

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 semánticas¹ 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 Estado².

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 2002³.

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 político⁵, 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-Stiftung, 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 democrático⁷, 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 moderado⁹.

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.º 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 1º, 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.º 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 originario¹⁰.

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 32º de

10. Tribunal Constitucional. Exp. N.º 014-2002-AI/TC. Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cuzco contra la Ley N.º 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 jurídico¹¹. 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.º 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.º 014-2002-AI/TC..., *op. cit.*, fundamento 36.

13. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1928, p. 77; asimismo, HAURIU, 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 Constitución¹⁴. 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 popular¹⁵.

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 obra¹⁶.

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 vez¹⁷. 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; HAURIU, 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 Nación¹⁸.

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 constituidos¹⁹.

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 norteamericano²⁰.

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 parlementaire 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 religiosa²¹. 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 constituyente²².

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 Constitución²³. 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: Editions M.-Th. Génin, Libraire de Médécis, tome second, 1951, 11-17. Se puede revisar los *convenants* en: Long, Breckinridge, *Genesis of 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 – Croft, 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 norteamericano²⁴.

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 Constitución²⁵.

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 ilimitados²⁶.

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 1993²⁷.

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. «Artículo 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 1993²⁸. 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 Constitucional³¹.

Resulta consustancial al carácter limitado del poder de reforma constitucional del Congreso mantener la identidad y diversidad del poder constituyente³²; 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 legitimacy. Theoretical perspectives*. (M. Rosenfeld, editor). Durham and London: Duke 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 fundamental³³.

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 social³⁴.

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 ciertas 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 esquema³⁵. 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, Émile. *Études de Droit constitutionnel. France – Angleterre – États-Unis*. Paris: Librairie 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 the 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 constitucional³⁷, 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 jurídico³⁸.

En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional³⁹ 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.º 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 constitucional⁴⁰.

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 peruano⁴¹. 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 venideros⁴².

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 34º 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 popular⁴³. 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 sistemática⁴⁴. 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.º 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.º 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 307º de la Constitución de 1979⁴⁵. 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 futura⁴⁶.

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 307º.- 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 quíenes 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.

titudinal 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 Constitucional⁴⁷. Es, por lo tanto, a partir de este pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución que –siguiendo a Pedro DE VEGA⁴⁸– 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 ella⁴⁹. 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.º 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 Orgánica⁵¹. 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 justiciable⁵². 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.º 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.º 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 Constitución⁵³. 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 201º) 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 Constitución⁵⁴ 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 diferente⁵⁶. 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 fundamentales⁵⁷, 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 señalado⁵⁸ 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 político⁵⁹.

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 102°, 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 irreformables⁶⁰.

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 afirmado⁶¹ 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 1958⁶², el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947⁶³ o el artículo 119° y 120° de la Constitución de la República Dominicana de 2002⁶⁴; y, en el caso peruano, del artículo 182° de la Constitución de 1839⁶⁵, el artículo 142° de la Constitución de 1933⁶⁶.

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. 182°.- 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 142°.- 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 32⁶⁷, 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 fundamentales⁶⁸. 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 reformativa 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 32º.- 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 constitucionalidad⁶⁹.

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.º 6, Año VI, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999. p. 240.