004

URUGUAY: Ley de interpretación constitucional. La ley 17.865, de 21 de marzo de 2005, interpreta el inciso primero del artículo 192 de la Constitución.

URUGUAY: Modificación de la estructura ministerial. A través de una nueva ley se ha creado un nuevo ministerio y se ha reformado otro.

Actualidad Jurisprudencial

ÚLTIMAS PUBLICACIONES
EVENTOS Y NOVEDADES EN LOS ALTOS TRIBUNALES