



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**“LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS LÍMITES
MATERIALES DEL PODER DE REFORMA EN LAS
CONSTITUCIONES PERUANA DE 1993 Y PANAMEÑA DE 1972”**

Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho
Constitucional que presenta:

RUBÉN DARÍO CÓRDOBA BARRÍA

Miembros del Jurado:

Dr. ENRIQUE MARTÍN BERNALES BALLESTEROS (Asesor)
Dr. FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI
Mgtr. JOSÉ OMAR CAIRO ROLDÁN

LIMA - 2015

A mi madre Hilda Barría, con todo mi amor.



RESUMEN

La Constitución Política del Perú de 1993 y la Constitución Política de Panamá de 1972 prevén la reforma total de la Constitución, pero el tema de los alcances de este tipo de reforma no es pacífico, y a pesar de que ninguna de estas constituciones establece cláusulas pétreas, queda la posibilidad de plantear la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma. Los límites materiales implícitos a la reforma constitucional se presentan entonces como diques de contención con los que se intenta impedir en última instancia la caída del sistema constitucional. Así, la reforma constitucional total, no puede ser total en el sentido de que pueda legítimamente desconocer la dignidad del hombre, los derechos fundamentales o la soberanía popular característica del Estado constitucional democrático, pues terminaría socavando la propia esencia de la Constitución como herramienta de limitación del poder político y protección de los derechos fundamentales. En realidad, desde el punto de vista material, toda reforma deberá ser limitada y parcial, aun en los casos de aquellos Estados constitucionales cuyas Constituciones aparentemente han “constitucionalizado la función constituyente” y no han previsto límites materiales expresos frente a la reforma. En esta misma línea, el control de constitucionalidad de la reforma es una consecuencia lógica de la necesidad de autoconservación del Estado constitucional, pero además, dicho control no queda limitado a los aspectos meramente formales de la reforma, sino que abarca la defensa de los principios básicos que definen una Constitución en sentido moderno, entre ellos, la separación de poderes y los derechos fundamentales. Así, si el constituyente no ha dispuesto límites materiales expresos al poder de reforma, los órganos jurisdiccionales supremos de control de constitucionalidad deberán entrar a discernir aquellos elementos que se levantan como barreras frente a cualquier intento de destruir el sistema constitucional mediante una reforma.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO 1: PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA.....	11
1. Poder constituyente.....	11
1.1. El concepto y su origen histórico: el aporte de Sieyès.....	11
1.2. Teorías sobre su naturaleza y alcance.....	16
1.3. Características.....	26
1.4. Límites.....	29
1.5. Formas de ejercicio.....	31
2. Poder de reforma.....	34
2.1. El concepto y su origen histórico: el aporte del constitucionalismo estadounidense.....	34
2.2. Características.....	36
2.3. Reforma total y reforma parcial de la Constitución.....	37
2.4. Límites.....	43
2.4.1. Límites formales.....	43
2.4.2. Límites materiales.....	49
2.4.2.1. Límites materiales expresos o cláusulas de intangibilidad.....	51
2.4.2.2. Límites materiales implícitos.....	53
CAPÍTULO 2: LA REFORMA TOTAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993.....	58
1. Análisis histórico y jurídico de la reforma total en el constitucionalismo peruano.....	58
2. La reforma total en el artículo 32.1 de la Constitución de 1993.....	66
3. Reforma total y Constitución Histórica.....	75
4. Reforma total, límites materiales implícitos y control de constitucionalidad.....	83
CAPÍTULO 3: LA REFORMA TOTAL EN LA CONSTITUCIÓN PANAMEÑA DE 1972.....	94
1. La reforma total en el constitucionalismo panameño: una perspectiva histórica.....	94
2. La Asamblea Constituyente Paralela y la reforma total de la Constitución.....	100
2.1. Concepto y origen de la Asamblea Constituyente Paralela.....	100
2.2. Inserción de la Asamblea Constituyente Paralela en la Constitución de 1972.....	107

2.3.	Análisis del artículo 314 constitucional.....	111
3.	La reforma total y el control de constitucionalidad en Panamá.....	119
CONCLUSIONES.....		125
BIBLIOGRAFÍA.....		129
ANEXOS.....		136
1.	Ley 27600 de 14 de diciembre de 2001.....	137
2.	Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002.....	139



INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo de investigación versa sobre la tensión existente entre la llamada “reforma total” de la Constitución, prevista en los artículos 32.1 de la Constitución peruana de 1993 y 314 de la Constitución panameña de 1972 y lo que en la doctrina se conoce como límites materiales del poder de reforma, referidos, como ha dicho el Tribunal Constitucional, a “principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución”¹.

Como se sabe, los mencionados límites materiales pueden ser expresos o implícitos, los límites materiales expresos, conocidos como “cláusulas pétreas” o “cláusulas de intangibilidad”, aluden a disposiciones que literalmente excluyen determinadas normas constitucionales de la posibilidad de ser reformadas, mientras que los límites materiales implícitos son “[...] 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”². En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que entre los límites materiales implícitos están la dignidad del hombre, la soberanía popular, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno, el régimen político y la forma de Estado.

Nuestro trabajo discurre precisamente en torno a la potencial colisión que se generaría entre la llamada *reforma total* de la Constitución y los límites materiales de la reforma constitucional en los casos de las constituciones vigentes del Perú y Panamá, sin perjuicio de abordar, de manera secundaria, el tema de los límites formales a los cuales también está sujeta la reforma constitucional. Señalamos que

¹ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 76 [Consulta: 22 de abril de 2014]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

² *Ídem*.

hay una importante tensión debido a que se ha llegado a considerar que la reforma total podría dar pie a que la Constitución sea sustituida por una nueva, abriéndose *prima facie* la posibilidad para que se rebasen los límites materiales implícitos a que necesariamente se ve sujeta la reforma de la Constitución, equiparándose en alguna medida el poder de reforma al poder constituyente, lo cual terminaría socavando ciertamente la importante distinción que entre estos dos poderes se ha hecho históricamente en el marco del Estado constitucional.

En este sentido, abordaremos críticamente a lo largo del trabajo el concepto que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia peruana se entiende por “reforma total” de la Constitución, su diferencia con la reforma parcial de la Constitución y cuáles serían entonces los límites que deben respetar ambas modalidades de reforma constitucional, detallando igualmente nuestra perspectiva sobre la materia. Naturalmente, este análisis va de la mano con el estudio de los tipos de límites que enfrenta la reforma constitucional, que clásicamente son dos: los límites formales, referidos al procedimiento que debe seguir necesariamente la reforma de la Constitución, y los límites materiales, relativos a las normas que por diversas razones no debe suprimir una operación de reforma.

Dado que la temática guarda estrecha relación con el ejercicio del poder de reforma y su diferenciación del poder constituyente en cuanto a su naturaleza, alcances y limitaciones, hemos decidido abordar inicialmente este tema clásico pero plenamente vigente dentro del Derecho Constitucional.

En la investigación, tratamos también el no menos importante tema de la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad de una eventual reforma total de la Constitución, así como los parámetros de dicho control.

La investigación que planteamos es pertinente debido a que, como se ha podido constatar a lo largo de la historia constitucional, las discusiones relacionadas con la cláusula de reforma de la Constitución son de gran relevancia en la vida política y jurídica de un Estado, particularmente en lo relativo a la

estabilidad y seguridad jurídico-constitucional, así como en lo relacionado con la consolidación de la democracia como régimen político y la protección de los derechos fundamentales.

Es por ello que consideramos relevante realizar una investigación dedicada al estudio de la reforma total y sus límites materiales que nos permita abordar críticamente las discusiones y planteamientos que se han generado tanto en la doctrina nacional como extranjera, así como en la propia jurisprudencia. En esta investigación procuramos arribar a una posición lo más ilustrada e informada posible sobre la temática, considerando las aristas y enfoques más importantes, sobre todo en lo relativo a los alcances que puede tener una reforma total de la Constitución en los ordenamientos constitucionales peruano y panameño.

Lo que fundamentalmente nos ha instado a indagar sobre el tema de la reforma total de la Constitución es la importante discusión que se generó con la conocida Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 en la cual el Tribunal Constitucional peruano desarrolla y discute las interrogantes que plantea de por sí el asunto, todo ello a razón de la acción de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.º 27600 de 14 de diciembre de 2001, mediante la cual, el Congreso de la República abrió el compás para que su Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propusiera un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta para ello la Constitución histórica del Perú y la Constitución de 1979. Han sido, en gran medida, las posiciones que adoptó el Tribunal Constitucional al abordar la temática que nos ocupa las que nos motivaron a profundizar y retomar la problemática de la reforma total de la Constitución, su naturaleza y sus límites.

Por otro lado, en el caso de Panamá, país del cual provenimos, se introdujeron reformas a la Constitución en el año 2004 mediante el “Acto Legislativo” N° 1 de dicho año, creándose un nuevo mecanismo de reforma de la Constitución denominado “Asamblea Constituyente *Paralela*”, contenida en el

artículo 314 de dicho texto constitucional. En dicho artículo se prevé la posibilidad de que esa asamblea, que se convocaría con el único objetivo de reformar la Constitución, realice una *reforma total* de la Constitución. El mencionado artículo dispone también que a través de ese mecanismo podría adoptarse inclusive una *nueva Constitución*, sustituyendo y destruyendo la actual, que es la que precisamente limita y le confiere fundamento jurídico a dicho cuerpo colegiado *ad-hoc*.

Entre las preguntas que nos hemos planteado al emprender este trabajo se encuentran las siguientes: ¿cuáles son los límites jurídicos materiales de la reforma total de la Constitución?, ¿puede legítimamente destruirse la Constitución y sustituirse por una nueva mediante una reforma total?, ¿qué tipo de control constitucional puede ejercer el órgano de control de la constitucionalidad sobre una reforma total de la Constitución una vez aprobada?, ¿podría ejercer un control de la constitucionalidad material de esa reforma total o únicamente un control formal relativo al procedimiento?, ¿requiere la reforma total una aprobación mediante referéndum o puede el Congreso llevarla adelante sin necesidad de referéndum? Como se observa, los problemas que se plantean con este tema son de gran relevancia al momento de definir la constitucionalidad de una reforma de este tipo y guardan relación con la discusión sobre los límites que tendría una reforma total de la Constitución.

Si bien reconocemos que en los asuntos constitucionales hay una pluralidad de posiciones doctrinales y no necesariamente unanimidad de criterios, consideramos que los problemas que hemos planteado requieren una respuesta lo más clara posible, pues de ello dependerá si logramos o no determinar el margen de acción del poder reformador en el marco del Estado constitucional y si realmente existen o no diferencias entre una operación del poder constituyente y una facultad jurídicamente limitada, como lo es la reforma constitucional.

En esta dirección, aspiramos a que el aporte de este trabajo consista primordialmente en analizar sistemáticamente los distintos enfoques que a nivel

doctrinal y jurisprudencial se le ha dado a la reforma total de la Constitución y sus límites, haciendo un análisis crítico de dichos enfoques, sustentando de igual forma nuestra posición en la materia, la cual, como hemos adelantado, no necesariamente debe concitar unanimidad, sino reflejar un esfuerzo de fundamentación lo más documentado y afinado que nos sea posible en el marco del trabajo que aquí presentamos.

La metodología que utilizamos a lo largo de la presente investigación consiste por un lado en un análisis teórico-dogmático de las instituciones de Derecho Constitucional que abordamos, tales como la reforma constitucional, el poder de reforma, el poder constituyente, los límites del poder de reforma y del poder constituyente, así como una revisión de las normas pertinentes de las constituciones peruana y panameña referidas las instituciones que tratamos, sin perjuicio de acudir auxiliariamente también a enfoques históricos o sociológicos cuando ello resulte pertinente.

Es importante advertir que si bien hacemos algunas referencias de Derecho Comparado a lo largo de la investigación, el enfoque que hemos querido dar a este trabajo no es esencialmente comparativo, pues está básicamente enmarcado en las dos constituciones que son objeto de nuestro estudio, la Constitución Política del Perú de 1993 y la Constitución Política de Panamá de 1972. Por último, consignamos que la hipótesis que ha orientado nuestro trabajo consiste en que la denominada *reforma total* de la Constitución, al ser expresión del poder de reforma, está sometida no solo a los límites formales sino también materiales que enfrenta toda reforma constitucional, por lo tanto, desde el punto de vista sustantivo, dicha reforma no puede ser literalmente total en el sentido de que pueda rebasar los límites materiales y suprimir contenidos esenciales de la Constitución. Así, en un Estado constitucional, toda reforma constitucional está llamada a ser parcial desde el punto de vista material.

CAPÍTULO I

PODER CONSTITUYENTE Y PODER DE REFORMA

1. Poder constituyente

1.1. El concepto y su origen histórico: el aporte de Sieyès

Cuando nos referimos al poder constituyente, aludimos a uno de los conceptos más importantes dentro del Derecho Constitucional, sobre el cual se ha escrito bastante y desde las más diversas interpretaciones jurídico-políticas. Pero en el marco de la importante producción bibliográfica que ha cubierto el tema, se hace indispensable en el marco de este trabajo hacernos de un concepto básico del poder constituyente, que nos permita comprender de qué se trata, así como ubicar sus orígenes históricos.

Está claro que quien acuñó el término “poder constituyente” en el ámbito del Derecho Constitucional fue el sacerdote francés Emmanuel-Joseph Sieyès en su ensayo titulado “¿Qué es el tercer estado?”, publicado en el año 1789 en el marco de la Revolución Francesa. Dicho ensayo tiene una gran importancia en el desarrollo de la teoría constitucional, de allí que Francisco Ayala sostenga que tiene un doble interés, “por una parte, el interés histórico: constituye un documento vivo, inmediato y primordial del advenimiento de la clase burguesa al poder político. Por otra parte, el interés teórico: contiene la formulación original y auténtica de la doctrina del poder constituyente del pueblo”³.

En efecto, la primera vez que se habla en forma articulada del poder constituyente es en un pasaje de “¿Qué es el tercer estado” que dice así: “en cada parte la constitución no es obra del poder constituido, sino del **poder constituyente**. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación”⁴. Con este planteamiento se introduce esta noción en la teoría constitucional, que, como se puede apreciar, está vinculada desde su

³ AYALA, Francisco. Introducción. En: SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Qué es el tercer estado?* Trad. del francés por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973, p. XIII.

⁴ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Op. cit.*, pp. 76-77

origen con el poder para hacer una Constitución, y con la distinción que hay entre ese poder y cualquier tipo de “poder constituido”, en lo cual profundizaremos más adelante.

Tener en cuenta el contexto histórico en el cual Sieyès elabora la doctrina del poder constituyente es indispensable para entender su planteamiento, por lo cual no se debe olvidar que este autor, en el marco del ocaso del Antiguo Régimen y el nacimiento del constitucionalismo moderno, sostenía que el llamado “Tercer estado”, es decir, aquel estamento mayoritario de la sociedad francesa de la época que carecía de privilegios y que abarcaba a las personas que desempeñaban “[...] desde las profesiones científicas y liberales más distinguidas hasta los servicios domésticos menos estimados”⁵ constituía verdaderamente la nación francesa, y no los estamentos privilegiados, es decir, la nobleza y el clero. Sieyès sostenía entre otras cosas que ese sector de la sociedad, el “Tercero”, a pesar de ser mayoritario y de pagar la mayor parte de los impuestos, había sido excluido sistemáticamente de los privilegios y de las más distinguidas posiciones de gobierno, que estaban reservadas para la nobleza y el clero.

Es en el marco de esta realidad profundamente inequitativa que el sacerdote francés indicaba que el Tercer estado estaba llamado a ser libre de ese orden de privilegios que lo había excluido, pues era realmente en el Tercero que podía encontrarse el interés común, y no el interés basado en privilegios. El Tercero, es decir, la pujante y mayoritaria burguesía, era para Sieyès la nación. Se pregunta en este sentido Sieyès, “¿quién osaría, pues, decir que el Tercer estado no tiene en sí todo lo necesario para formar una nación completa? Es el hombre fuerte y robusto, uno de cuyos brazos está todavía encadenado. Si se suprimiera el orden privilegiado, la nación no sería menos en nada, sino algo más. Así, ¿qué es el Tercero? Todo, pero un todo trabado y oprimido. ¿Qué sería sin el orden privilegiado? Todo, pero un todo libre y floreciente”⁶.

⁵ *Ibidem.*, p. 6.

⁶ *Ibidem.*, p. 11.

Así las cosas, fue en el marco de esta argumentación y en el importante escenario histórico de la Revolución Francesa que el autor francés advierte que el poder constituyente descansa en la nación, y que esta no está sometida a las reglas que vinculan a los poderes constituidos, ni siquiera a la Constitución, de allí que sostenga en un conocido pasaje que “la nación existe ante todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural”⁷. Así es como Sieyès termina elaborando una de las distinciones más importantes de que se vale la teoría constitucional, aquella entre poder constituyente y poder constituido, caracterizando al primero como aquel que reside en la nación y que es capaz de crear una Constitución sin estar sometido a reglas previas, y al segundo como aquel poder esencialmente limitado que debe actuar siempre en el marco de la Constitución. Es tal la relevancia del aporte de Sieyès, que se ha llegado a sostener que es “[...] el personaje que produjo la más sólida construcción jurídica que completó y consolidó el pensamiento político de sustento de la Revolución Francesa y marcó el inicio de la formación del Estado Constitucional moderno en el mundo occidental”⁸.

Estas y otras ideas fueron las que dieron gran resonancia al pensamiento de Sieyès en el momento histórico que se vivía, pero fue sobre todo la introducción de la noción de poder constituyente en el ámbito político y constitucional lo que ha perdurado hasta nuestros días, aunque a dicho concepto se le han hecho a lo largo del tiempo algunos matices, pues no hay que perder de vista que todavía hoy, “origen, fundamentación, titularidad, proceso, legitimación y vinculación del poder constituyente son [...] temas controvertidos”⁹.

A partir de la construcción teórica de Sieyès y aportes posteriores podríamos conceptualizar que el poder constituyente es aquella potestad que tiene el pueblo,

⁷ *Ibidem.*, p. 75.

⁸ BLUME FORTINI, Ernesto. El aporte de Sieyès a la forja del Estado constitucional. En: AA.VV. *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 2. Lima: IDEMSA, 2009, p. 18.

⁹ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Trad. del alemán por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 314.

como comunidad de ciudadanos, de darse una Constitución Política¹⁰ y así ha sido entendido en clave democrática hasta nuestros días. Así las cosas, con el impulso del constitucionalismo moderno, se terminó reconociendo posteriormente que solo el pueblo es titular de un poder capaz de establecer el ordenamiento fundamental de la comunidad política, no ya el monarca o alguna otra persona investida de poderes especiales, sino la comunidad de ciudadanos libres e iguales entre sí en términos políticos. De esta forma, queda fuera de duda el carácter decididamente democrático de dicho poder, en oposición a lo que sucedía en épocas en que los monarcas tenían el poder supremo en sus respectivos reinos. Sobre este punto, si bien la concepción sobre la titularidad del poder constituyente de Sieyès no incluía a todos los hombres mayores de edad y tampoco a las mujeres dado el contexto histórico en que se vivía, constituyó un punto de partida para la posterior extensión de los derechos políticos a los hombres y mujeres mayores de edad sin distinción, independientemente de su condición económica.

Esclarecido preliminarmente el concepto de poder constituyente y su origen doctrinal, debemos referirnos a los antecedentes de su elaboración conceptual, y en este sentido, si bien se puede llegar a confundir la noción de poder constituyente elaborada por Sieyès con la de soberanía popular desarrollada por el también francés Jean-Jacques Rousseau, e inclusive concebir estos conceptos como intercambiables¹¹, Pedro De Vega advierte que en realidad, los antecedentes de la noción de poder constituyente no están en la doctrina de “*El Contrato Social*”, sino en la doctrina de la división de poderes formulada por Montesquieu, y señala más concretamente que el poder constituyente “[...] constituye una premisa

¹⁰ El jurista germano Ernst Böckenförde agrega que el poder constituyente no solo es capaz de crear una Constitución, sino también “[...] de sustentar, y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez”. BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. del alemán por Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 163.

¹¹ Tal parece ser la posición del constitucionalista argentino Carlos Sánchez Viamonte, quien sostiene que “[...] la soberanía propiamente dicha, aquella que tratan de fundamentar y explicar Suárez, Bodino, Hobbes, Locke, Rousseau, Sieyès y Kant, que según ellos tiene su manifestación en la ley, no es otra cosa que el poder constituyente, porque la ley a la que ellos se refieren, no es sino la Constitución [...]”. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El poder constituyente. Origen y fundamentación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 268.

tácita y perfectamente presumible en la lógica global de su pensamiento, en la medida en que la aparición de los tres poderes –legislativo, ejecutivo y judicial–, que recíprocamente se vigilan y controlan como poderes constituidos, no se concebiría sin el reconocimiento de un poder previo y superior en el que aquellos cifraran la razón de su existencia”¹², que vendría a ser, claro está, el poder constituyente del pueblo.

Deteniéndonos un tanto en la relación entre poder constituyente y la llamada soberanía popular, es pertinente recordar primeramente con Carlos Sánchez Viamonte que para Rousseau, la soberanía popular es entendida como “[...] el poder de la comunidad o ente moral colectivo constituido por el cuerpo político, que se manifiesta mediante la voluntad general”¹³, se trata de un concepto mucho más amplio que el de poder constituyente, que como hemos visto, está referido básicamente al poder que tiene el pueblo de darse una Constitución. Naturalmente, cuando hablamos de poder constituyente solemos referirnos también a la soberanía popular, en el entendido de que el ejercicio de dicho poder involucra la voluntad del pueblo de darse un orden jurídico-político fundamental, proyectando libremente su capacidad de autodeterminación, pero no podríamos decir por ello que soberanía popular y poder constituyente son exactamente lo mismo, más bien lo que cabría afirmar es que el ejercicio del poder constituyente es una de las posibles manifestaciones de la soberanía popular, sin agotar en sí todo lo que este último concepto implica.

Nos hemos referido hasta el momento al origen y los antecedentes doctrinales del concepto de poder constituyente, pero no podemos cerrar este

¹² DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999 (e.o. 1985), p. 26. Señala en esta misma línea el jurista mexicano David Pantoja Morán que es mérito de Sieyès “[...] haber resuelto una contradicción que parecía insuperable: la consistente en que en el mismo texto constitucional se consagrara al mismo tiempo el principio de la indivisibilidad de la soberanía y el dogma de la división de poderes. En una síntesis de las doctrinas de Rousseau y Montesquieu, concilia sus términos antitéticos al concebir el poder constituyente como atributo indivisible, inalienable e imprescriptible de la nación soberana y lo distingue de los poderes constituidos que se dividen para su ejercicio”. PANTOJA MORÁN, David. Introducción. En: PANTOJA MORÁN, David (Comp.). *Escritos Políticos de Sieyès*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 33.

¹³ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Op. cit.*, p. 278

apartado sin referirnos a su primera aplicación práctica en la historia, en esta dirección, advierte José Omar Cairo Roldán que “si bien es cierto que la elaboración teórica del Poder Constituyente (es decir, su definición como la atribución de los integrantes de una sociedad política para elaborar la Constitución que contenga la estructura organizativa concreta del sistema constitucional de dicha sociedad) la realizó Sieyès en 1789, este poder ya se venía ejerciendo con anterioridad, en la práctica, en Norteamérica”¹⁴, de manera que el ejercicio práctico del poder constituyente del pueblo es anterior a su elaboración doctrinal. En efecto, señala Gonzalo Ramírez Cleves que “[...] la Constitución del Estado de Massachusetts de 1780 será el primer modelo de Constitución de la historia que adopta la actuación popular en la elaboración de una Constitución, dando lugar a la elaboración de un poder constituyente democrático conformador”¹⁵. Resulta entonces evidente el papel fundamental que a finales del siglo XVIII jugaron tanto los franceses como los estadounidenses en el nacimiento teórico-práctico de lo que hoy conocemos como poder constituyente, construcción de enorme valor para el constitucionalismo.

1.2. Teorías sobre su naturaleza y alcance

Tal como hemos mencionado, el tema del poder constituyente, quizá por ser de gran trascendencia política, no es pacífico, y la de Sieyès fue la primera pero no la única elaboración teórica sobre el poder constituyente, pues desde que dicho término fue introducido al vocabulario jurídico-político del siglo XVIII se le ha definido y caracterizado de muchas y diversas maneras, elaborándose inclusive concepciones antagónicas al respecto.

¹⁴ CAIRO ROLDÁN, José Omar. *El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cuaderno de Trabajo N° 17. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, 2010, p. 13.

¹⁵ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 206. Cit. por: CAIRO ROLDÁN, José Omar. *Op. cit.*, p. 13.

Es en esta línea que Jorge Reinaldo Vanossi sostiene sin ambages que “sería un error incursionar en el terreno del poder constituyente presuponiendo como valor entendido la existencia de un concepto único y unívoco sobre ese ‘poder’, como si todos habláramos el mismo lenguaje al respecto. Por el contrario, asistimos a una Babel del poder constituyente, que dificulta enormemente la consideración objetiva del tema, coadyuvando –eso sí– a acrecentar la confusión que se suscita en torno de él cuando por razones de dinámica imposibles de detener se traspone el ámbito teórico para buscar o analizar la aplicación en el ámbito de las realizaciones políticas”¹⁶. Vanossi desarrolla en su obra una “tipología” de conceptos de poder constituyente dando seguimiento a los principales autores y teorías relacionados con el tema que nos ocupa.

Abordaremos en este apartado los aspectos esenciales de esta interesante tipología desarrollada por el citado constitucionalista argentino y añadiremos otra elaboración producida en nuestro contexto y de no menor importancia, de esta manera tendremos un panorama de la manera en que se ha llegado a definir el concepto de poder constituyente, algunas veces con fines claramente sesgados.

El autor argentino distingue en su obra cinco concepciones del poder constituyente, a saber: concepto racional-ideal, concepto fundacional-revolucionario, concepto existencial-decisionista, concepto materialista y concepto dialéctico-plenario.

El **concepto racional-ideal** es aquel esbozado por el sacerdote francés Emmanuel-Joseph Sieyès, al cual nos hemos referido inicialmente. Vanossi considera que la concepción de Sieyès es racional-ideal porque se aprecia en la obra del francés una clara cosmovisión racionalista del derecho natural que da sustento en gran medida a su teoría del poder constituyente de la nación, en esta dirección, señala Vanossi que “partiendo de la creencia (como verdad con fuerza dogmática y axiomática) de que el hombre es libre antes y por encima del Estado, o que su libertad es previa a toda creación reguladora del derecho positivo, tenía

¹⁶ VANOSI, Jorge. *Teoría Constitucional*. Tomo I. Ediciones Depalma: Buenos Aires, 1975, p. xxv

que concluir en la afirmación de la libertad de toda nación, entendida ésta como conjunto de hombres que gozan de aquella libertad individual”¹⁷. En efecto, es sobre la base de fundamentos iusnaturalistas, racionalistas y contractualistas que Sieyès llegaría a afirmar en su ya citada frase que “**la nación existe ante todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural**”¹⁸ y que la Constitución es precisamente obra del poder constituyente que tiene la nación. Tal es la importancia de la elaboración del francés, que Klaus Stern afirma que con ella “el abad *Sieyès* pasa a ser el ‘descubridor’ científico del poder constituyente”¹⁹.

Algo que es fundamental mencionar al referirnos a la teoría de Sieyès es que su concepción del poder constituyente estuvo desde un inicio comprometida con los llamados “derechos del hombre y del ciudadano”, de allí que en su escrito “*Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*” de 1789, sostuvo con claridad que “los representantes de la nación francesa, al ejercer desde este momento las funciones del PODER CONSTITUYENTE, consideran que **toda unión social y, por consiguiente, toda Constitución política no puede tener más objeto que el de manifestar, ampliar y garantizar los *Derechos del Hombre y del Ciudadano***. Por consiguiente, consideran que primeramente deben darse a la tarea de reconocer tales derechos; que su exposición razonada debe anteceder al plan de Constitución, por ser su preliminar indispensable, y que esto es presentar a todas las constituciones políticas el objeto o la finalidad que todas, sin distinción alguna, deben esforzarse por alcanzar [las negritas son nuestras]”²⁰.

Por su parte, el **concepto fundacional-revolucionario** de poder constituyente es asociado con el jurista francés Maurice Hauriou, quien concebía

¹⁷ *Ibidem.*, p. 11.

¹⁸ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Op. cit.*, p. 75.

¹⁹ STERN, Klaus. *Op. cit.*, p. 314.

²⁰ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En: PANTOJA MORÁN, David (Comp.). *Op. cit.*, pp. 177-178.

al poder constituyente como un poder fundador y revolucionario, en este sentido, el mencionado jurista señalaba lo siguiente en cuanto a la relación entre poder constituyente y Derecho: “que la operación constituyente suponga, desde luego, el rompimiento de la continuidad del derecho del Estado y la participación de un poder mayoritario revolucionario con relación al poder normal del Estado, no significa que se realice sin derecho, como un puro hecho histórico; significa que apela a un derecho revolucionario que subsiste bajo la legitimidad del derecho del Estado”²¹. Para Hauriou, “en el fondo, la fundación y la revisión de las constituciones es siempre revolucionaria, en el sentido de que se opera con la participación de la soberanía nacional –poder mayoritario-, y en nombre de la libertad política”²².

Por su parte, el llamado concepto **existencial decisionista** es el atribuido al jurista alemán Carl Schmitt, para quien el poder constituyente no es más que “[...] 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 [...] [las negritas son nuestras]”²³. Como se observa, Schmitt centra su concepción sencillamente en una voluntad que decide los aspectos fundamentales de su existencia política porque tiene la capacidad de hacerlo, sin comprometer su visión

²¹ HAURIUO, Maurice. *Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Reus, 1927, p. 311. Cit. por: VANOSSI, Jorge. *Op. cit.*, pp. 31-32. Al analizar la teoría de este jurista francés, Vanossi comenta que “las revoluciones implican el renacimiento de la ‘libertad primitiva’, que en el lenguaje de Hauriou es lo mismo que los autores llaman poder constituyente originario y que nosotros distinguimos o detectamos en las instancias fundacionales del Estado y en los momentos de sus cambios revolucionarios. La revolución es, pues, la vuelta al constituyente originario, el recomienzo de la libertad del orden social para ordenar el Estado, el surgimiento de un nuevo derecho, que se traduce en una nueva constitución”. *Ibidem*, p. 36.

²² HAURIUO, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. del francés por Carlos Ruiz del Castillo. 2ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 311.

²³ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. del alemán por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, pp. 93-94. Para Carl Schmitt, “una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra ‘voluntad’ denuncia –en contraste con toda dependencia de una justicia normativa o abstracta- lo esencialmente *existencial* de este fundamento de validez”. *Ibidem*, p. 94. Nos recuerda Eduardo Hernando Nieto que Schmitt “[...] trabajaba desde las perspectivas del realismo político, es decir, veía las cosas tal y como eran y en ese contexto esbozaba una respuesta inmediata para la circunstancia”. HERNANDO NIETO, Eduardo. *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: PUCP, 2000, p. 161.

con una particular concepción de justicia o algún criterio de legitimidad, y es que está claro que este famoso jurista germano construyó su monumental elaboración teórica en las antípodas de cualquier concepción normativista o racionalista del Derecho y la política, haciendo más bien énfasis en el elemento de la decisión política sin más.

Si bien Schmitt no se compromete con algún criterio de legitimidad específico, señala que “históricamente, pueden distinguirse dos clases de legitimidad –la dinástica y la democrática–, correspondientes a los dos sujetos del Poder constituyente que históricamente hay que considerar: príncipe y pueblo. Donde prepondera el punto de vista de la *autoridad*, será reconocido el Poder constituyente del rey; donde el punto de vista de la *maiestas populi* domina, la validez de la Constitución descansará en la voluntad del pueblo. Sólo puede hablarse de la legitimidad de una Constitución por razones históricas, y siempre bajo el punto de vista de la distinción entre legitimidad dinástica y democrática. En realidad, se trata con esto de la cuestión de la forma de existencia de una unidad política”²⁴.

El riesgo de la adopción acrítica del concepto de poder constituyente de Carl Schmitt es que con ella se da margen a la instauración de regímenes distintos al Estado Constitucional, con caracteres antiliberales y antidemocráticos, a diferencia de lo que sucede en el pensamiento de Sieyès, en el cual está presente la necesidad de reconocimiento de los derechos del hombre y un grado importante de democratización del Estado²⁵. Así, si bien está fuera de duda el aporte de Carl Schmitt al estudio del Derecho Constitucional, hay que tener presente que las ideas de Schmitt “[...] además de representar la culminación del pensamiento reaccionario, se tratarían de conceptos que impugnan profundamente las bases mismas de la moderna teoría constitucional. Dichos conceptos podrían ser

²⁴ SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, p. 104.

²⁵ En este sentido, Jorge Reinaldo Vanossi destaca que “el jusnaturalismo y el contractualismo subyacentes en la formación ideológica de Sieyès impedían toda derivación ‘totalitaria’ de la criatura constituyente; no así en el caso de Schmitt” (VANOSSI, Jorge. *Op. cit.*, p. 24.).

resumidos en los siguientes puntos: primero, su fundamental crítica al Estado de Derecho; segundo, su escepticismo frente al moderno parlamentarismo; tercero, los manifiestos peligros que desde la óptica reaccionaria trae consigo el liberalismo-democrático, y finalmente, su opción por lo que él denominará *Estado total cualitativo*, que sería el punto final del decisionismo político”²⁶.

En cuanto al concepto **materialista** del poder constituyente, este es asociado por Vanossi con Karl Marx y Vladimir Lenin por un lado, y con Ferdinand Lasalle por otro. En este sentido, desde la perspectiva del *materialismo histórico* de Karl Marx, adoptado también por Lenin, las relaciones de producción económica son la base de todo el orden social. Si bien no existe una elaborada teoría marxista sobre el poder constituyente, el marxismo sostiene que las causas últimas de los cambios sociales no están en el ámbito de la política o el Derecho, sino en la economía. El Derecho es parte de la llamada “superestructura” y como tal, es un elemento dependiente de la “estructura” económica²⁷, de manera que vendría a ser falsa cualquier construcción metafísica que se quiera hacer del poder constituyente pasando por alto esta realidad.

Dentro de la concepción marxista del Estado como herramienta de dominación de la clase burguesa sobre la clase trabajadora, “[...] la *constitución* aparece como la forma o instrumento de estabilización del dominio de una clase sobre otra, que esa clase dominante defenderá como manera de defenderse ella misma en cuanto clase, pero que si las circunstancias lo exigen y surge la necesidad de sacrificar la constitución para sacrificar una subversión, la clase en juego optará por el fondo (su defensa) y no por la forma (la constitución)”²⁸. Así, en realidad no habría algo así como un poder constituyente neutral que englobe a

²⁶ HERNANDO NIETO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 127.

²⁷ Friedrich Engels sostuvo categóricamente que “[...] la estructura económica de la sociedad constituye en cada caso el fundamento real a partir del cual hay que explicar en última instancia toda la superestructura de las instituciones jurídicas y políticas así como los tipos de representación religiosa, filosófica y de otra naturaleza, de cada período histórico” (ENGELS, Friedrich. *Anti-Dühring*. México D.F.: Grijalbo. 1964. p. 12. Cit. por: HARNECKER, Marta. *Los conceptos elementales del materialismo histórico*. 2ª edición. México D.F.: Siglo XXI Editores, 1971, p. 95).

²⁸ VANOSSI, Jorge. *Op. cit.*, p. 81.

todos los ciudadanos sin distinción alguna, porque la sociedad actual está dividida en clases con intereses antagónicos, y en esa realidad, la *lucha de clases* es el auténtico *motor de la historia* según la cosmovisión marxiana.

Desde una perspectiva parecida, mas no exactamente igual, Ferdinand Lasalle sostuvo categóricamente que los asuntos constitucionales atañen más que al ámbito jurídico, al terreno de las relaciones de poder, de allí su célebre frase: **“los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder [...]”**²⁹.

Lasalle, en esta lógica, distinguió con agudeza entre la *Constitución real* y la *“hoja de papel”*. Según el jurista prusiano, la Constitución real es el conjunto de los factores reales de poder en una sociedad dada. Por ello, en su contexto, decía Lasalle entre otras cosas que “[...] un rey a quien obedecen el ejército y los cañones [...] es un fragmento de Constitución”³⁰, mientras que el documento escrito que nosotros conocemos como Constitución es lo que Lasalle llama la *“hoja de papel”*, que puede o no coincidir en su letra con la Constitución real.

Para Lasalle, como es sabido, la Constitución escrita únicamente es duradera cuando se corresponde con la constitución real y efectiva, y cuando no se da esa correspondencia, termina imponiéndose inevitablemente la constitución real sobre la escrita, pues para él, “de nada sirve lo que se escriba en un *hoja de papel*, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder”³¹.

Se ha dicho en este sentido que uno de los aportes más importantes de Lasalle - en el marco de su visión realista de la Prusia de mediados del siglo XIX- fue el de revelar los distintos intereses políticos y económicos que se esconden detrás de las instituciones, de allí su alusión permanente a la centralidad que tienen los factores reales de poder. Sin embargo, actualmente se entiende que el Derecho Constitucional y más específicamente la Constitución, “[...] ni es simple

²⁹ LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 76.

³⁰ *Ibidem.*, p. 44.

³¹ LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Buenos Aires: Ed. Siglo Veinte, 1957, p. 39. Cit. por: VANOSSI, Jorge. *Op. cit.*, p. 95.

reflejo de lo político ni representa la totalidad de factores capaces de alcanzar influencia política. **La Constitución es un conjunto normativo** que opera en un plano distinto al de la realidad, sufriendo su influencia y condicionando sus manifestaciones, al mismo tiempo”³².

En fin, apartándose del idealismo *contractualista* de Sieyès y los revolucionarios franceses, Marx y Lasalle presentaron un enfoque *materialista* sobre los asuntos político-constitucionales, pues lo consideraban más fiel a la realidad. Sin embargo, como bien anota Vanossi, “[...] el énfasis puesto en tal metodología ha sido unilateralizado al extremo de la subestimación de todos los otros factores”³³.

Por último, tenemos el llamado concepto **dialéctico-plenario** de poder constituyente, atribuido al jurista alemán Hermann Heller, quien buscó superar los enfoques meramente contractualistas, decisionistas o materialistas, advirtiendo entre otras cosas que “toda teoría que prescindiera de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de la realidad y es, por eso, falsa ya en su punto de partida”³⁴. Heller parte de la base de que los asuntos constitucionales no son meramente asuntos fácticos, pero tampoco exclusivamente normativos, por el contrario, reconoce en su construcción dialéctica que “[...] al lado de esta fuerza de lo normal fáctico [...] tiene también una gran importancia la fuerza normalizadora de lo normativo”³⁵.

Hermann Heller lo que buscó en su construcción teórica fue superar las perspectivas meramente normativistas o decisionistas del Derecho

³² AJA, Eliseo. Introducción al concepto actual de Constitución. En: LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Trad. del alemán por Wenceslao Roces. Barcelona: Editorial Ariel. S.A., 1984, p. 59. El constitucionalista español Eliseo Aja, si bien reconoce los aportes de Lasalle, advierte igualmente que este autor, “[...] de la dicotomía *Constitución escrita-hoja de papel* y *Constitución real y efectiva* extrae una consecuencia [...] particularmente negativa para el análisis de las Constituciones modernas, y que fue sostenida durante largo tiempo por los partidos obreros. La idea de que la Constitución escrita, o es una traducción fiel de las fuerzas políticas y sus intereses respectivos o sólo cumple una función ideológica y mistificadora”. *Ibidem.*, p. 72.

³³ VANOSSI, Jorge. *Op. cit.*, p. 97.

³⁴ HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 296.

³⁵ *Ibidem.*, p. 270.

Constitucional, pues reconociendo la existencia de una “Constitución no normada” (ámbito del ser) y una “Constitución normada” (ámbito de la normatividad), advirtió que mientras “Kelsen hace consistir al Estado y a la Constitución en un deber ser, exclusivamente; C. Schmitt pretende eliminar de la Constitución toda normatividad. La teoría del Estado sólo podrá evitar estas unilateralidades si consigue descubrir la conexión real partiendo de la cual pueden ser explicadas y comprendidas tanto la Constitución en cuanto ser como la Constitución jurídica normativa y el método dogmático-jurídico a ella correspondiente”³⁶.

En cuanto al poder constituyente, Heller manifiesta que no se trata exclusivamente de voluntad política y decisión, sino que presupone también un elemento normativo y en este sentido, afirma categóricamente que “la existencialidad y la normatividad del poder constituyente no se hallan, ciertamente, en oposición, sino que se condicionan recíprocamente. Un poder constituyente que no esté vinculado a los sectores que son de decisivo influjo para la estructura de poder, por medio de principios jurídicos comunes, no tiene poder ni autoridad y, por consiguiente, tampoco existencia”³⁷.

Ya en el contexto latinoamericano, el jurista colombiano Luis Carlos SÁCHICA ensayó una teoría del poder constituyente, y para SÁCHICA, ninguna de las teorías de matriz europea sobre el poder constituyente son aplicables a la realidad latinoamericana, ni siquiera las dos más conocidas: la de Sieyès y la de Schmitt.

SÁCHICA destaca que la realidad hispanoamericana es completamente distinta a la europea. Dada la enorme exclusión social existente en nuestro contexto, no podríamos hablar –argumenta el profesor colombiano– de un poder constituyente inclusivo o englobante de toda la nación o el pueblo, pues “en

³⁶ *Ibidem.*, p. 279.

³⁷ *Ibidem.*, p. 298. Diferenciándose de Schmitt, Heller manifiesta igualmente que “la cuestión de la legitimidad de una Constitución no puede, naturalmente, contestarse refiriéndose a su nacimiento según cualesquiera preceptos jurídicos positivos, válidos con anterioridad. Pero, en cambio, sí precisa una Constitución, para ser Constitución, es decir, algo más que una relación fáctica e inestable de dominación, para valer como ordenación conforme a derecho, **una justificación según principios éticos de derecho** [las negritas son nuestras]”. *Ídem.*

Hispanoamérica la cuestión es diferente y más compleja [...] aquí el poder político ha sido y fue personalista y de difícil institucionalización”³⁸.

Sáchica señala, desde una perspectiva más bien política y sociológica, que “es abusivo, pues, dar por existente un poder nacional pleno, dominante y soberano, origen y soporte de la Constitución del Estado en una situación económica de subdesarrollo”³⁹.

Para este jurista, una concepción hispanoamericana del poder constituyente, en función de nuestro contexto de subdesarrollo, debe ir más allá de las concepciones elaboradas por Schmitt y Sieyès, pues el poder constituyente, además de ser concebido como un poder nacional, *común* y *decisor*, debe ser “**solidarista**” y “**justiciero**”, así como “**autonomista**” (que rompa la dependencia externa).

Señala además el jurista colombiano que el poder constituyente debe incluir en su ejercicio a todos los componentes de la sociedad y no sólo a los partidos políticos. La función constituyente debe implicar entonces correspondencia y cooperación entre gobernantes y gobernados e integración de los diversos elementos sociales. Advierte de igual forma que la titularidad del poder constituyente no es exclusiva del pueblo o de la nación, sino que es “conjunta”, es decir, “[...] **del grupo predominante** en la nación en el momento histórico respectivo, en situación efectiva de adoptar la decisión política constituyente, y **del pueblo** que la asiente y convalida, aportándole su legitimidad [...] [las negritas son nuestras]”⁴⁰. Así las cosas, para él, “[...] **no hay ejercicio del poder constituyente sin concurrencia del pueblo, pero este no puede ejercer su poder, directamente, por sí mismo y requiere de una conducción inteligente y audaz**”⁴¹.

³⁸ SÁCHICA, Luis Carlos. *Esquema para una teoría del poder constituyente*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p. 9.

³⁹ *Ibidem.*, p. 15.

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 91.

⁴¹ *Ídem.*

1.3. Características

El poder constituyente tiene unas particularidades que lo diferencian de cualquier otra especie de poder político: es **originario, soberano y extraordinario**. En cuanto a la primera característica, Ernesto Saa Velasco señala que “el poder constituyente originario es fuente y punto de partida de la normatividad jurídica [...]”⁴². El poder constituyente es el que da origen a la Constitución, mientras que, como veremos, el poder de reforma deriva su existencia de la Constitución, de allí que algunos hayan optado por llamarle a este último poder constituyente *derivado* o *constituido*.

La condición de soberano hace alusión, como es obvio, a la soberanía, y se ha dicho que una de las características fundamentales de la soberanía es que es “*absoluta*”, entre otras cosas porque el poder constituyente autodetermina el orden jurídico fundamental del Estado de una manera libre y sin limitaciones jurídicas expresas en principio. Así las cosas, el poder constituyente es soberano porque opera con plena libertad, sin limitaciones jurídico-positivas, aunque más adelante matizaremos esta afirmación, pues en la actualidad se entiende que hasta la soberanía debe respetar determinadas barreras.

En democracia –es necesario recalcarlo– la soberanía característica del poder constituyente deriva y sólo puede derivar del pueblo, y en esa dirección, los textos constitucionales en casi todo el mundo tienden a reconocer la llamada soberanía popular. Así, por utilizar un claro ejemplo, el artículo 3 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dice lo siguiente:

“Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

⁴² SAA VELASCO, Ernesto. *Teoría constitucional general*. Ediciones Talleres del Departamento del Cauca: Popayán, 1986, p. 173. Cit. por: NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 8ª edición, aumentada y corregida. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 357.

Queda claro entonces que: “en contraposición a los poderes constituidos, ordenados y limitados en la Constitución, aparece de este modo, como poder previo, ilimitado y total el poder constituyente”⁴³.

Ahora bien, la caracterización del poder constituyente como soberano no es pacífica en la doctrina, así, por ejemplo, para el constitucionalista panameño César Quintero, el poder constituyente es una manifestación más del poder público y técnicamente vendría a ser tan solo una función extraordinaria del Estado. El mencionado jurista tampoco reconoce al pueblo como titular de la soberanía ni del poder constituyente, ya que considera que “[...] el titular de la soberanía es el Estado. El pueblo no puede ser sujeto o titular de la soberanía porque, a diferencia del Estado, no es una persona jurídica”⁴⁴. Advierte además que en realidad “[...] ningún ‘pueblo’ ha hecho jamás Constitución alguna. La única operación popular posible en cuanto a constituciones, es la que puede efectuar el electorado (sector relativamente minoritario del pueblo), ya sea diciendo ‘sí’ o ‘no’ mediante referéndum a un texto constitucional elaborado por conocedores de la materia; o bien, eligiendo miembros de una convención constituyente”⁴⁵.

Diferimos de estas apreciaciones, pues consideramos que la soberanía popular como uno de los principios fundamentales del Estado constitucional de Derecho es la que en gran medida distingue al régimen democrático del que no lo es. Según este principio, el poder público del Estado emana del pueblo y no de un monarca o alguna fuente similar⁴⁶, de allí la importancia de que en nuestro contexto el Presidente, los congresistas y las autoridades locales de gobierno sean elegidos por los ciudadanos mediante sufragio universal. Cosa distinta es la

⁴³ DE VEGA, Pedro. *Op. Cit.*, p. 25.

⁴⁴ QUINTERO, César. *Crítica a la teoría tradicional del poder constituyente*. Panamá: Cultural Portobelo, 1998, p. 46.

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 44-45.

⁴⁶ Destaca Carlos Sánchez Viamonte que la “soberanía popular es una expresión dialéctica contra la monarquía de derecho divino; se sigue utilizando el término soberanía porque se quiere utilizar el mismo concepto, aunque cambia de sentido, y hasta adquiere un franco carácter de oposición, de contradicción y de rectificación polémica cuando se la califica de popular. Eso quiere decir que ya no es monárquica sino que, por el contrario, ha pasado a manos del pueblo, que hasta entonces había sido súbdito” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Op. cit.*, p. 265.).

soberanía estatal en el territorio nacional desde el punto de vista jurídico y político, que alude más bien a la autoridad suprema efectiva del Estado, independientemente del régimen político del que se trate.

Así las cosas, cuando se señala que el pueblo es “titular” de la soberanía, no se alude a una titularidad jurídica en sentido estricto, tal como se entendería, por ejemplo, en el Derecho Privado, sino a que en una república el poder público emana del pueblo, esto es lo que se busca enfatizar. En esta dirección se podría decir que cuando el pueblo ejerce el poder constituyente, al crear la Constitución perfila los poderes constituidos, que actuarán entonces por la delegación del ejercicio del poder público que el pueblo como soberano ha hecho por medio de la Constitución.

En cuanto al carácter **extraordinario** del poder constituyente, lo que cabe resaltar es que el ejercicio del poder constituyente es excepcional y poco frecuente. Por el contrario, los múltiples poderes constituidos del Estado funcionan normalmente de manera cotidiana.

Desde el punto de vista político podríamos decir que el poder constituyente entra en acción en situaciones históricas concretas que normalmente son momentos de crisis, ruptura y renovación políticas (independencias, revoluciones, concertaciones nacionales, etc.) y que requieren del mayor consenso posible⁴⁷. En otras palabras, en condiciones de normalidad, el poder constituyente se encuentra latente y sólo entra en acción en situaciones políticas *de cambio* muy especiales.

Además de actuar excepcionalmente, lo hace en un período relativamente corto de tiempo, pues es un poder de actuación intermitente, a diferencia de los poderes constituidos, que son poderes de actuación permanente en el tiempo.

⁴⁷ José Omar Cairo Roldán resalta la importancia que tiene el elemento del *consenso* en el ejercicio del poder constituyente a fin de evitar el surgimiento de regímenes autocráticos y agrega que “este consenso consiste en la común intención de las tendencias políticas presentes en una sociedad de crear una estructura organizativa completa para el sistema constitucional o de revisar totalmente la organización existente pero –debido a circunstancias especiales– prescindiendo de los mecanismos que la Constitución establece para su reforma. No podrá ser, por lo tanto, el resultado de la imposición de una mayoría política eventual, por más considerable que sea su dimensión numérica”. CAIRO ROLDÁN, José Omar. *Op. cit.*, p. 17.

En forma gráfica, expresaba Juan Donoso Cortés que el poder constituyente “aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue”⁴⁸.

Inclusive, la propia intervención del pueblo en el ejercicio del poder constituyente es normalmente rápida. En esta dirección anota certeramente Martin Kriele que “[...] el poder constituyente del pueblo se agota, en el mejor de los casos, en dos actos: en la elección de los representantes para la convención constituyente y en la aclamación plebiscitaria del proyecto que es sometido a su consideración”⁴⁹.

1.4. Límites

Parece contradictorio hablar de límites al poder constituyente cuando ya hemos mencionado que el mismo es soberano y por lo tanto “absoluto”, y es que como bien indica agudamente Juan Luis Requejo, no ha sido “[...] infrecuente confundir la omnipotencia jurídica del soberano con sus capacidades en el ámbito de la realidad fáctica”⁵⁰.

En otras palabras, el hecho de que el poder constituyente sea soberano, en el sentido de que no está reglamentado por ninguna norma jurídica previa, no quiere decir que esté aislado de la sociedad, la cultura, la política, el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las demás realidades concretas existentes. Resulta obvio, como indica un ejemplo clásico en esta materia, que existen “[...] imposibilidades radicales por motivos

⁴⁸ DONOSO CORTÉS, Juan. *Lecciones de Derecho político (1836-1837)*. Madrid. 1984, p. 72. Cit. por: RUIPÉREZ, Javier. *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2003, p. 24.

⁴⁹ KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Trad. del alemán por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 153.

⁵⁰ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 53.

extrajurídicos o extrapolíticos, como el principio inglés según el cual el Parlamento puede hacerlo todo menos cambiar el sexo de las personas”⁵¹.

El poder constituyente, cuando actúa, puede producir muchos cambios en una sociedad, pero está claro que no puede cambiarlo todo, no puede ir más allá de lo que la realidad política le permite⁵². Es imposible que modifique la raza, el pasado, o cambie la conducta moral de cada ciudadano. Estas seguirán siendo realidades meta-constitucionales, pues la realidad social va más allá de lo meramente constitucional. Decimos esto sin subestimar –por supuesto– el peso que la política y que el poder constituyente como poder eminentemente político tienen y podrían tener en los destinos de una sociedad, pero debemos reconocer que el poder constituyente tiene sus fronteras allí donde inician otras realidades que trascienden lo político-constitucional. Dichas fronteras son los llamados **límites absolutos** al poder constituyente.

En segundo lugar, existen los llamados **límites autónomos**, que no son más que las autolimitaciones que el poder constituyente ejerce sobre sí mismo. Así, por ejemplo, una Asamblea Constituyente decide sobre plazos, sesiones y procedimientos en general, a los cuales someterá su propia actuación. A fin de cuentas, todo proceso constituyente requiere de algún orden.

Por último, hay también **límites heterónomos**, y “[...] son aquellos que proceden de presiones externas que producen una aminoración de la facultad política decisoria [...]”⁵³.

Los límites heterónomos están sobre todo referidos al Derecho Internacional Público y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que sin duda representan “presiones” en un proceso constituyente. Tratados internacionales,

⁵¹ NARANJO MESA, Vladimiro. *Op.cit.*, p. 358.

⁵² En este sentido, el constitucionalista peruano Sigifredo Orbegoso señala que “[...] si bien es cierto que no existe poder o norma positiva capaz de limitar las decisiones de los representantes de una Asamblea Constituyente, eso no significa que de hecho no existan limitaciones provenientes de la realidad o medio social circundante así como de la propia naturaleza psicosocial de los representantes de la Constituyente” (ORBEGOSO, Sigifredo. *Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C., 2002, p. 95.).

⁵³ *Ídem*.

sobre todo en materia de Derechos Humanos y democracia deberán ser entonces respetados en todo proceso constituyente democrático.

Estas presiones internacionales son cada vez mayores en el marco de la globalización, no sólo económica, sino jurídico-política. En este sentido, aunque refiriéndose al ámbito de la integración europea, Juan Luis Requejo sostiene en forma esclarecedora lo siguiente:

“[...] cada decisión del constituyente nacional a favor de la aplicabilidad irreversible de sistemas foráneos de aplicación preferente limitan el margen de acción de los constituyentes sucesivos, hasta el punto de que la Constitución instaurada por éstos puede limitarse a constituir un sistema de normas propio cuya aplicación directa represente la excepción antes que la regla. Llegados a este extremo [...] la Constitución formal habrá dejado de ser la verdadera norma constituyente del Estado”⁵⁴.

1.5. Formas de ejercicio

Advierte el constitucionalista español Pedro De Vega que “[...] la pregunta sobre el cómo se ejerce realmente el poder constituyente, se convierte por necesidad en el centro medular y el núcleo de referencia de toda su problemática”⁵⁵. Este mismo autor destaca que en principio existen dos grandes modelos históricos de ejercicio del poder constituyente, el estadounidense y el francés.

Por un lado, el **modelo estadounidense** exige la participación directa del pueblo como titular de la soberanía, pues el poder constituyente no puede ejercerse por medio de representantes, por consiguiente, una convención constituyente nunca puede considerarse como titular del poder constituyente. Como consecuencia de esta concepción, cualquier proyecto de Constitución que elabore una convención constituyente deberá ser sometida al pueblo en referéndum para su ratificación, pues el pueblo es depositario de la soberanía y titular del poder constituyente.

⁵⁴ REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁵ DE VEGA, Pedro. *Op. cit.*, p. 29.

Por otro lado, el **modelo francés** perfilado por Sieyès acoge plenamente el mecanismo de representación para el ejercicio del poder constituyente, pues la nación no puede expresar su voluntad por sí sola y necesita de representantes, en quienes quedará delegado el ejercicio del poder constituyente, sin necesidad de que el pueblo participe directamente en la aprobación de la Constitución⁵⁶. En este sentido, Sieyès destaca que el cuerpo de representantes extraordinario encargado de elaborar la Constitución “[...] reemplaza a la nación en su *independencia* de toda clase de formas constitucionales”⁵⁷ y agrega que estos representantes “están puestos en lugar de la nación misma que tiene que regular la constitución. Son independientes de esta como ella. Les basta querer como quieren los individuos en el estado de naturaleza” y “[...] su voluntad común valdrá por la de la nación misma”⁵⁸.

Otros estudiosos han advertido que el poder constituyente ha sido ejercido históricamente en la práctica ajustándose a las siguientes modalidades:

El otorgamiento: Durante la monarquía, el Rey, como único titular de la soberanía, otorgaba una Constitución, a la cual debían someterse los súbditos. Con más cercanía a nuestros tiempos “[...] ha habido manifestaciones de este tipo de decisión constituyente en el caso en que una dictadura personal o colegiada, generalmente militar y originada en un golpe de Estado, formula, mediante un acto constitucional las metas de su acción inmediata, los poderes que se atribuye y las garantías que dice conceder a los gobernados”⁵⁹.

Desde esta perspectiva, no nos cabe la menor duda que la Constitución Política panameña de 1972, producida en el marco de la dictadura militar, es, en cuanto a su origen, una Constitución otorgada.

⁵⁶ *Idídem.*, p. 29 y ss.

⁵⁷ SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Qué es el tercer estado?* Trad. del francés por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973, p. 83.

⁵⁸ *Idídem.*, p. 84.

⁵⁹ SÁCHICA, Luis Carlos. *Derecho Constitucional general*. 3ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 21.

El pacto: El poder constituyente opera en este caso en el marco “[...] de un pacto, de una negociación política, de la concertación entre grupos dominantes en pugna, o entre el poder establecido y sus opositores”⁶⁰. SÁCHICA señala que esta modalidad se utilizó para producir la Constitución colombiana de 1991.

Convención o Asamblea Constituyente: La Asamblea Constituyente viene a ser un organismo extraordinario cuyos integrantes (diputados constituyentes) son elegidos democráticamente por los ciudadanos para presentar una nueva Constitución, o producir importantes reformas a la Constitución vigente.

El concepto de *asamblea* constituyente se remonta a la Francia revolucionaria de finales del siglo XVIII, específicamente al año 1789, durante el cual se reunió una Asamblea Nacional con el fin de redactar una nueva Constitución para Francia. No debemos soslayar que Estados Unidos también produjo su Constitución de 1787 mediante una institución similar, denominada “*Constitutional Convention*”, que algunos traducen al castellano como Convención Constitucional y otros como Convención Constituyente.

El constitucionalista panameño Carlos Bolívar Pedreschi, define la asamblea constituyente de la siguiente manera:

- “1. Por su función, una Asamblea Constituyente es un ente que produce Constituciones.
2. Por su composición, una Asamblea Constituyente es el conjunto de personas físicas en quienes se ha ubicado la responsabilidad de redactar y expedir una Constitución, previas las deliberaciones que fueren pertinentes”⁶¹.

El referéndum constituyente: algunos advierten que el poder constituyente actúa en este caso cuando el pueblo, en su calidad de electorado, aprueba o rechaza a través del voto un texto constitucional propuesto. En este sentido, se

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ PEDRESCHI, Carlos Bolívar. *Asamblea constituyente y realidad nacional*. Panamá: Conferencia dictada el día 5 de febrero de 1980 en el seminario organizado por la Unión de Ciudadanos de Panamá, 1980, p. 2.

considera que el primer texto constitucional sometido a referéndum fue la Constitución francesa de 1793.

2. Poder de reforma

2.1. El concepto y su origen histórico: el aporte del constitucionalismo estadounidense

Diferenciado del poder constituyente, que es originario, soberano y extraordinario, capaz de cambiar completamente una Constitución, existe un poder esencialmente limitado y regulado jurídico-constitucionalmente que es conocido como poder de reforma, el cual –como su nombre lo indica- es capaz de producir reformas a la Constitución política.

Al poder de reforma también le han denominado poder de revisión, poder constituyente constituido y poder constituyente derivado, entre otras posibles denominaciones. Pero más allá de sus denominaciones, que por cierto podrían prestarse a confusión, debe quedar claro que “mientras el poder constituyente es un poder previo, y se encuentra siempre por encima de la Constitución, el poder de reforma es un poder que se configura, ordena y establece en la propia Constitución, de donde proceden y en donde se legitiman todas sus facultades de actuación”⁶².

No obstante lo señalado, hay constitucionalistas que rechazan la distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. En esta dirección, el constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié señala lo siguiente:

“[...] no hay para nosotros diferencia entre el poder constituyente originario y el derivado, en el sentido de que uno sea supremo y el otro no. La diferencia solo existe de hecho: si el poder constituyente cumple con las disposiciones constitucionales que regulan su acción, se lo denomina derivado (procesalmente); si no lo hace, se lo denomina originario. Pero el derivado puede, cumpliendo con las prescripciones de la Constitución (si no

⁶² DE VEGA, Pedro. *Op. Cit.* p. 107-108.

las cumple lo mismo), modificar en el todo o en cualquiera de sus partes a la Constitución: en tal sentido el poder constituyente derivado puede hacer una revolución tan bien como la puede hacer el originario”⁶³.

Similar posición tiene el constitucionalista panameño César Quintero, para quien “los cambios constitucionales que se efectúan de acuerdo con las prescripciones de la Constitución (poder constituyente ‘constituido’) y los que se llevan a cabo con independencia de dichas prescripciones (poder constituyente ‘originario’), son operaciones de la misma naturaleza y trascendencia”⁶⁴.

Nosotros nos decantamos más bien por la posición que reconoce la importante diferencia existente entre el poder constituyente y el poder de reforma, dado que mientras aquel no está sometido a los límites materiales y formales establecidos en la Constitución que pretende cambiar, este último debe ceñirse estrictamente al procedimiento y los límites que dimanen de la Constitución. Así las cosas, como hemos venido reconociendo a lo largo de este trabajo, consideramos que el poder constituyente y el poder de reforma son indudablemente de distinta naturaleza y alcance.

La constitucionalista española María Victoria García-Atance señala que la reforma constitucional “no es más que el proceso jurídico que se sigue para producir cambios en la norma fundamental, al fin de adaptarla a las nuevas contingencias por las que atraviesa la comunidad, en la que aquella se inserta”⁶⁵ y consideramos que es dentro de dicho marco que el poder de reforma debe ser entendido, no más allá; de lo contrario, poder constituyente y poder de reforma serían conceptos intercambiables y sin diferencia alguna.

En cuanto al origen histórico del poder de reforma, se trata indiscutiblemente de un aporte del constitucionalismo estadounidense, tal como han dejado claro varios investigadores, pues en la Constitución estadounidense de

⁶³ QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 47.

⁶⁴ QUINTERO, César. *Op. cit.*, p. 47.

⁶⁵ GARCÍA-ATANCE, María Victoria. *Reforma y permanencia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 72.

1787, específicamente en su artículo V, se previó dos mecanismos para reformar la Constitución, introduciéndose así el poder y la técnica de reforma constitucional en el constitucionalismo moderno⁶⁶. Si bien el constitucionalista Víctor García Toma señala que “desde una perspectiva histórica el poder constituyente derivado o constituido se gesta en 1791, con las diez primeras enmiendas establecidas en la Constitución americana (1787)”⁶⁷, debemos señalar que el poder de reforma ya se había gestado en la Constitución federal estadounidense de 1787, lo que más bien sucedió en 1791 es que dicho poder fue ejercido por primera vez, pero ya estaba previsto en dicha Constitución.

2.2. Características

- **El poder de reforma es derivado:** A diferencia del poder constituyente originario, que da origen a la Constitución, el poder de reforma deriva su existencia de la Constitución. Por ende, su alcance está delimitado en la Constitución Política del Estado, y su modo de actuación está detallado en la llamada cláusula de reforma.
- **El poder de reforma es legal:** el poder de reforma es fundamentalmente jurídico, por lo tanto, limitado. No puede operar con la misma libertad con que opera el poder constituyente y sus actuaciones están sometidas a control constitucional. Así las cosas, coincidimos en principio con María Victoria García-Atance en que las reformas a la Constitución pueden ser de dos tipos:

“-Reformas constitucionales de la Constitución: aquellas que se producen siguiendo los procedimientos a tal objeto.

⁶⁶ PÉREZ ROYO, Javier. *La reforma de la Constitución*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987, p. 19 y ss.; CAIRO ROLDÁN, José Omar. *Op. cit.*, p. 22. Gonzalo Ramírez Cleves detalla que antes de la Constitución federal estadounidense de 1787, “[...] la Constitución de Pennsylvania de septiembre de 1776 se convierte en la primera normatividad constitucional en establecer un mecanismo de reforma, junto a las constituciones de Delaware, Maryland y Georgia” (RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 288).

⁶⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3ª ed. Arequipa: Editorial Adrus, 2010, p. 531.

-Reformas inconstitucionales a la Constitución: son las verificadas sin observar los procedimientos previstos para tal fin”⁶⁸.

Aunque, como veremos en otro punto, la constitucionalidad de una reforma no depende únicamente de si se sigue o no el procedimiento establecido en la cláusula de reforma, sino también de si se respeta o no los límites materiales de la reforma constitucional.

- **El poder de reforma es limitado:** Como se desprende claramente de las dos características anteriores, el poder de reforma es limitado. Pero ello se debe no solamente a que tiene que actuar conforme a los procedimientos constitucionales previstos, sino también a que el poder de reforma debe limitarse a hacer reformas a la Constitución y no cambiarla totalmente o reemplazarla, y es que somos de la idea de que “[...] la facultad de reforma, por ser una facultad legal-constitucional, es limitada y no puede pretender abolir o suprimir la Norma que le confiere su propio fundamento”⁶⁹. Más adelante profundizaremos el tema de los límites que tiene toda reforma constitucional.

Con lo antes dicho, queda claro que el poder constituyente y el poder de reforma tienen distinta naturaleza y alcance, pues mientras el poder constituyente es originario, soberano y extraordinario, el poder de reforma es derivado, legal y limitado, sometido enteramente a los cauces que le establece la Constitución.

2.3. Reforma total y reforma parcial de la Constitución

En cuanto al alcance que puede tener una reforma constitucional, algunas constituciones y un sector de la doctrina han distinguido entre reforma total y reforma parcial de la Constitución. Podría pensarse que una reforma total de la Constitución es una operación en la cual formalmente es posible someter a revisión todo el texto de la Constitución, mientras que una reforma parcial es aquella dirigida a afectar determinadas normas de la Constitución, sin revisarla en

⁶⁸ GARCÍA-ATANCE, María Victoria. *Op. cit.* p. 73.

⁶⁹ *Ibidem.* p. 178.

su integridad, sin embargo, los conceptos de reforma total y parcial no son tan claros como parece.

En el lenguaje simple, el vocablo *total* quiere decir “general, universal, y **que lo comprende todo en su especie** [las negritas son nuestras]”⁷⁰, sin embargo, como se sabe, el lenguaje jurídico es técnico y demanda mayor precisión. Entrando precisamente al ámbito jurídico, advertimos que algunas constituciones en lugar de hablar de reforma total, se refieren a la reforma *general*, tal es el caso del artículo 196 de la Constitución de Costa Rica, el cual indica que una reforma general de la Constitución solo puede hacerse mediante una Asamblea Constituyente convocada al efecto. En este sentido, el constitucionalista costarricense Rubén Hernández Valle señala que “la reforma constitucional puede ser parcial, cuando se modifican uno o varios artículos; es general, en cambio, cuando es modificada **la totalidad del texto constitucional vigente** o bien **partes vitales de él que impliquen un cambio radical en su régimen político, económico o social** [las negritas son nuestras]”⁷¹.

Pero más que un aspecto numérico, lo que caracteriza a la reforma total según algunos exponentes de la doctrina es que plantea como posibilidad la revisión de los aspectos centrales del régimen constitucional, por ello es que Roger Rodríguez Santander considera que “[...] en realidad cuando desde una perspectiva teórica se alude a la reforma total de la Constitución se alude antes que a la Constitución formal o al texto escrito de la misma, a la Constitución material o real, de forma tal que la reforma total del sistema constitucional opera cuando la voluntad del poder constituyente trastoca en su esencia la identidad constitutiva que venía expresando un Estado como nación, sea porque se revierte la estructura formal del Estado mismo, sea porque se modifican o desaparecen los

⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. 22ª edición. Madrid. 2012. Voz: *total* [Consulta: 27 de noviembre de 2015]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aA3yF5I>

⁷¹ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13, núm. 37, enero-abril de 1993, p. 147 [Consulta: 22 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_037_149.pdf.

vínculos materiales de legitimidad, expresados, por ejemplo, en el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre”⁷² y advierte más adelante que “[...] **cuando una Constitución escrita hace alusión a su reforma total, no hace sino aceptar la posibilidad de su desaparición como texto, para dar lugar a uno ‘nuevo’**”⁷³.

Más allá de estos señalamientos doctrinales, el Tribunal Constitucional, al abordar el tema de la reforma parcial y total de la Constitución, deja en claro su posición de la siguiente manera:

“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** [las negritas son nuestras]”⁷⁴.

Visto lo anterior, uno de los problemas que plantea el concepto de “reforma total” de la Constitución es que abre la posibilidad de que se confunda la operación de reforma con una operación del poder constituyente como tal, desapareciendo cualquier especie de limitación a la labor de reforma más allá de respetar el procedimiento establecido en la cláusula de reforma, pues allí donde se

⁷² RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. Poder constituyente y reforma constitucional. En: *Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año 1, n° 1, setiembre de 2005, p. 162.

⁷³ *Ídem*.

⁷⁴ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamentos jurídicos n° 122 y 123 [Consulta: 22 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

invoca una reforma “total” podría llegar a pensarse que se ponen en juego los aspectos fundamentales del Estado constitucional, como los derechos fundamentales o el régimen democrático, que forman parte de los “presupuestos básicos de la organización política, económica y social” de la Constitución a los que se refiere el Tribunal Constitucional.

Particularmente, en los Estados con una Constitución que prevé la denominada *reforma total* y al mismo tiempo no establece cláusulas de intangibilidad, podría pensarse que está permitido jurídicamente la destrucción de la Constitución y el Estado constitucional como tal, sin embargo, estimamos que esa es una interpretación posible pero incorrecta, pues la reforma total de la Constitución deberá respetar los denominados límites materiales implícitos que se derivan lógicamente de la Constitución en un Estado constitucional democrático, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

Es así que vemos la existencia de una tensión entre el alcance que podría darse a una reforma total de la Constitución y la existencia de límites materiales implícitos que se derivan esta, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales de la persona y el régimen democrático como tal. En este sentido, la idea que expresamos a lo largo de este estudio es que al invocarse una reforma total de la Constitución, no debe entenderse que se hace un llamado a destruir la Constitución, sino a someterla a una revisión general pero sin poder transgredir los límites materiales que de la Constitución se derivan. Por esta razón es que consideramos que no es viable una reforma total en sentido *literal*, pues el poder de reforma no está facultado para destruir el sistema.

El constitucionalista español Pedro De Vega va aún más lejos y critica severamente la inclusión de la llamada reforma total en la Constitución española de 1978, señala en esta línea que “[...] la reforma está por necesidad sometida a límites; **incluso cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa**

legal, se reconoce, como sucede en nuestro ordenamiento, la posibilidad de reformas totales [las negritas son nuestras]”⁷⁵.

Las críticas de este importante autor apuntan a que allí donde se ha constitucionalizado la reforma total y no se han establecido expresamente límites a las posibilidades del poder de reforma, se ha terminado identificando en gran medida al poder de reforma con el poder constituyente, lo cual significaría atribuir facultades excesivas al poder de reforma. De Vega afirma que el poder de reforma únicamente puede ser entendido como un poder constituido que está limitado tanto formal como materialmente, plantea entonces en el contexto español que “[...] el poder de reforma, conforme a las más elementales exigencias del Estado constitucional, no admite otra configuración posible que la de entenderlo como un poder constituido y limitado. Lo que significa que **las previsiones de reforma total**, como la establecida en el artículo 168, **en cuanto asimilan al poder de revisión con el poder constituyente, entran en colisión frontal con la propia lógica del Estado constitucional** [las negritas son nuestras]”⁷⁶.

Cabe destacar que la Constitución peruana prevé expresamente la posibilidad de una reforma total de la Constitución en su artículo 32 inciso 1, según el cual puede ser sometido a referéndum tanto la “reforma total” como parcial de la Constitución, mientras que la Constitución panameña incluye también la posibilidad de la reforma total en su artículo 314 constitucional, reforma que sería elaborada por una Asamblea Constituyente *Paralela* convocada para los efectos, normas que analizaremos en detalle en un apartado posterior. Ambas Cartas coinciden también en que no establecen límites materiales expuestos al poder de reforma o cláusulas de intangibilidad.

El Tribunal Constitucional peruano, ha señalado sobre el tema que nos ocupa que “cuando el artículo 32°, inciso I), 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

⁷⁵ DE VEGA, Pedro. *Op. cit.*, p. 69.

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 221.

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’) [las negritas son nuestras]”⁷⁷.

Nosotros consideramos que puede prestarse a confusión el referirse a una “función constituyente” constitucionalizada, pues lo que está descrito en la Constitución es en sentido estricto una función de reforma aunque se indique que la reforma puede ser parcial o *total*, función que habrá de ser entendida siempre bajo límites formales y materiales.

Concluimos este apartado señalando que si bien algunas constituciones en sus textos diferencian entre reforma total y parcial de la Constitución, muchas veces en la práctica no se ha determinado con precisión qué distingue a una de la otra, es decir, cuándo una reforma deja de ser parcial y pasa a ser total. No obstante, tampoco coincidimos plenamente con aquel sector de la doctrina y la jurisprudencia que señala que una reforma total es aquella que sustituye íntegramente el llamado *núcleo esencial* de la Constitución sin más, pues ello podría interpretarse como una posibilidad de desconocer los límites materiales del poder de reforma. Lo que podríamos afirmar por el momento es que entendemos que una reforma parcial es aquella en la cual se lleva adelante la revisión de una parte de la Constitución, mientras que mediante la llamada *reforma total* se concreta un cambio general del texto constitucional, pero en ninguno de los dos casos la reforma podrá desconocer los límites formales ni materiales a que está sometido el poder de reforma.

⁷⁷ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 102 [Consulta: 22 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

2.4. Límites:

2.4.1. Límites formales

Los límites del poder de reforma se han clasificado de varias maneras, pero como señala Álvaro Echeverri Uruburu, hay básicamente dos tipos de límites a la reforma constitucional: **límites formales** y **límites materiales**⁷⁸. Por *límites formales* se ha entendido fundamentalmente los requisitos de procedimiento que debe seguir una reforma constitucional según la Constitución. El Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente sobre el contenido de los límites formales:

“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 [las negritas son nuestras]⁷⁹.

A los elementos antes descritos podría añadirse, entre otros, el relativo a la **iniciativa de reforma**, es decir, quiénes tienen la facultad constitucional de iniciar un procedimiento de reforma. Pero más allá de este tipo de detalles, lo importante es que en lo relativo a los límites formales que debe respetar una reforma constitucional parece no haber mayor discusión, pues se asume que en el marco de un Estado constitucional de Derecho el poder de reforma es un poder constituido

⁷⁸ ECHEVERRI, Álvaro. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. 4ª ed. Bogotá: Editorial Temis, 1990, pp. 263-264.

⁷⁹ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 72 [Consulta: 22 de abril de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

y regulado en la propia Constitución, por lo tanto, debe actuar de conformidad con el procedimiento expresamente establecido en la cláusula de reforma. En este sentido, cualquier reforma que se adelante transgrediendo el procedimiento establecido constitucionalmente podrá ser declarada inconstitucional.

En el caso de la Constitución Política de la República del Perú de 1993, el artículo 206 es el que establece el procedimiento de reforma, por lo tanto, allí es donde encontramos fundamentalmente los límites formales de la reforma constitucional. Dicho artículo dice así:

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.

De la lectura de esta norma se puede decir que existen dos **procedimientos** de reforma claramente diferenciados, cada uno con requisitos particulares, pero en ambos casos, queda claro que el **único órgano** con competencia para reformar la Constitución peruana es el Congreso de la República y que únicamente tienen iniciativa de reforma el Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros, los congresistas y los ciudadanos (con un mínimo del 0.3% de la población electoral). Un primer procedimiento establece que la reforma debe ser aprobada por la mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso y que luego debe ser **ratificada** por los ciudadanos mediante referéndum. La otra vía es que el Congreso apruebe la reforma en dos legislaturas ordinarias seguidas con una votación en ambos casos superior a los dos tercios del número legal de congresistas, supuesto en el cual no será necesario un referéndum constitucional para que se perfeccione la reforma.

En el caso de Panamá, su Constitución Política de 1972 establece tres mecanismos de reforma, dos en el artículo 313, y uno en el artículo 314, introducido en la última reforma constitucional del año 2004, veamos primeramente lo que dice el extenso artículo 313 de la Constitución panameña:

Artículo 313. La iniciativa para proponer reformas constitucionales corresponde a la Asamblea Nacional, al Consejo de Gabinete o a la Corte Suprema de Justicia. Dichas reformas deberán ser aprobadas por uno de los siguientes procedimientos:

- 1 Por un Acto Constitucional aprobado en tres debates por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional, el cual debe ser publicado en la Gaceta Oficial y transmitido por el Órgano Ejecutivo a dicha Asamblea, dentro de los primeros cinco días de las sesiones ordinarias siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional electa en las últimas elecciones generales, a efecto de que en su primera legislatura sea debatido y aprobado, sin modificación, en un solo debate, por la mayoría absoluta de los miembros que la integran.
- 2 Por un Acto Constitucional aprobado en tres debates por la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional, en una legislatura, y aprobado, igualmente, en tres debates, por mayoría absoluta de los miembros de la mencionada Asamblea, en la legislatura inmediatamente siguiente. En esta se podrá modificar el texto aprobado en la legislatura anterior. El Acto Constitucional aprobado de esta forma deberá ser publicado en la Gaceta Oficial y sometido a consulta popular directa mediante referéndum que se celebrará en la fecha que señale la Asamblea Nacional, dentro de un plazo que no podrá ser menor de tres meses ni exceder de seis meses, contados desde la aprobación del Acto Constitucional por la segunda legislatura.

El primer párrafo del artículo 313 constitucional se refiere a la “iniciativa para proponer reformas constitucionales” y en este caso es común a los dos mecanismos de reforma contenidos en este artículo. Como se puede observar, la iniciativa le compete a la Asamblea Nacional, al Consejo de Gabinete⁸⁰ y a la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, esta disposición alude a los 3 principales

⁸⁰ Según el artículo 144 de la Constitución Política de Panamá, “el *Consejo de Gabinete* es la reunión del Presidente de la República, quien lo presidirá, o del Encargado de la Presidencia, con el Vicepresidente de la República y los Ministros de Estado [las cursivas son nuestras]”.

órganos⁸¹ del Estado como únicos posibles artífices de una iniciativa de reforma a la Constitución que se quiera llevar a cabo a través de uno de estos dos mecanismos: el Órgano Ejecutivo (Consejo de Gabinete), el Órgano Judicial (Corte Suprema de Justicia) y el Órgano Legislativo (Asamblea Nacional).

El primer inciso contiene el mecanismo de reforma que algunos llaman “**de las dos asambleas**”, pues como se desprende de su lectura, para que se produzca la reforma, la Asamblea Nacional debe intervenir en dos períodos distintos de gobierno. En fin, según este numeral, luego de presentada la iniciativa de reforma ante la Asamblea Nacional por cualquiera de los tres órganos competentes para ello, ésta debe aprobar el proyecto de reforma constitucional en tres debates por mayoría absoluta (36 o más de los 71 diputados); luego, dicho documento debe ser publicado en la Gaceta Oficial. Se deberá esperar entonces a que se instale la Asamblea Nacional resultante de las siguientes elecciones generales. En ese mismo orden, el Ejecutivo deberá transmitir el documento a la Asamblea Nacional electa dentro de los primeros cinco (5) días de sus primeras sesiones ordinarias a fin de que el proyecto se apruebe sin modificaciones en un solo debate por la mayoría absoluta de los miembros de dicha corporación.

Este mecanismo se ha utilizado varias veces para introducir reformas a la Constitución Nacional: tal es el caso de los Actos Legislativos N°1 y N°2 de 1994 y el Acto Legislativo N°1 de 2004. Cabe destacar que este método de reforma constitucional no prevé ningún mecanismo de participación popular y se ha llevado a la práctica más bien como producto de acuerdos entre partidos de gobierno y oposición en el marco de cambios de gobierno.

⁸¹ En Panamá, a partir de la Constitución de 1946 se utiliza el término “Órgano” para denominar a cualquiera de las tres ramas clásicas del gobierno, a saber, ejecutiva, legislativa y judicial, a las que antes se les denominaba “Poder”, el cambio de denominación obedeció en buena medida a que estas ramas de gobierno no ejercen con exclusividad la principal función que se les ha atribuido, sino que el ejecutivo también puede legislar bajo ciertas condiciones y el legislativo puede administrar justicia en casos muy específicos, por utilizar solo dos ejemplos, así, no concentran todo el *poder* para ejercer con exclusividad su principal función sino que otros organismos también tienen poder para ejercer esa función en cierto grado. De igual forma, se ha entendido que el *poder público* es uno solo, de manera que no existen varios *poderes*. En el Perú, como se sabe, siempre se ha utilizado y se sigue utilizando el término “Poder” al efecto (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial).

El segundo inciso contiene un mecanismo de reforma que podríamos denominar “de las dos Legislaturas⁸² y un referéndum constitucional”, pues como se puede colegir de su lectura, la Asamblea Nacional interviene en un solo período de gobierno, pero en Legislaturas distintas, y a diferencia del mecanismo anterior, sí interviene el pueblo mediante un referéndum constitucional que podría ratificar o no el proyecto de reformas constitucionales propuesto.

En este caso, la Asamblea Nacional debe aprobar el proyecto de reformas propuesto por mayoría absoluta en tres debates y luego, en la Legislatura inmediatamente siguiente, debe aprobarlo nuevamente por mayoría absoluta en tres debates, pudiendo, sin embargo, hacer modificaciones al proyecto aprobado en la Legislatura anterior. El proyecto resultante será entonces publicado en la Gaceta Oficial y luego de tres pero no más de seis meses de aprobado el proyecto en la segunda Legislatura se celebrará un referéndum constitucional que terminará ratificando o no el proyecto de reformas.

Este mecanismo se ha utilizado dos veces para intentar reformar la Constitución de 1972, pero en ambos casos, el pueblo rechazó el proyecto de reforma en el correspondiente referéndum (1992 y 1998). Tal vez por estos resultados, los gobiernos prefieran seguir utilizando el mecanismo del N^o1, evitando cualquier especie de participación popular que impida que prospere una reforma constitucional.

Como se puede observar, ninguno de estos dos procedimientos de reforma posibilita la iniciativa ciudadana⁸³. Por otro lado, en ambos mecanismos, el órgano encargado de tramitar y debatir el proyecto de reforma es la Asamblea Nacional.

Por su parte, el artículo 314 constitucional dispone un tercer mecanismo de reforma, que involucra la elección de una Asamblea Constituyente *Paralela*. Dicho

⁸² Se entiende por Legislatura el período de sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional.

⁸³ Aludiendo a la época republicana en Panamá (1903 en adelante), el constitucionalista Rigoberto González hace la observación de que “[...] en materia de iniciativa para promover reformas a la Constitución, ninguna de las cuatro Constituciones [...] le ha reconocido al pueblo, dicha facultad”. GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. *La reforma de la Constitución*. Panamá: Colección Iuris de la Procuraduría de la Administración, 2000, p. 15.

artículo prevé la posibilidad de una *reforma total* de la Constitución y la aprobación de una *nueva Constitución*. Veamos lo que dice el mencionado artículo, haciendo la salvedad de que dada sus particularidades será comentado en el tercer capítulo de este trabajo, donde aludiremos precisamente a la previsión de la reforma total de la Constitución mediante una Asamblea Constituyente *Paralela*:

Artículo 314- Podrá adoptarse una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del Órgano Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Órgano Legislativo, o por el Órgano Legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos, el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En este caso, los peticionarios tendrán hasta seis meses para cumplir con este requisito de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Tribunal Electoral.

Le corresponderá al Tribunal Electoral acoger la iniciativa propuesta y hacer la convocatoria a la elección de constituyentes, en un término no menor de tres meses ni mayor de seis meses desde la formalización de la solicitud de convocatoria. Realizada la elección, la Asamblea Constituyente Paralela se instalará formalmente e iniciará sus deliberaciones por derecho propio, tan pronto el Tribunal Electoral entregue las credenciales respectivas a sus integrantes.

La Asamblea Constituyente Paralela estará integrada por sesenta constituyentes, quienes deberán representar proporcionalmente a los panameños de todas las provincias y comarcas, de acuerdo con la población electoral, y se permitirá, además de la postulación partidista, la libre postulación. Para estos efectos, el Tribunal Electoral deberá establecer en la convocatoria el sistema electoral aplicable a la elección de constituyentes.

La Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial, pero en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los períodos de los funcionarios electos y designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente Paralela tendrá un período no menor de seis meses ni mayor de nueve meses, para cumplir con su labor y entregar al Tribunal Electoral el texto de la Nueva Constitución Política aprobada, la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral.

El nuevo Acto Constitucional aprobado con arreglo a este método será sometido a referéndum convocado por el Tribunal Electoral en un período

no menor de tres meses, ni mayor de seis meses, contado a partir de la fecha de su publicación en el Boletín del Tribunal Electoral.

El Acto Constitucional aprobado con arreglo a cualquiera de los procedimientos señalados en este artículo y en el artículo anterior, empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial, la cual deberá hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por la Asamblea Nacional, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad.

2.4.2. Límites materiales

A diferencia de los límites formales, que aluden fundamentalmente al procedimiento de reforma, los límites materiales están referidos a contenidos de la Constitución que por su especial gravitación en el Estado constitucional democrático constituyen una barrera para la reforma constitucional, ya sea que la Constitución así lo establezca explícitamente o que puedan deducirse lógicamente de esta. Aspectos tales como los derechos fundamentales de la persona, la soberanía popular y el régimen político democrático, constituyen elementos de la Constitución que de ser suprimidos o no reconocidos se provocaría la destrucción del Estado constitucional democrático, tal como lo ha reconocido gran parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

El Tribunal Constitucional ha señalado atinadamente que “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”⁸⁴ y agrega que “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**

⁸⁴ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 74 [Consulta: 15 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>.

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 [las negritas son nuestras]”⁸⁵.

La relevancia de estos contenidos fundamentales de la Constitución es tal que, de ser eliminados, se estaría destruyendo la Constitución del Estado democrático y se daría paso a un régimen totalmente distinto. En este sentido, si mediante una reforma constitucional se concentra todo el poder público en un solo órgano del Estado, se suprimen los derechos fundamentales y se desconoce soberanía popular, estaríamos claramente ante un régimen autoritario que ha destruido el sistema constitucional.

Es fundamental entonces reconocer que, en sentido moderno, una Constitución para ser tal debe contemplar separación de poderes y garantía de derechos, tal como lo manifiesta el conocido artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que dice así: “**una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución**”. Como se sabe, Emmanuel-Joseph Sieyès se encuentra entre los principales autores de esta declaración y ya hemos mencionado antes la importancia que tenía precisamente la declaración de derechos en la concepción de Sieyès. Precisamente sobre este importante tema, señala con agudeza el constitucionalista colombiano Gonzalo Ramírez Cleves que “si no existe posibilidad de hablar de derechos fundamentales sin Constitución, tampoco es posible hablar de Constitución sin derechos fundamentales”⁸⁶.

Los límites materiales a los que se enfrenta una reforma constitucional pueden ser establecidos expresamente en la propia Constitución, o bien “[...] se derivan de ella mediante una interpretación congruente con su dogmática

⁸⁵ *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 75.

⁸⁶ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2003, p. 118.

constitucional subyacente”⁸⁷, labor de interpretación en la cual naturalmente juega un rol crucial el órgano supremo de control de la constitucionalidad.

2.4.2.1. Límites materiales expresos o cláusulas de intangibilidad

Los límites materiales expresos o cláusulas de intangibilidad, son normas constitucionales que prohíben expresamente la reforma de determinados contenidos de la Constitución. Se sabe que este tipo de límites se extendieron sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial y las nefastas consecuencias de los regímenes totalitarios que existieron en Europa. Se introdujeron en las constituciones con el objetivo de bloquear, al menos formalmente, la posibilidad de que se produzcan reformas constitucionales tendientes a destruir el régimen político democrático. Un clásico ejemplo de cláusula de intangibilidad que se suele mencionar en la literatura especializada es el del inciso 3 del artículo 79 de la vigente Ley Fundamental de Alemania de 1949, que dice así:

“**Artículo 79.3.** No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

Es necesario destacar que el referido artículo 1 de dicho texto constitucional establece que la dignidad humana es intangible y que todo poder público está obligado a respetarla y protegerla, también se reconocen los derechos humanos como inviolables e inalienables y se indica que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable. Por su parte, el referido artículo 20 establece que Alemania es un Estado Federal democrático y social, que el poder del Estado emana del pueblo, que el poder legislativo está sometido al orden constitucional, mientras que el ejecutivo y judicial a la ley y el Derecho, también

⁸⁷ ALÁEZ, Benito. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 165.

dispone que los alemanes tienen derecho de resistencia contra cualquiera que intente eliminar este orden cuando no fuere posible otro recurso.

Con este ejemplo, se aprecia que mediante el artículo 79 de la Constitución alemana, el constituyente brinda protección intensa a una serie de principios que ha considerado fundamentales, excluyéndolos de toda posibilidad de reforma. Podemos utilizar otros ejemplos de cláusulas de intangibilidad en el Derecho Constitucional comparado contemporáneo, así, podemos aludir al artículo 89 de la Constitución francesa vigente, que en su última parte dice que “no podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”, el artículo 139 de la Constitución italiana señala de igual manera que “no podrá ser objeto de revisión la forma republicana”. En el contexto latinoamericano es destacable el caso de la vigente Constitución brasileña de 1988, que en el inciso 4 de su artículo 60 dispone que no se podrá deliberar ninguna propuesta de enmienda que busque abolir la forma federal del Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de poderes, así como los derechos y garantías individuales.

Cuando una Constitución establece límites expresos a la reforma constitucional mediante una cláusula de intangibilidad, hace claramente inviable la posibilidad de una reforma total de la Constitución en sentido literal⁸⁸, pues el constituyente ha querido establecer expresamente barreras al poder de reforma con el fin de impedir la destrucción de determinados principios a los cuales ha dado gran relevancia. Sin embargo, el hecho de que una Constitución no contenga cláusulas de intangibilidad, como es el caso de las vigentes constituciones de Perú⁸⁹ y Panamá que estudiamos en este trabajo, no implica que todo su articulado

⁸⁸ DE VEGA, Pedro. *Op. cit.*, p. 245.

⁸⁹ Aunque advierte César Landa al analizar la sentencia N° 014-2002-AI/TC del Tribunal Constitucional 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 32, 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”, elemento este que ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como un límite material a la reforma parcial de la Constitución en el fundamento jurídico 97 de la aludida resolución (LANDA, César. *La reforma de la Constitución*

pueda ser reformado libremente y sin ninguna especie de limitación más allá de cumplir el procedimiento formal de reforma, pues gran parte de la doctrina y también los órganos de control de constitucionalidad han advertido la existencia de límites materiales implícitos en la Constitución que militan contra la destrucción del sistema constitucional. La ubicación de estos límites es fundamentalmente una labor de discernimiento que está llamado a hacer sobre todo el órgano de control de la constitucionalidad en un Estado.

2.4.2.2. Límites materiales implícitos

Considera Luis Carlos SÁCHICA que “una Constitución es una versión normativa de un sistema de pensamiento y creencias sobre la organización, ejercicio, funcionamiento y destino del poder político, formúlese o no en el texto de sus cláusulas. En la base de todo estatuto constitucional hay una cosmovisión, una concepción antropológica, una filosofía y, más aún, una idea religiosa, y una ética, y una axiología, una escala de valores prioritarios, que se extrovierten en la preceptiva jurídica” y agrega que “esos principios que informan y hacen de la Constitución lo que es y como es, no pueden ser tirados por la borda al ejercerse el poder de reforma constitucional. Toda enmienda debe corresponder a su espíritu, o el sistema quedará falseado, será contradictorio, incongruente, y entrará en inestabilidad”⁹⁰.

Coincidimos con estas palabras del constitucionalista colombiano, por ello es que al momento de determinar estos límites materiales implícitos se hace necesario una importante labor de discernimiento como mencionábamos antes, y en este sentido, resulta crucial la labor de una institución como el Tribunal Constitucional. En el Perú, esta institución ha identificado varios elementos a los que ha asignado el carácter de límites materiales implícitos a la reforma, así ha señalado con mucha claridad el Tribunal Constitucional: “límites materiales

desde la perspectiva del Tribunal Constitucional. En: *Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año 1, n° 1, setiembre de 2005, p. 149).

⁹⁰ SÁCHICA, Luis Carlos. *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Temis, 1976, p. 64.

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**”⁹¹.

Es importante destacar que no todos los juristas consideran que existen los llamados límites materiales implícitos a la reforma constitucional, pues entienden que en clave positivista, si la Constitución no ha establecido expresamente límites a la reforma, entonces no se puede establecer límites mediante interpretación, sin embargo, consideramos con Ramírez Cleves que el propio concepto moderno de Constitución permite deducir límites a la operación de reforma⁹², pues no sería posible afirmar la existencia de una Constitución, allí donde no se reconocen mínimamente determinados principios, referidos sobre todo a los derechos fundamentales y a la separación de poderes. Así, ha sido posible reconocer la existencia de estos límites en diversas latitudes, entendiéndose entonces que “los límites materiales implícitos son aquellas elaboraciones doctrinarias que

⁹¹ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 76 [Consulta: 19 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>.

⁹² Debemos destacar que un importante estudioso de la política como Giovanni Sartori señala que, en realidad, el término *Constitución* es exclusivamente moderno y tiene un significado concreto *garantista*, contenido en el ya citado artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, o bien en la máxima de Thomas Paine que indica que “un gobierno sin una constitución es un poder sin derecho (*power without right*)”. Sartori critica el concepto meramente formal y positivista de Constitución como la organización jurídica fundamental de cualquier Estado y advierte que ha destruido la razón de ser de una Constitución. El politólogo italiano señala en esta línea que “[...] hoy ‘constitución’ se ha convertido en un término utilizado con dos significados totalmente diferentes: un significado específico y sustantivo (el significado garantista) y un significado universal y formal. En el primero de ellos ‘constitución’ es el ordenamiento protector de las libertades del ciudadano. En el segundo ‘constitución’ es cualquier forma que se da a sí mismo un Estado. Se nos dirá: no hay nada extraño en ello, casi todas las palabras son polémicas, poseen muchos significados. Sí y no. Sí, en el lenguaje común y en la conversación ordinaria. No, en los lenguajes científicos y cuando un término asume un significado técnico. En el caso en discusión, por otra parte, el significado formal tiende a fagocitar el significado de garantía. Y es aquí en donde yo me rebelo” (SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Tr. del italiano por M^a Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 20).

partiendo de un análisis de la teoría constitucional en su conjunto, deducen zonas exentas del poder de revisión”⁹³.

No podemos cerrar este apartado sin mencionar que un sector de la doctrina advierte que la propia cláusula de reforma constituye un límite al poder de reforma, en el sentido de que dicha cláusula no podrá ser reformada libremente, es lo que algunos califican como un “límite lógico” al poder de reforma, y quizás el mayor exponente de esta tesis es el jurista danés Alf Ross⁹⁴, para quien la cláusula de reforma carecería de sentido si se aplica a sí misma, pues no se puede pasar por alto el teorema lógico que indica que las oraciones referidas a sí mismas carecen de significado, pero además de ello, Ross sostuvo, al menos inicialmente, que la norma sobre la reforma es la norma fundamental del sistema, pues es la que establece cómo puede modificarse formalmente la Constitución, es decir, cómo crear normas constitucionales válidas, por lo cual vendría a ser una especie de norma de cierre del sistema constitucional, no siendo aplicable para la modificación de sí misma⁹⁵.

Sobre este tema, César Landa señala categóricamente que “[...] las disposiciones de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional; de ahí que la reforma de la Constitución, por los 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

⁹³ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2003, p. 85.

⁹⁴ ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Tr. del inglés por Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 49-81.

⁹⁵ Gonzalo Ramírez Cleves señala que Alf Ross, “basado en la teoría de las oraciones autorreferentes, niega en primer lugar que las normas de procedimiento puedan ser modificadas por la autoridad que se somete a dichos preceptos, y en segundo término niega que las normas de procedimiento de reforma no provengan de otras normas, sino de meros hechos que son aceptados como derecho por la comunidad” (RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2003, p. 62).

regulan la reforma, en cuanto no pueden aplicarse a sí mismas, se convierten en irreformables”⁹⁶.

No podemos cerrar este apartado sin señalar que este tema de los límites materiales implícitos y el límite *lógico* de la reforma constitucional está lejos de ser pacífico, pues para algunos juristas, desde una perspectiva estrictamente positivista no resulta viable establecer límites a la reforma allí donde no estén previstos expresamente en la normativa constitucional, razón por la cual desde esta cosmovisión del Derecho, cualquiera de estos límites implícitos podría ser perfectamente reformado o suprimido en virtud del principio democrático al momento de realizarse una reforma constitucional, por lo cual quedaría abierta la posibilidad para que mediante una reforma se socaven las bases del propio sistema democrático sin mayores problemas formales.

Nosotros, por el contrario, consideramos que una visión neutral de este tipo, resulta altamente riesgosa, pues resulta siendo indiferente al concepto moderno de Constitución, que implica ya el reconocimiento necesario de los derechos fundamentales de la persona y la separación de poderes como paradigmas indispensables para la supervivencia del Estado constitucional democrático. Así, negar la existencia de todo límite material implícito a la reforma implicaría admitir que el Congreso, siempre y cuando cumpla con el procedimiento, es omnipotente en materia de reforma constitucional, lo cual es evidentemente insostenible⁹⁷.

Finalmente, es pertinente cerrar este capítulo señalando que, desde el punto de vista formal, la reforma total es aquella que abre paso a una revisión general de la Constitución, a diferencia de la reforma parcial, que se orienta expresamente desde un inicio a la revisión de aspectos puntuales de la Constitución, pero como

⁹⁶ LANDA, César. *Op. cit.*, p. 147. La misma posición sostiene Víctor García Toma, quien señala que “[...] aun cuando una Constitución pueda ser objeto de una reforma en razón de existir un precepto que la permita y regule, en cambio este último no se encuentra sujeto a la posibilidad de ser reformado siguiendo el *iter* procedimental establecido por sí mismo” (GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3ª ed. Arequipa: Editorial Adrus, 2010, p. 545).

⁹⁷ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. La jurisdicción constitucional sobre el poder de reforma de la Constitución. En: AA.VV. *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 439-440.

hemos resaltado, en realidad ninguna de las dos puede destruir el *núcleo esencial* de la Constitución. Resulta igualmente importante recalcar que estos dos tipos de reforma deben respetar no solo el procedimiento de reforma, sino también los límites materiales que dimanar de la Constitución, de manera que ni siquiera mediante la denominada *reforma total* podría legítimamente destruirse⁹⁸ la Constitución de un Estado constitucional.



⁹⁸ *Destrucción* en el sentido de la radical “supresión de la Constitución existente [...] acompañada de la supresión del poder constituyente en que se basaba” como advierte Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. del alemán por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 115).

CAPÍTULO 2

LA REFORMA TOTAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

1. Análisis histórico y jurídico de la reforma total en el constitucionalismo peruano

Hemos visto en el apartado anterior que una reforma total de la Constitución es en principio aquella en la que se somete a revisión la totalidad del texto constitucional y este tipo de reforma está previsto expresamente en el artículo 32.1 de la Constitución Política del Perú de 1993, que versa sobre las materias que pueden ser sometidas a referéndum, incluyendo entre estas la *reforma total* o parcial de la Constitución.

Hemos advertido de igual manera que la institución de la reforma total ha llegado a producir tanto en la doctrina como en la jurisprudencia un interesante análisis sobre su alcance y límites, así como en torno a su equivalencia o no con el ejercicio del poder constituyente. Lo que nos proponemos en este capítulo es abordar la temática concretamente dentro del constitucionalismo peruano, para lo cual se hace necesario hacer alguna referencia histórica.

De una revisión de las Constituciones del Perú⁹⁹, se desprende que las únicas constituciones que han previsto *expresamente* la posibilidad de una reforma total son la Constitución de 1828 y la vigente Constitución de 1993. En este sentido, se podría decir que el reconocimiento expreso de este tipo de reforma no ha sido una constante en el constitucionalismo peruano.

La aludida Constitución de 1828, a la cual el jurista Manuel Vicente Villarán consideró “la madre de todas nuestras constituciones”, indicaba en el artículo 177 lo siguiente:

“**Art. 177.** En Julio del año 1833 se reunirá una Convención nacional, autorizada para examinar y reformar **en todo** o en parte esta Constitución”.

⁹⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Las Constituciones del Perú*. 2 tomos. 2ª edición. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2006.

Todo parece indicar que este sería el antecedente nacional remoto de la actual previsión de la reforma total contenida en el artículo 32.1 de la Constitución de 1993. Para efectos de tener un panorama más claro sobre esta temática, a continuación presentamos un cuadro comparativo de los artículos pertinentes relativos a la reforma constitucional en las constituciones del Perú¹⁰⁰:

Constitución	Cláusula de reforma
Constitución de 1823	Art. 191. Esta Constitución queda sujeta a la ratificación ó reforma de un Congreso general compuesto de los diputados de todas las provincias actualmente libres, y de todas las que fueren desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra.
Constitución de 1826	Art. 138. Si pasados cuatro años después de jurada la Constitución, se advirtiere que algunos de sus artículos merece reforma; se hará la proposición por escrito, firmada por ocho miembros al menos, de la Cámara de Tribunales, y apoyada por las dos terceras partes de los miembros presentes en la Cámara.
Constitución de 1828	Art. 177. En Julio del año 1833 se reunirá una Convención nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta Constitución
Constitución de 1834	Art. 180. La reforma de uno ó mas artículos constitucionales se hará por el Congreso conforme a las siguientes disposiciones.
Constitución de 1839	Art. 186. La reforma de uno ó mas artículos constitucionales se hará por el Congreso conforme a las siguientes disposiciones.
Constitución de 1856	Art. 134. Para reformar uno ó más artículos constitucionales, se necesita

¹⁰⁰ Un breve análisis histórico-normativo de la cláusula de reforma en el constitucionalismo peruano puede verse en: GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II. Lima: Universidad de Lima – Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, pp. 578-580.

	que el proyecto sea aprobado en tres legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.
Constitución de 1860	Art. 131. La reforma de uno ó más artículos constitucionales se sancionará en Congreso ordinario, previos los mismos trámites á que debe sujetarse cualquier proyecto de ley; pero no tendrá efecto dicha reforma, si no fuere ratificada, de igual modo, por la siguiente Legislatura ordinaria.
Constitución de 1867	Art. 131. Para reformar uno ó mas artículos constitucionales se necesita que el proyecto sea aprobado en tres Legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.
Constitución de 1920	Art. 160. Las reformas de la Constitución se harán solamente en Congreso Ordinario; pero no tendrán efecto si no fuesen ratificadas en otra Legislatura Ordinaria, requiriéndose que la aprobación de la reforma cuente en las dos Legislaturas con los dos tercios de votos de los miembros de cada Cámara.
Constitución de 1933	Art. 236º.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por las Cámaras en Legislatura Ordinaria y ser ratificada por ambas Cámaras en otra Legislatura Ordinaria. La aprobación y la ratificación requieren la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras. La iniciativa corresponde a los Diputados y a los Senadores, y al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros.
Constitución de 1979	Art. 306. Toda reforma constitucional debe ser aprobada en una Primera Legislatura Ordinaria y ratificada en otra Primera Legislatura Ordinaria

	<p>consecutiva.</p> <p>El proyecto correspondiente no es susceptible de observación por el Poder Ejecutivo.</p> <p>La aprobación y la ratificación requieren la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.</p>
<p>Constitución de 1993</p>	<p>Artículo 32°.- Pueden ser sometidas a referéndum:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La reforma total o parcial de la Constitución; ...

Si bien estas normas regularon lo concerniente a la reforma de la Constitución, en cuanto al cumplimiento de las mismas en la práctica, Omar Sar advierte que “[...] la regla en la realidad ha sido saltarse la norma y emprender la reforma de acuerdo con el talante de quienes la promovieran”¹⁰¹. Hecha esta acotación, lo que nos interesa dejar consignado en todo caso es que tan solo la Constitución de 1828 y la de 1993 prevén expresamente la posibilidad de una reforma *total* de la Constitución, sin embargo, a diferencia de la Constitución de 1993, la de 1828 contenía una cláusula de intangibilidad de carácter temporal en su artículo 176, que disponía que dicha Constitución “[...] se conservará sin alteración ni reforma por cinco años, desde la fecha de su publicación”, disposición que fue respetada.

Cabe destacar que la cláusula de reforma de la Constitución de 1828 que preveía la reforma total fue llevada a la práctica, y fue en base dicha cláusula que se dictó la Constitución de 1834, dejándose sin efecto la Constitución de 1828. Sin embargo, la Constitución de 1834 no contenía en realidad grandes cambios a nivel

¹⁰¹ SAR, Omar. *Reforma constitucional. Un proceso recurrente a lo largo de nuestra historia*. Arequipa: Editorial Adrus, 2012, p. 112.

global en relación con su antecesora de 1828, tal como varios estudiosos han dejado consignado.

En la actualidad, y tomando como base el artículo 32.1 de la Constitución de 1993, se ha discutido si un proceder de tal magnitud sería viable jurídicamente y cuáles serían sus límites. En este sentido, al revisar el Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático que elaboró la Constitución de 1993 se observa que la discusión sobre la figura de la *reforma total* de la Constitución no ocupó tanto la atención de los constituyentes, a diferencia del tema de la reelección presidencial por ejemplo. Sin embargo, los constituyentes sí se refirieron a la temática del referéndum constitucional en el evento de una reforma, y es que entendiendo que la proyectada Constitución de 1993 sería sometida a referéndum, se incluyó igualmente en el artículo 32.1 constitucional que en el futuro una reforma *total* o parcial de la Constitución *podría* de igual forma ser sometida a referéndum. En esta línea, no podemos obviar el hecho de que la aludida disposición plantea el referéndum como opcional y no como obligatorio, planteamiento con el cual no todos estaban de acuerdo en el debate constituyente, así, por ejemplo, el congresista constituyente Roger Cáceres Velásquez, del Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos, sostuvo que una reforma *total* de la Constitución debe necesariamente ser sometida a referéndum y no dejar este como algo meramente opcional, lo cual sería aceptable únicamente en el caso de la reforma parcial¹⁰².

Al abordar la problemática de la reforma total, el Tribunal Constitucional ha señalado que “[...] cuando el artículo 32°, inciso 1), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha

¹⁰² REPÚBLICA DEL PERÚ. Congreso Constituyente Democrático. *Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno - 1993*. Tomo I. Lima: Congreso de la República, 1998, p. 579. Las palabras del congresista Cáceres Velásquez fueron las siguientes: “[...] en materia de reforma del referéndum, tengo que señalar que aquí ya de contrabando está pasando la permisibilidad del referéndum de esta Constitución; es decir, estamos aceptando por adelantado que el referéndum puede no hacerse, porque en el artículo 27° se dice: ‘Pueden ser sometidas a referéndum: 1) La reforma total o parcial de la Constitución (...)’”. En criterio de nuestro grupo político, la reforma total forzosamente debería ser sometida a referéndum en el presente caso y en todos los futuros, no así, por supuesto, la reforma parcial”.

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. No obstante, como hemos visto en el capítulo anterior, el Tribunal Constitucional reconoce al mismo tiempo la existencia de límites implícitos y ha señalado que el Congreso no puede operar por sí solo una reforma total o sustitución de la Constitución, sino que tiene que recurrir al pueblo en referéndum para dichos efectos (ver los fundamentos jurídicos 129 y 131 de la citada sentencia), elementos estos que no se encuentran planteados expresamente en el texto de la Constitución de 1993, pero que han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional en su análisis de esta materia.

Ahora bien, si bien como juristas es necesario reconocer la labor de discernimiento que sobre esta problemática materia de la reforma total ha realizado el Tribunal Constitucional, también hay que dejar consignada la existencia de posiciones que difieren en algunos aspectos de los razonamientos esbozados en la sentencia comentada. Una muestra de la viabilidad de posiciones distintas se expresa claramente en el voto singular del magistrado Manuel Aguirre Roca respecto a la Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002, quien elaboró argumentos discordantes con la posición del Tribunal Constitucional sobre esta polémica materia, a los cuales somos más afines en algunos aspectos desde el punto de vista teórico.

El magistrado Aguirre Roca disiente de la referida Sentencia del Tribunal Constitucional y señala entre otras cosas que la Ley impugnada por el Colegio de Abogados de Cusco es en efecto inconstitucional por cuanto que en el fondo otorga facultades al Congreso para abrogar la Constitución de 1993 y al mismo

¹⁰³ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 102. [Consulta: 3 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

tiempo pretende utilizar el procedimiento del artículo 206 constitucional para generar una “nueva Constitución”, lo cual va más allá de los límites del poder de reforma como poder constituido, pues para realizar una operación de tal magnitud se requiere de facultades constituyentes recibidas expresamente por el pueblo, quien es el auténtico titular de la soberanía y el poder constituyente.

Siguiendo a Carl Schmitt, el magistrado Aguirre Roca señala igualmente que las reformas constitucionales deben respetar la *identidad* y la *continuidad* de la Constitución y agrega que “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”¹⁰⁴.

Por último, señala también el aludido voto singular que una cosa es reformar la Constitución y otra muy distinta es sustituirla por una nueva, pues en este último caso se trata de una facultad que descansa en el pueblo y no en el Congreso, facultad que es ejercida normalmente a través de un órgano *ad-hoc* al que suele denominársele Asamblea Constituyente, el cual elabora el proyecto de una nueva Constitución que luego es sometido a la aprobación del pueblo.

Claramente se observa con este voto singular que el tema de los límites del poder reformador no son pacíficos en la doctrina ni en los tribunales, y en lo personal, nos inclinamos por pensar con William Marbury que, en efecto, originalmente el poder para reformar la Constitución no fue pensado para incluir el poder para destruirla¹⁰⁵. En otras palabras, “la facultad de reforma prescrita por una norma constitucional significa que una o varias reglas del texto fundamental

¹⁰⁴ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Voto singular del magistrado Manuel Aguirre Roca [Consulta: 4 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

¹⁰⁵ “The power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it” (MARBURY, William. The limitation upon the amending power. En: *Harvard Law Review*. Vol. 33, 1919 -20, p. 225. Cit. por: DE VEGA, Pedro. *Op. cit.*, p. 238).

pueden ser sustituidas, pero bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo”¹⁰⁶.

Coincidimos también en que según la concepción tradicional que sobre estos temas del poder de reforma y el poder constituyente se ha elaborado, quien normalmente tiene la potestad para cancelar una Constitución y sustituirla formalmente por otra no es más que el poder constituyente del pueblo, que normalmente se ha manifestado a lo largo de la historia mediante asambleas constituyentes. Por lo tanto, tendemos a adherirnos a la posición de aquellos que sostienen que:

“La reforma de la Constitución no significa atentar contra la estructura basilar que identifica y define un ordenamiento específico, sino tan solo acoplar y acomodar aquél a las nuevas exigencias histórico-políticas. Todo lo que exceda de dicha función sería equiparar dos poderes diversos: poder constituyente y poder constituido, en una misma categoría, lo que conduce al absurdo resultado de atribuir al poder de revisión [...] competencias revolucionarias, ya que la supresión de la Constitución no compete al poder constituido sino al poder constituyente”¹⁰⁷.

No obstante lo antes expresado, con lo cual concordamos desde el punto de vista doctrinal, al revisar el texto constitucional vigente es necesario reconocer que la Constitución de 1993 establece la posibilidad de la *reforma total* de la Constitución y esta es una realidad que no se puede obviar por más consideraciones doctrinales que se pueda tener, inclusive si se está en contra del propio concepto de reforma total de la Constitución. En este sentido, no cabe duda que el artículo 32.1 abre expresamente la posibilidad para que la Constitución de 1993 sea revisada totalmente, pero aun esa posibilidad debe ser matizada y entendida en la actualidad dentro de los límites formales y materiales que por su naturaleza tiene el poder reformador, de manera que una reforma total no puede ser equiparada con el ejercicio libre del poder constituyente, que puede actuar al

¹⁰⁶ GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3ª ed. Arequipa: Editorial Adrus, 2010, p. 538.

¹⁰⁷ GARCÍA-ATANCE, María Victoria. *Reforma y permanencia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 160.

margen de la cláusula de reforma y no está sometido jurídicamente a límites materiales propiamente, sino a presiones provenientes fundamentalmente del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como hemos expresado en un apartado anterior.

Así las cosas, el escenario actual en cuanto a la reforma total de la Constitución es muy distinto al que existía en relación a la Constitución de 1828, pues el presente avance de la teoría y la propia jurisprudencia constitucional nos exige analizar cuidadosamente hasta dónde puede llegar una reforma total de la Constitución en relación con aspectos como la democracia, los derechos fundamentales, la cláusula de reforma, entre otros posibles, que no pueden legítimamente ser socavados. Tampoco es viable señalar en nuestra opinión, vale la pena reiterarlo, que mediante la reforma total se ejerce la “función constituyente”, pues una reforma lo que hace en estricta lógica es reformar, mientras que en nuestro entender, la función constituyente es aquella que se ejerce cuando entra en acción el poder constituyente originario del pueblo según la sólida elaboración tradicional sobre esta temática.

2. La reforma total en el artículo 32.1 de la Constitución de 1993

Al analizar el tratamiento que de la reforma total hace la Constitución de 1993 llama la atención que no se hace referencia a ella en el artículo 206 constitucional, que es el que regula el procedimiento de reforma y el que está ubicado precisamente en el Título VI “De la reforma de la Constitución”. La única referencia a la reforma total se encuentra en el inciso 1 del artículo 32 constitucional, que establece las materias que pueden ser sometidas a referéndum en el Perú, materias dentro de las cuales se incluye precisamente la *reforma total* de la Constitución. Así, cuando aludimos al procedimiento de reforma constitucional en el Perú, resulta necesario referirnos tanto al artículo 32, inciso 1, como al artículo 206 constitucional, veamos pues lo que dicen estos dos artículos para efectos de su análisis:

“**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”.

“**Artículo 32.**- Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución.
...”

Como señalamos en el primer capítulo de este trabajo, del precitado artículo 206 se desprenden dos procedimientos de reforma, uno en el cual debe haber ratificación mediante referéndum y otro que permite omitir el referéndum. En efecto, una vía es que el Congreso apruebe una ley de reforma constitucional con la mayoría absoluta de sus miembros (66 o más de los 130 congresistas), luego de lo cual deberá convocarse obligatoriamente un referéndum para su ratificación; la otra vía es que el Congreso apruebe la ley de reforma en dos legislaturas ordinarias seguidas con una mayoría superior a los dos tercios de los miembros del Congreso (87 o más de los 130 congresistas), caso en el cual puede omitirse el referéndum.

En cuanto a la iniciativa para promover una ley de reforma constitucional, el segundo párrafo del artículo 206 deja muy claro que, independientemente del procedimiento que se termine escogiendo entre los antes descritos, la iniciativa compete exclusivamente a:

- a) El Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros.
- b) Los congresistas.
- c) Los ciudadanos en un número no inferior al 0.3% de la población electoral, mediante firmas comprobadas por la autoridad electoral.

La iniciativa y el procedimiento legislativo de una reforma constitucional se encuentran regulados en el Reglamento del Congreso de la República¹⁰⁸, pues es allí donde encontramos los detalles de la manera en que se perfecciona una iniciativa y el curso que debe seguir una propuesta de reforma como tal. En este sentido, queda claro que el único órgano que tiene la competencia jurídica de reformar la Constitución es el Congreso¹⁰⁹, e inclusive, según el artículo 4 del Reglamento del Congreso, el debate y la aprobación de reformas a la Constitución son parte de la *función legislativa* de ese órgano del Estado, a diferencia de lo que sucede en otros países de la región cuyas constituciones prevén un organismo *ad-hoc* para reformar la Constitución, al que se le suele denominar asamblea o convención constituyente.

Finalmente, en lo que respecta al artículo 206 constitucional, una de las particularidades del procedimiento de reforma es que el Presidente de la República no puede hacer ninguna observación a una ley de reforma constitucional y en este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que una ley de reforma constitucional “[...] 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”¹¹⁰. Lo que hace el Presidente de la República únicamente es ordenar la publicación y el cumplimiento de la ley de reforma constitucional.

¹⁰⁸ Las disposiciones del Reglamento del Congreso que hacen referencia a las leyes de reforma constitucional y su trámite son las siguientes: Artículos 4°, 64°, inc. a); 72° inc. b); 73°; 74°; 75°; 76°, num. 1), inc. d), 2) y 3); 77°; 78°, párrafos primero al quinto; 79°, párr. primero; y 81°, inc. a) (Ver: TARAZONA, Roberto, Víctor SANTA CRUZ y Patricia DURAND. *Reglamento del Congreso de la República concordado*. Lima: Congreso de la República – Oficialía Mayor, 2012, p. 195).

¹⁰⁹ Cabe destacar que si bien está en manos del Congreso la facultad de reformar la Constitución, según el artículo 101, inciso 4 de la Constitución, el Congreso no puede delegar a su Comisión Permanente materias relativas a una reforma constitucional. Tampoco puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia relativa a una reforma constitucional, tal como se desprende con claridad del segundo párrafo del artículo 104 constitucional.

¹¹⁰ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 87 [Consulta: 31 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

Como ya hemos mencionado, el comentado artículo 206 de la Constitución no hace referencia a la reforma total, por lo cual, visto así, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que la reforma solo podría tener alcances parciales¹¹¹, pero como se sabe, el primer inciso del artículo 32 constitucional introduce expresamente la posibilidad de la *reforma total* de la Constitución y dispone que dicho tipo de reforma *puede ser sometida a referéndum*. Como ya señalamos, éste es el único artículo constitucional que alude a la reforma total de la Constitución y con él se abre la puerta a varias interpretaciones sobre lo que debe entenderse por reforma total y el procedimiento que debe seguirse para realizarla.

Lo que sucede en parte es que, tal como indica Javier Pérez Royo, “**el concepto de reforma total, aunque pueda parecer muy claro en principio, no se deja definir, sin embargo, con facilidad**”¹¹², pero además, al revisar el Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático en lo que a este asunto respecta, debemos concluir con Hubert Wieland que “[...] **no hubo mayor debate sobre los alcances jurídicos reales de la distinción entre reforma parcial y total de la Constitución**, ya que el interés primordial de los miembros de la oposición política en el seno del CCD pareció en todo momento asegurar que la reforma constitucional en su integridad sea sometida a referéndum, y no solo aquellas disposiciones que hubieran sufrido cambios de redacción [las negritas son nuestras]”¹¹³.

En estas circunstancias y más allá de coincidir o no plenamente con sus criterios, debemos atender primordialmente a lo que sobre esta materia ha señalado el Tribunal Constitucional básicamente en la Sentencia N° 014-2002-

¹¹¹ *Ídem*.

¹¹² PÉREZ ROYO, Javier. *Op. cit.*, p. 188. Aunque advierte seguidamente el constitucionalista español que “hay algunos supuestos en los que la definición de la reforma como total se podría hacer sin ninguna duda. Serían aquellos en los que a través del procedimiento de reforma se cambiara por completo de Constitución. **Pero esto no sólo no suele ser frecuente, sino que no ocurre prácticamente nunca. Cuando se produce la sustitución de una Constitución por otra diferente, ello no suele ocurrir a través del procedimiento de reforma, sino mediante un proceso constituyente completamente nuevo** [las negritas son nuestras]” (*Ídem*).

¹¹³ WIELAND, Hubert. Reforma constitucional. En: AA.VV. *La Constitución comentada*. Tomo III. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 1140.

AI/TC de 21 de enero de 2002, en cuyo fundamento N° 123, que ya hemos citado en el primer capítulo, señala que “[...] 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 aquella que no modifica tales principios y fundamentos [las negritas son nuestras]”¹¹⁴. Así, la reforma total alude según el Tribunal Constitucional a un cambio de mayor magnitud, y es que como hemos tenido oportunidad de comentar, según el Tribunal Constitucional, el inciso 1 del artículo 32 constitucional ha “*constitucionalizado la función constituyente*”¹¹⁵ y los límites aplicables a la reforma parcial no serían extensivos a una *reforma total*¹¹⁶.

Pero el Tribunal Constitucional no solo ha terminado perfilando lo que ha de entenderse por *reforma total* (artículo 32, inciso 1 de la Constitución), sino que ha señalado el procedimiento para llevar a cabo la reforma total. En esta dirección, lo que básicamente ha manifestado el Tribunal Constitucional es lo siguiente:

1. La Constitución **no** ha establecido expresamente qué órgano puede realizar la reforma total, lo que confirma el criterio del colegiado de que el procedimiento establecido en el artículo 206 constitucional hace alusión a la reforma parcial.
2. El Congreso no puede por sí solo aprobar una reforma total de la Constitución, pero sí puede elaborar un *proyecto* de Constitución para que el pueblo lo apruebe o rechace mediante referéndum.

¹¹⁴ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamentos jurídicos n° 122 y 123 [Consulta: 22 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>.

¹¹⁵ *Ibidem.*, fundamento jurídico n° 102.

¹¹⁶ *Ibidem.*, fundamento jurídico n° 100. Un excelente análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma total se encuentra en: CAIRO ROLDÁN, José Omar. *El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cuaderno de Trabajo N° 17. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, 2010.

3. Si el Congreso elabora el proyecto de una nueva Constitución, deberá someterlo obligatoriamente a referéndum para su aprobación, si no lo hace, se podría declarar la inconstitucionalidad de la reforma total.
4. Durante la elaboración del proyecto de Constitución, el Congreso debe seguir las reglas establecidas tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso, pues como poder constituido debe cumplir con el ordenamiento jurídico. En este sentido, debe cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución referido a la reforma parcial, pero al final dicho procedimiento debe culminar obligatoriamente con un referéndum, el cual deja de ser meramente opcional en el caso de una reforma total¹¹⁷.

Como se puede observar, el Tribunal Constitucional ha terminado definiendo la reforma total y el procedimiento para llevarla a cabo, estableciendo una relación particular entre los artículos 206 y 32.1 de la Constitución al señalar que si bien el Congreso debe seguir el procedimiento del artículo 206, el referéndum no es un componente opcional sino obligatorio, particularidad esta que en nuestra opinión no se desprende de una interpretación literal de dichos artículos. Precisamente, en cuanto a la relación entre estos dos artículos, el profesor Enrique Bernalles Ballesteros considera que “[...] debería hacerse una

¹¹⁷ *Ibidem.*, fundamentos jurídicos n° 103, 106, 109, 113, 115, 119, 120, 131. Para el Tribunal Constitucional, el procedimiento de reforma total tiene que culminar necesariamente con un referéndum, pues el colegiado entiende que eso fue lo que concluyó el Congreso Constituyente Democrático, aunque no de una manera clara, esto es lo que dice el Tribunal Constitucional al respecto: “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]” (*Ibidem.*, fundamento jurídico n° 117).

modificación constitucional de naturaleza técnica, que relacione adecuadamente los artículos 32 y 206 [...]”¹¹⁸.

Desde nuestra óptica, distanciándonos un tanto del criterio del Tribunal Constitucional, la denominada reforma total está también sometida a los límites impuestos a la reforma parcial de la Constitución, porque el poder de reforma en un Estado Constitucional constituye un poder jurídicamente limitado tanto desde el punto de vista formal como material, independientemente de si a la reforma se le quiera denominar parcial o total. En esta dirección, no cabría para nosotros afirmar que con la reforma total se ha constitucionalizado la función constituyente, pues esta función es la que ejerce el poder constituyente cuando se manifiesta en determinados momentos históricos, mientras que el poder de reforma tiene la función jurídica de adecuar la Constitución a nuevas realidades, pero sin cambiar su esencia.

En esta misma línea, toda vez que entendemos la reforma constitucional como el ejercicio de una competencia estrictamente jurídica, asumimos que el procedimiento que debe seguir una reforma, así se le llame total o parcial, es el que establece el artículo 206 constitucional, sin que sea viable añadir o quitar elementos a dicho procedimiento mediante interpretación en sede jurisdiccional. Así, si el artículo 206 establece con suma claridad que el referéndum *puede* omitirse “[...] 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”, dicha disposición debería respetarse en nuestro criterio, así se trate de una *reforma total*.

En esta dirección, coincidimos plenamente con la posición que sostuvo el entonces magistrado Manuel Aguirre Roca en su voto singular respecto a la Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002. En su voto, el referido magistrado señaló que “es cierto que luego de aprobada la reforma en dos

¹¹⁸ BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 1996, p. 733.

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** [las negritas son nuestras]¹¹⁹.

El magistrado Aguirre Roca fue aún más allá en su análisis y sostuvo que en realidad “[...] **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 [las negritas son nuestras]”¹²⁰. Lo que observamos más bien es que el Congreso en la Ley 27600 optó por someter la propuesta de reforma a referéndum, lo cual desde nuestra óptica es viable, pues ello está permitido por los artículos 206 y 32 inciso 1 de la Constitución, ha sido sin embargo el Tribunal Constitucional el que ha terminado señalando categóricamente que todo proyecto de reforma total de la Constitución tiene que ser sometido a referéndum obligatoriamente, mandato este que no se encuentra en la Constitución, tal como hemos señalado previamente.

El problema de fondo parte en nuestra opinión de otorgarle a la reforma total una magnitud que en realidad no tiene, pues en realidad es una competencia jurídica estrictamente limitada y, por lo tanto, plenamente sometida al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución y a aquellos límites materiales que de ser rebasados se produciría la destrucción de la Constitución.

En fin, lo que básicamente hace el artículo 32 en su inciso 1 es introducir expresamente la posibilidad de la *reforma total* de la Constitución y que dicha

¹¹⁹ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Voto singular del magistrado Manuel Aguirre Roca [Consulta: 4 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

¹²⁰ *Ídem*.

reforma *puede* ser sometida a referéndum, pero en la Constitución no se define la reforma total, ni se establece que para su aprobación es obligatoria la realización de un referéndum. Algo que debemos acotar en referencia a esta disposición es que según el artículo 39 de la Ley 26300 de 2 de mayo de 1994 o “Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, el aludido referéndum procede de acuerdo al artículo 206 de la Constitución, es decir, no es un referéndum que se plantea libremente sobre un proyecto elaborado por cualquier comisión, sino que debe haberse seguido alguno de los procedimientos que establece el artículo 206 constitucional, de igual manera, los ciudadanos pueden solicitar la realización de dicho referéndum, para lo cual, dicha solicitud deberá ser apoyada por el 10% del electorado nacional, tal como lo dispone el artículo 38 de la mencionada Ley.

Un aspecto relacionado con el artículo 32 inciso 1 de la Constitución que nos parece también importante, y que no podemos dejar de mencionar antes de cerrar este punto, es que para el Tribunal Constitucional cuando el pueblo aprueba una reforma parcial lo hace en su condición de poder constituido, pero cuando aprueba una reforma total actúa como Poder Constituyente¹²¹. Desde nuestra perspectiva, al ser la reforma constitucional un procedimiento jurídicamente reglamentado, en ambos casos el pueblo actúa como un poder constituido, ya que actúa propiamente como poder constituyente cuando se abre un *proceso constituyente*, que como se sabe, es distinto a un procedimiento de reforma regulado y limitado constitucionalmente.

El jurista Hubert Wieland Conroy critica esta distinción que hace el Tribunal Constitucional entre el pueblo actuando como poder constituido y como poder constituyente al interpretar la aludida disposición, pues el inciso 1 del artículo 32 constitucional se aplica tanto a la reforma total como a la parcial sin distinción, “por ello resulta manifiestamente poco razonable sostener que el pueblo se

¹²¹ *Ibidem.*, fundamento jurídico n° 115.

pronuncia como poder constituido en un referéndum sobre una reforma parcial pero como Poder Constituyente cuando lo hace sobre una reforma total”¹²².

3. Reforma total y Constitución Histórica

Uno de los temas que se suele abordar en el Perú cuando se alude a la reforma total de la Constitución es el referente a la llamada *Constitución Histórica*. Destaca el profesor Domingo García Belaunde que dicho concepto fue acuñado al parecer por el jurista alemán Friedrich Carl von Savigny y fue utilizado en el contexto latinoamericano por el jurista argentino Juan Bautista Alberdi, quien define el concepto de Constitución Histórica en su escrito “*Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*” (1852) señalando que “todas las constituciones cambian o sucumben cuando son hijas de la imitación; la única que no cambia, la única que acompaña al país mientras vive, y por la cual vive, es la Constitución que ese país ha recibido de los acontecimientos de su historia; es decir, de los hechos que componen la cadena de su existencia, a partir del día de su nacimiento. La Constitución histórica, obra de los hechos, es la unión viva, la única real y permanente de cada país, que sobrevive a todos los ensayos y sobrenada en todos los naufragios”¹²³.

En el plano nacional, si bien el concepto de Constitución Histórica tomó fuerza a raíz de la Ley N° 26657 de 23 de agosto de 1996 sobre la interpretación auténtica del artículo 112 constitucional referente a la reelección presidencial¹²⁴, ya Pedro Planas Silva se había referido al tema algunos años atrás. Planas, al referirse al “*contenido peruano de la Constitución*” alude a la Constitución como “[...] un **espacio valorativo extra-normativo construido por varias generaciones de**

¹²² WIELAND CONROY, Hubert. Referéndum. En: AA.VV. *La Constitución comentada*. Tomo I. 2ª ed. Gaceta Jurídica: Lima, 2013, p. 805.

¹²³ ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Edic. Platero, 1991. Cit. por: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La reelección presidencial y la Constitución histórica. En: OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto (Coord.). *Reelección presidencial y derecho de referéndum*. Lima: Foro Democrático – Fundación Hanns Seidel, 1997, p. 37-38.

¹²⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*, p. 37.

peruanos y que forma parte de una tradición democrática y republicana que guarda el Perú en sus entrañas y que es menester rescatar como proyecto histórico de Constitución (como marco valorativo e institucional) **previo** a la Constitución (como texto normativo y desarrollo constitucional y legislativo de estas instituciones)”¹²⁵.

Queda claro entonces que a lo largo de la historia constitucional de un Estado, se van perfilando ciertas instituciones con particularidades propias, particularidades que vienen a ser una constante normalmente estable a lo largo del tiempo a pesar de los cambios constitucionales. Así, lo que debemos preguntarnos entonces es cuáles son los componentes de la Constitución Histórica del Perú.

Al ensayar una respuesta a la pregunta anterior, Pedro Planas identifica al menos tres rasgos de la Constitución Histórica peruana, a saber:

1. El Presidente de la República reúne las condiciones de jefe de Estado y jefe de gobierno, lo cual, indica Planas, distancia al Perú del régimen parlamentario y lo acerca más bien al régimen presidencial estadounidense¹²⁶.
2. “Aquellas decisiones de mayor trascendencia, sea por su jerarquía normativa o porque confluyen con el Congreso, tienen un mecanismo de control agravado. Requieren acuerdo del Consejo de Ministros”¹²⁷, y este elemento distingue al régimen peruano del régimen presidencial estadounidense.
3. Destaca finalmente que “[...] hay que interrogar en esta Constitución Histórica la figura clave del Presidente del Consejo de Ministros, que hasta ahora no ha sido conocida ni asumida en su verdadera dimensión. El

¹²⁵ PLANAS, Pedro. *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril S.A., 1992, p. 85. Domingo GARCÍA BELAUNDE sostiene por su parte que “[...] existen ciertas invariantes, referidas a instituciones, que nacieron en un determinado momento y que luego se han ido desarrollando a través de diversas acciones en un largo período. Estas son líneas de tendencia que suelen repetirse y acumularse, sobre todo en lo referente a las instituciones; ellas conforman lo que llamamos ‘Constitución histórica’” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*, p. 39-40.).

¹²⁶ PLANAS, Pedro. *Democracia y tradición constitucional en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos, 1998, p. 45.

¹²⁷ *Ididem*. p. 46.

Primer Ministro actúa como elemento bisagra, entre el Presidente y los Ministros y entre el gobierno y el Congreso”¹²⁸.

Cabe destacar que importantes análisis de este tipo son útiles no solo para identificar aquellos elementos que forman parte de la Constitución Histórica peruana, sino también para identificar elementos extraños a la misma, tal es caso de la reelección presidencial inmediata como afirma categóricamente Domingo García Belaunde¹²⁹, pues su inclusión en los textos constitucionales peruanos ha sido más bien la excepción en el contexto de determinadas circunstancias políticas y no la regla.

Ya en lo que respecta al tema que nos ocupa, el de la reforma constitucional total y su relación con la Constitución Histórica, es de destacar que tanto el Congreso como el Tribunal Constitucional han abordado este tema. Como se sabe, el 14 de diciembre del año 2001 el Congreso emitió la Ley N° 27600, que en su artículo 2 dice así:

“**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 sometida a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993”¹³⁰.

Si bien esta Ley no define lo que debe entenderse por Constitución Histórica, al revisar el Diario de los Debates del Congreso de la República se puede extraer al menos la posición que tenían los congresistas cuando debatieron este tema, y uno de los datos que inmediatamente sale a relucir en el debate de dicha Ley es un generalizado rechazo a la Constitución de 1993, no tanto por su contenido, pues se

¹²⁸ *Ídem.*

¹²⁹ Señala Domingo García Belaunde que “[...] es evidente que **la no reelección inmediata, es uno de los componentes de nuestra Constitución histórica.** Dicho en otras palabras, nuestra Constitución histórica [...] guarda recelo contra la reelección presidencial, pues crea el continuismo, la corrupción, el abuso del poder, los excesos de todo orden [las negritas son nuestras]” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Ídem.*, p. 47.).

¹³⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley N° 27600 de 14 de diciembre de 2001 [en línea]. [Consulta: 9 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27600.pdf/>

ha reconocido que reproduce en buena parte la de 1979, sino más bien por su origen histórico. Es en el marco de esta aversión a la Constitución de 1993 que se recurre al concepto de Constitución Histórica y en particular a la Constitución de 1979 como orientación para un proyecto de reforma total de la Constitución.

En el debate se cuestionó inicialmente la introducción del concepto de “Constitución histórica” en el proyecto de Ley, en este sentido, el congresista Jorge del Castillo (Partido Aprista Peruano) señaló que en lugar de hablarse de Constitución histórica debía señalarse textualmente que el proyecto de reforma total se haría sobre la base de la Constitución de 1979, tal cual lo había recomendado el Gobierno Transitorio, y añadió que esa era la postura del Partido Aprista Peruano. Del Castillo consideró que el procedimiento de reforma constitucional “[...] reivindicaría una Constitución como la de 1979, que fue la Constitución de la concertación nacional, y echaría al canasto de la historia la Constitución fujimorista, que evidentemente no fue producto de ningún consenso, sino de una imposición”¹³¹.

Aún más crítico fue el congresista Javier Díez Canseco Cisneros (Unión por el Perú), para quien “[...] **no es correcto plantear una reforma constitucional partiendo de una abstracción, como es la referencia a la Constitución histórica del Perú,** que no sé claramente cuál será, porque ha habido tantas, algunas promovidas por dictaduras y otras por procesos democratizadores; o que se diga que se tomará en cuenta la Constitución de 1979. Para nosotros, la Constitución de 1979 debe retomar su plena vigencia, con los cambios y la adaptación a instituciones que están propuestas en las normas [las negritas son nuestras]”¹³². Como se observa, la crítica de Díez Canseco tiene que ver con el nivel de abstracción que en su opinión trae aparejado el concepto de Constitución

¹³¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Diario de los Debates. Primera Legislatura Ordinaria de 2001. Viernes 14 de diciembre de 2001* [en línea]. p. 5 [Consulta: 9 de junio de 2015]. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf3e305256f2e006d1cfo/dbcofba6a095a06905257479006f8e75/\\$FILE/TSP36-B141201.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf3e305256f2e006d1cfo/dbcofba6a095a06905257479006f8e75/$FILE/TSP36-B141201.pdf).

¹³² *Ibidem*. p. 8

Histórica, pues al parecer entendía que no es algo claramente delimitable ni concreto como para servir de fundamento a una reforma total de la Constitución.

Por su parte, los congresistas José Barba Caballero y Ántero Flores-Aráoz (Unidad Nacional) defendieron la inclusión del concepto de Constitución histórica en la proyectada Ley. Barba manifestó que no encontraba razón para controversia alguna sobre este tema, y señaló que “[...] el concepto ‘Constitución histórica del Perú’ significa simplemente que el legislador no puede apartarse de la tradición jurídica del Perú. El ejemplo puesto hace mucho tiempo por Pareja Paz Soldán en el sentido de lo que significa una Constitución histórica es muy claro. Así, no puede establecerse que el Perú es una monarquía, porque aquí hay una tradición republicana. Si por equis motivos hubiese aquí una mayoría evangelista, no se podría decir que el Perú ha dejado de ser un país católico. Eso es lo que debemos entender por una Constitución histórica”¹³³. Flores-Aráoz señaló en similar sentido que “[...] cuando hablamos de la Constitución histórica, esta es más que cualquier otra, porque allí está invariablemente definido que somos república. No somos imperio, por más que en 1993 nos quisieron imponer el Imperio del Sol Naciente; eso, pues, ha sido invariable. Además, somos república unitaria, no federativa; y la división de poderes está clarísimamente establecida. Entonces, son estas una serie de instituciones que están en todas nuestras Constituciones, y eso no lo vamos a variar”¹³⁴, y agrega finalmente que “[...] tomar en cuenta la Constitución histórica, el común denominador de todas ellas, es perfectamente lógico; y si, adicionalmente, por nuestro apego, le damos mayor énfasis y mayor profundidad a la Constitución de 1979, tanto mejor”¹³⁵.

Visto lo dicho por reconocidos constitucionalistas y por algunos congresistas, resulta indispensable aludir a los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados

¹³³ *Ibidem.* p. 11.

¹³⁴ *Ibidem.* p. 17.

¹³⁵ *Ídem.*

de Cusco precisamente contra la Ley N° 27600 de 14 de diciembre de 2001, que planteaba la apertura de un proceso de reforma total de la Constitución de 1993 tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular la Constitución de 1979.

Primeramente, es necesario mencionar que el Tribunal Constitucional no fue ajeno al espíritu de rechazo que existía en aquel entonces hacia la Constitución de 1993, y en esta línea señaló que “[...] 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”¹³⁶.

Ya al abordar directamente el tema de la Constitución histórica, el Tribunal Constitucional destacó que “Las Bases de la Constitución Política” aprobadas en 1822 ya contenían los primeros elementos 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**”¹³⁷. Advierte además que a pesar de tener el Perú una Constitución histórica, ha habido una importante sucesión de constituciones durante la vida republicana y que detrás de dicha práctica subyace la idea errada de 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”¹³⁸.

¹³⁶ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 40 [Consulta: 10 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

¹³⁷ *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 37.

¹³⁸ *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 39.

El Tribunal Constitucional entiende de igual manera que “núcleo duro” y “Constitución histórica” son conceptos intercambiables que se refieren a lo mismo. Ya en cuanto a la relación entre reforma total y Constitución histórica, la máxima instancia en materia constitucional ha señalado que estamos ante una reforma total precisamente allí donde se varíe el “núcleo duro” o la “Constitución histórica”, independientemente de que se reformen o no todos los artículos de la Constitución¹³⁹.

Como mencionamos en otro punto, desde nuestra perspectiva, una reforma total es aquella mediante la que formalmente se lleva adelante una revisión general del texto constitucional vigente, pero sin sobrepasar los límites materiales de la reforma constitucional. Pero partiendo de la perspectiva del Tribunal Constitucional no podemos menos que coincidir en que si se produce alguna variación importante en el núcleo duro de la Constitución, estaríamos ante una reforma de considerable envergadura, por ejemplo, si se establece un Estado federal, alterando abruptamente de esta forma la tradicional distribución territorial del poder, o si se introduce la reelección presidencial inmediata e indefinida, lo cual incidiría radicalmente en la configuración del régimen político, afectando su dinámica. Ahora bien, lo que en nuestra opinión no puede sostenerse es que la reforma total es aquella que sustituye el núcleo duro de la Constitución en el sentido de que, por ejemplo, se sustituya la república por una monarquía absoluta, pues en este caso, no estamos ante una mera reforma de la Constitución, sino ante su aniquilación, pues la Constitución implica división del poder y reconocimiento de derechos como mínimo.

Dado que el Tribunal Constitucional entiende que la reforma total es aquella que varía el núcleo duro o Constitución histórica, señala entonces que en realidad la reforma planteada en la Ley 27600 es *parcial* (a pesar de que la Ley dice que es *total*), pues según dicha Ley la reforma tendrá que tomar en cuenta necesariamente la Constitución histórica del Perú. En este sentido, se observa que

¹³⁹ *Ibidem*. Fundamentos jurídicos n° 122 y n° 123.

el Tribunal Constitucional parte de la base de que la reforma total es la sustitución *in integrum* de la Constitución, incluyendo su “núcleo duro”¹⁴⁰.

Lo que en nuestra opinión resulta necesario acotar ante esta concepción de reforma total es que dada la existencia de límites implícitos al poder de reforma, debe entenderse que hay aspectos de la Constitución histórica o núcleo duro que no pueden anularse o suprimirse sin que se produzca la propia destrucción de la Constitución. Así, si bien podrían reformularse aspectos del núcleo duro de la Constitución mediante una reforma total, entendemos que aspectos como la dignidad humana, la democracia o los derechos fundamentales no podrían eliminarse legítimamente en ninguna especie de reforma sin que se produzca la propia autodestrucción del sistema constitucional, caso en el cual evidentemente ya no estaríamos ante un simple ejercicio de reforma de la Constitución, sino ante la instauración de un régimen autoritario.

Dado que uno de los elementos que se planteó con la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 27600 fue que pretendía utilizarse el mecanismo de reforma para crear una “Constitución nueva” y abrogar la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional abordó también el concepto de “Constitución nueva” en la sentencia, señalando que “[...] Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior”¹⁴¹. Y en cuanto a la polémica planteada de si es viable la aprobación de una Constitución nueva utilizando el procedimiento de reforma constitucional descrito en la Ley impugnada, el Tribunal Constitucional advierte que sí es viable, entendiendo que “dicho proceso **debe culminar con el referéndum ciudadano**, que apruebe o rechace el proyecto de **nueva Constitución** [las negritas son nuestras]”¹⁴². En esta línea, resulta sumamente importante destacar que el Tribunal Constitucional comparte plenamente el criterio del demandante de que “[...] **el Congreso de la República tiene facultades, según el artículo 206° de la**

¹⁴⁰ *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 127.

¹⁴¹ *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 125.

¹⁴² *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 131.

Constitución, para reformarla ‘parcialmente’, pero no para sustituirla por otra completamente distinta [...]”¹⁴³.

En el marco de la discusión constitucional planteada, vemos cómo el Tribunal Constitucional definió con particularidades propias y diferenció los conceptos de reforma total (sustitución *in integrum* de la Constitución y su núcleo duro) y Constitución nueva (Constitución posterior distinta pero basada en la anterior). Ante este escenario, más allá de coincidir o no con las definiciones del Tribunal Constitucional, y evitando enmarcarnos en una discusión terminológica que podría resultar estéril, lo que nos interesa dejar consignado en este apartado es que **así se hable de una “reforma total” o una “Constitución nueva” como resultado del ejercicio regular del procedimiento de reforma, es necesario entender dicha operación como limitada tanto formal como materialmente en el marco de un Estado Constitucional Democrático**, tal como hemos indicado anteriormente.

La concepción del constitucionalismo como herramienta de control del poder nos conduce a entender que una reforma total de la Constitución no puede ser total en el sentido de que pueda anular o sustituir de manera indiferenciada **cualquier** contenido de la Constitución, razón por la cual, desde el punto de vista material o sustancial si se quiere, toda reforma regular de la Constitución habrá de ser necesariamente parcial en un sistema constitucional.

4. Reforma total, límites materiales implícitos y control de constitucionalidad

No tendría mayor sentido referirnos a la reforma total de la Constitución y sus límites materiales implícitos sin aludir igualmente a la viabilidad o no de que una reforma sea controlada constitucionalmente en sede jurisdiccional, tema este que ha sido singularmente polémico tanto en la doctrina como en la propia *praxis* constitucional. Sin embargo, debemos partir de la base de que el

¹⁴³ *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 129.

constitucionalismo apunta precisamente al control del poder y que, en principio, la reforma de la Constitución debe ser entendida como un elemento de defensa de la Constitución y no como una herramienta de subversión.

En el caso de la República del Perú, como bien es sabido, la llamada acción de inconstitucionalidad está consagrada en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución Política de 1993 como una garantía constitucional, y dicho precepto dice así:

“Artículo 200. Son garantías constitucionales:

1. ...
2. ...
3. ...
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tengan 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. ...
6. ...”.

El proceso de inconstitucionalidad al que alude la disposición citada se encuentra regulado en el Título VIII del Código Procesal Constitucional, aplicándosele de igual forma las disposiciones generales previstas en el Título VI de la misma excerta legal. Ya el artículo 75 del Código Procesal Constitucional deja claro que la finalidad de este proceso es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. En este proceso, únicamente están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad quienes se encuentran descritos en el artículo 203 constitucional y dicha acción es conocida en instancia única por el Tribunal Constitucional (inciso 1 del artículo 202 constitucional), la sentencia que declara inconstitucional una norma la deja sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial, sin que dicha sentencia tenga, por regla general, efectos retroactivos (artículo 204 constitucional).

En términos generales, en un proceso de inconstitucionalidad, como su nombre lo indica, se determina si la norma atacada es inconstitucional o no, y si, por lo tanto, puede permanecer en el ordenamiento jurídico surtiendo sus efectos por estar conforme a la Constitución, o si debe ser dejada sin efecto y expulsada del ordenamiento jurídico por infringir la Constitución.

La pregunta que necesariamente debemos hacernos es si dentro del marco normativo descrito resulta jurídicamente viable que mediante un proceso de inconstitucionalidad se termine declarando la inconstitucionalidad de una o varias disposiciones introducidas mediante una reforma de la Constitución, y el asunto es, como ya hemos indicado, sumamente complejo. No obstante, cuando entendemos la Constitución precisamente como una herramienta de control del poder, y que la supresión de algunos elementos de la Constitución, como los derechos fundamentales, la democracia o la soberanía popular conllevaría su destrucción, bien podríamos concluir que sería legítimo ejercer control constitucional de una reforma allí donde precisamente la propia existencia de la Constitución esté en juego, de allí que en otros contextos se haya entendido que una reforma, como manifestación de poder, también está llamada a proteger cuando menos los elementos esenciales del régimen constitucional.

Esta es la orientación que debe seguir la discusión planteada en nuestra opinión, es decir, abogar por la defensa de los principios esenciales que perfilan el propio sistema constitucional, sin los cuales, el sistema cae en su destrucción¹⁴⁴. Naturalmente, debemos reconocer al mismo tiempo que el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia constitucional no ha llegado a resolver este asunto definitivamente, y tampoco pretendemos resolver un problema de esta magnitud en el marco de este trabajo, pero sí podemos apuntar la tendencia que nos parece más consecuente con el constitucionalismo como herramienta de control del

¹⁴⁴ El constitucionalista Víctor García Toma sostiene en este sentido que “[...] existen límites que, en términos genéricos, conforman lo que podríamos denominar la *fórmula basililar*, la cual no puede ser cambiada por la reforma constitucional. *Contrario sensu*, **se abandona el cauce de la legitimidad constitucional y se origina un proceso revolucionario** [las negritas son nuestras]” (GARCÍA TOMA, Víctor. *Op. cit.*, p. 538).

poder. En este sentido, no sería pues desdeñable que se ensaye en un futuro la inclusión de cláusulas de intangibilidad que precisamente funcionen, ahora sí de manera expresa, como diques a determinadas reformas que busquen suprimir aspectos importantísimos de la Constitución, superándose así el carácter difuso que muchos critican a los llamados límites materiales implícitos de la reforma constitucional.

En la doctrina nacional, el profesor Domingo García Belaunde deja claro en cuanto a las competencias del Tribunal Constitucional que “[...] aparte de la defensa de la Constitución y de los derechos humanos, no se encuentra nada que le dé competencia para poder pronunciarse sobre reformas constitucionales que al ser aprobadas por una ley, pasan a integrar y ser parte de la misma Constitución”¹⁴⁵, pero advierte que “no obstante que en la Constitución de 1993 no existe un solo dispositivo que otorgue competencias expresas al Tribunal Constitucional en materia de control de reformas constitucionales, éste lo ha hecho ante la presión de diversos grupos que instauraron procesos con tales fines en dicha sede”¹⁴⁶, con lo cual se habría terminado por afianzar una especie de competencia para supervisar la constitucionalidad de una reforma, a pesar de que dicha competencia no está perfilada con claridad en la Constitución en opinión del maestro.

Posición en alguna medida distinta es la sostenida en principio por otros constitucionalistas como César Landa, quien afirma 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

¹⁴⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En: AA.VV. *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 545.

¹⁴⁶ *Ibidem.*, p. 546.

constitucional limitada y, por tanto, **sujeta a control constitucional por parte del Tribunal Constitucional** [las negritas son nuestras]¹⁴⁷.

En efecto, el artículo 4 del Reglamento del Congreso de la República dispone que el debate y la aprobación de reformas constitucionales es parte de la función legislativa (que comporta el ejercicio de un poder constituido) y diversos artículos se refieren a las “leyes de reforma de la Constitución” (art. 64 literal a.; art. 72 literal b.; y 81 literal a. del citado Reglamento). Dado entonces que la reforma es concebida como parte de la función legislativa y que se expresa precisamente mediante una ley de reforma constitucional, se entiende que no está exenta de control constitucional¹⁴⁸.

Señala el ex magistrado del Tribunal Constitucional Gerardo Eto Cruz que esa corporación ha concluido que el control de las leyes de reforma constitucional es una exigencia que le viene impuesta por la propia Constitución y que es competente para ejercer dicho control sobre la reforma no solo cuando se registre una violación del procedimiento establecido para reformar la Constitución, sino también cuando se transgreda el “*contenido fundamental de la Constitución*”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ LANDA, César. La reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año 1. N° 1. Setiembre de 2005. p. 136. Cabe advertir que en este texto el profesor Landa acota que “[...] si bien el inciso 4 del artículo 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** [las negritas son nuestras]” (*Ídem.*), con lo que quedaría pendiente la pregunta de si dicha competencia se mantendría en el caso de que la reforma planteada sea *total*.

¹⁴⁸ Sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha señalado que “afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder [...] Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos” (REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 4053-2004-PHC. Fundamento jurídico n° 14. Cit. por: ETO CRUZ, Gerardo. “Control constitucional y poder político. Navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En: HÄBERLE, Peter y Domingo GARCÍA BELAUNDE (Coord.). *El control del poder*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Grijley, 2013, p. 1087.

¹⁴⁹ *Ibidem.*, p. 1090. En este sentido, Gerardo Eto Cruz advierte que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 0050-2004-AI/TC, en sus fundamentos jurídicos n° 3, 4 y 5, “[...] dejó claramente establecido que ‘aunque el control de una ley de reforma constitucional podría ser visto como una

Al abordarse el asunto del control de constitucionalidad de una reforma surge inevitablemente la pregunta de cuál sería el parámetro para determinar la constitucionalidad de la norma reformada, pues ¿podría acaso una norma que ya es parte de la Constitución ser declarada inconstitucional? La primera respuesta que nos parece viable es que el parámetro vendría a ser las normas constitucionales que establecen los límites formales y materiales de la reforma, pero veremos más adelante cómo ha respondido el Tribunal Constitucional a esta importante pregunta¹⁵⁰.

En primer lugar, debemos destacar que la competencia del Tribunal Constitucional para ejercer control constitucional tanto formal como material sobre una reforma constitucional quedó al parecer fuera de toda discusión con la Sentencia N° 050-2004-AI de 3 de junio de 2005, resolución que decidió un proceso de inconstitucionalidad adelantado contra la Ley de Reforma

‘cuestión política no justiciable’, dado que no se encuentra expresamente previsto por el artículo 200° inciso 4) de la Constitución como una de las materias susceptibles de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, tal razonamiento cede bajo la consideración que este Colegiado vela 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 sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos por una reforma constitucional” (*Idem.*).

¹⁵⁰ El constitucionalista Gerardo Eto Cruz, quien ha escrito sobre esta temática, advierte que el Tribunal Constitucional ha acogido el principio de “*el carácter predeterminado y objetivado del parámetro de control*” y cita al efecto el fundamento jurídico n° 22 de la Sentencia N° 014-2003-AI/TC (*Ibidem.*, p. 1090-1091). En el proceso de inconstitucionalidad que se resolvió mediante dicha Sentencia, los recurrentes solicitaban que se declarase la inconstitucionalidad de la propia Constitución de 1993, pues consideraban que carecía de legitimidad de origen, sin embargo, el Tribunal Constitucional sostuvo, como era de esperar, que actualmente el parámetro de constitucionalidad para resolver ese tipo de procesos es precisamente la Constitución de 1993, de la cual dimana la propia autoridad y existencia del colegiado y no la Constitución de 1979, que ya no se encontraba vigente. En el aludido fundamento jurídico n° 22 de dicha resolución el Tribunal Constitucional señala entre otras cosas que “[...] 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” (REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2003-AI/TC de 10 de diciembre de 2003 [en línea]. [Consulta: 13 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html>).

Constitucional N° 28389 de 17 de noviembre de 2004 que modificó parcialmente la Constitución Política del Perú en el tema relacionado con el régimen de pensiones, cambiando los artículos 11, 103 y la primera disposición final y transitoria de la Constitución.

En el fundamento jurídico n° 4 de la aludida Sentencia, el Tribunal Constitucional deja claro que “[...] 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”¹⁵¹. En esta línea, según el Tribunal Constitucional, la competencia que tiene dicho colegiado para ejercer control de constitucionalidad sobre una Ley de reforma está establecida en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, pues dicho inciso señala que la Acción de Inconstitucionalidad procede contra las leyes, sin hacer distinciones sobre los tipos de leyes, por lo cual debe entenderse que procede también contra las leyes de reforma constitucional. Veamos lo que dice parte del fundamento jurídico n° 20 de esa Sentencia:

“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 [las negritas son nuestras]”¹⁵².

¹⁵¹ REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 050-2004-AI de 3 de junio de 2005 [en línea]. Fundamento jurídico n° 4 [Consulta: 21 de agosto de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>

¹⁵² *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 20. En el fundamento 3 al que alude el Tribunal Constitucional, se rebate la posición de aquellos que sostienen que no es viable que el colegiado ejerza control constitucional de una reforma, pues ésta vendría a ser una cuestión política no justiciable y la ley de reforma constitucional no está expresamente establecida en la Constitución como objeto de control constitucional. Frente a estos argumentos, el Tribunal Constitucional sostiene que como principal garante de la Constitución, debe velar porque esta no se vulnerada por reformas que atenten contra los principios jurídicos y valores democráticos básicos de la Constitución o contra el propio procedimiento de reforma (*Ibidem.*, fundamento jurídico n°3).

Otro de los puntos críticos que aborda esta Sentencia, y que ha sido debatido en la doctrina, es el relativo al parámetro jurídico utilizado para determinar la constitucionalidad de una reforma constitucional, pues las normas reformadas que han sido impugnadas ya son parte de la Constitución y resulta problemático afirmar que una norma constitucional puede ser declarada inconstitucional por su incompatibilidad con otras normas constitucionales. En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que el parámetro para determinar la constitucionalidad de una reforma es el “*contenido fundamental*” de la Constitución, pues el parámetro no pueden ser las normas constitucionales vigentes antes de ser reformadas porque ya no existen, pero tampoco pueden ser las normas constitucionales ya reformadas porque estas son precisamente las que se están impugnando¹⁵³.

La pregunta que quedaría por responder es ¿cuál es ese *contenido fundamental* de la Constitución que no puede ser rebasado por una reforma según el Tribunal Constitucional? Inicialmente, el Tribunal Constitucional señala en la Sentencia comentada que dicho contenido fundamental es denominado también “*fórmula política*” (fundamento jurídico n° 5) y remite posteriormente en su fundamento n° 33 al fundamento jurídico n° 76 de la ya comentada Sentencia N° 014-2002-AI/TC, que hace referencia, como ya hemos mencionado, a la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de Derecho, la forma republicana de gobierno, el régimen político y la forma de Estado. En esta misma línea es que el Tribunal Constitucional advierte que:

¹⁵³ *Ibidem.*, fundamento jurídico n° 8. El Tribunal Constitucional advirtió expresamente en dicho fundamento 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”.

“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** [las negritas son nuestras]”¹⁵⁴.

Si bien en esta Sentencia N° 050-2004-AI de 3 de junio de 2005 el Tribunal Constitucional declaró infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley de reforma impugnada, manifestó que lo hizo tanto “por la forma” como “por el fondo”, pues en cuanto a la forma señaló que se respetó el procedimiento de reforma que establece el artículo 206 constitucional, mientras en cuanto al fondo advirtió que “[...]se ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión (artículo 11) cuando se prevé el cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley N° 20530, la introducción de topes pensionarios y la eliminación de la nivelación pensionaria. Asimismo, no se ha afectado la progresividad y la universalidad de la garantía institucional de la seguridad social (artículo 10); tampoco ha impedido el aumento de la calidad de vida (artículo 10) ni la vigencia de los derechos a la igualdad (artículo 2 inciso 2) y a la propiedad (artículo 70) de los pensionistas”¹⁵⁵. Con esta resolución, el Tribunal Constitucional reafirmó una vez más que tiene competencia para examinar la constitucionalidad de una reforma, no solo respecto al procedimiento, sino también respecto al *fondo*.

Nosotros coincidimos con el criterio de que una reforma constitucional es controlable formal y materialmente por el Tribunal Constitucional, pues una reforma constitucional es un procedimiento jurídicamente reglamentado y sujeto a la Constitución y no una facultad soberana e ilimitada. Naturalmente,

¹⁵⁴ *Ibidem.*, fundamento jurídico n° 35. En el fundamento 18 se enfatiza igualmente que “la existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución [...]”.

¹⁵⁵ *Ibidem.*, fallo, punto 1B.

estamos conscientes de que sobre este punto no hay unanimidad en la doctrina, así, por ejemplo, el jurista Hubert Wieland Conroy sostiene que “[...] una ley de reforma constitucional debidamente aprobada pasa a formar parte del parámetro mismo de la actuación del Tribunal Constitucional, quedando así, por necesidad lógica, fuera del alcance de la jurisdicción de dicho órgano”¹⁵⁶ y agrega que “[...] lo único que el Tribunal Constitucional podría determinar en el caso de una acción de inconstitucionalidad contra una ley de reforma constitucional es si el *iter* de su aprobación se produjo, efectivamente, de conformidad con las disposiciones constitucionales aplicables. En otras palabras, el supremo intérprete de la constitucionalidad solo podría pronunciarse sobre la validez formal de una ley de reforma constitucional, pero no sobre su validez material”¹⁵⁷.

Si se entiende que una vez una reforma constitucional ha sido aprobada pasa a formar parte de la Constitución y, por lo tanto, no resulta controlable, tendríamos que concluir que tampoco resultaría controlable por la forma, ya que una vez pasa a integrar la Constitución no habría nada que hacer desde el punto de vista jurisdiccional. Así, si somos consecuentes con este argumento, la norma reformada pasaría a ser parte del parámetro de constitucionalidad como norma constitucional, por lo tanto, no podría ser objeto de control y mucho menos ser declarada inconstitucional por ninguna razón, de esta forma, toda reforma resultaría jurisdiccionalmente intocable.

Nosotros entendemos por el contrario que resulta necesario para el constitucionalismo contemporáneo abordar esta temática de manera sistemática, procurando afirmar con claridad que las reformas constitucionales como expresión de un poder limitado y por ser tramitadas como leyes constitucionales están sometidas al control de constitucionalidad, tal como ha venido aceptándose poco a poco en algunas latitudes, pues hay aspectos críticos de una Constitución cuya defensa es en cierta medida incompatible con el “indiferentismo axiológico”

¹⁵⁶ WIELAND CONROY, Hubert. Reforma constitucional. En: AA.VV. *La Constitución comentada*. Tomo III. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 1149.

¹⁵⁷ *Ídem*.

que puede llegar a representar la llamada *reforma total* de la Constitución¹⁵⁸. Desde esta perspectiva, la respuesta que ha desplegado el Tribunal Constitucional al problema del control de constitucionalidad de la reforma y el parámetro de dicho control nos parece acertada en el marco de la necesaria defensa del llamado “núcleo esencial” de la Constitución, sin el cual la Constitución deja de existir propiamente.



¹⁵⁸ JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. En: *Revista de Derecho Político*. N° 7, 1980, p. 84 y ss.

CAPÍTULO 3

LA REFORMA TOTAL EN LA CONSTITUCIÓN PANAMEÑA DE 1972

1. La reforma total en el constitucionalismo panameño: una perspectiva histórica

El constitucionalista César Quintero señala que “[...] el constitucionalismo panameño se origina con la Constitución española de Cádiz, para luego experimentar una rica experiencia durante el período casi secular de la integración del istmo a la nacionalidad colombiana. Por todo ello, es preciso dividir la historia constitucional panameña en tres eras: la colonial, la colombiana y la que han dado en llamar republicana”¹⁵⁹.

En efecto, Panamá formó parte de la vida constitucional española al igual que las antiguas colonias españolas de América, pero luego de consumada su independencia de España el 28 de noviembre de 1821, los líderes panameños siguiendo el ideal bolivariano decidieron unirse voluntariamente a la República de Colombia, un Estado territorialmente extenso que llegó a integrar lo que hoy es Venezuela, Ecuador, Colombia y Panamá. Venezuela y Ecuador se escindirían en 1830, pero Panamá permanecería siendo parte del Estado colombiano hasta 1903. Por esta razón, la historia constitucional panameña decimonónica se desarrolló durante 82 años en el marco de la convulsionada historia constitucional colombiana del siglo XIX. Es a partir del 3 de noviembre de 1903 que Panamá se integra al concierto de Estados independientes, siendo la Constitución de 1904 la primera de su Era Republicana, a la que sucedieron las constituciones de 1941, 1946 y 1972, y esta última es la que se encuentra vigente, aunque con importantes reformas.

La Constitución de Cádiz de 1812 es considerada por muchos como el auténtico punto de partida del constitucionalismo español, y como se sabe, las entonces colonias españolas en América enviaron sus representantes a las Cortes

¹⁵⁹ QUINTERO, César. *Evolución constitucional de Panamá*. 2ª edición. Panamá: Editorial Portobelo, 1999, p. 2.

de Cádiz. Panamá estuvo representada en dichas *cortes* por José Joaquín Ortiz y Juan José Cabarcas. Sin embargo, para los efectos del tema que nos ocupa, la Constitución gaditana no hace referencia a la reforma total de la Constitución en los varios artículos referidos a la reforma constitucional, veamos lo que dicen los artículos pertinentes:

“**Art. 375.** Hasta pasados ocho años despues de hallarse puesta en práctica la Constitucion en todas sus partes, no se podrá proponer alteracion, adiccion ni reforma en ninguno de sus artículos.

Art. 376. Para hacer qualquiera alteracion, adiccion ó reforma en la Constitucion será necesario que la diputacion que haya de decretarla definitivamente, venga autorizada con poderes especiales para este objeto.

Art. 377. Qualquiera proposicion de reforma en algun artículo de la Constitucion deberá hacerse por escrito, y ser apoyada y firmada á lo menos por veinte diputados.

Art. 378. La proposicion de reforma se leerá por tres veces, con el intervalo de seis dias de una á otra lectura; y despues de la tercera se deliberará si ha lugar á admitirla á discusion.

Art. 379. Admitida á discusion, se procederá en ella baxo las mismas formalidades y trámites que se prescriben para la formacion de las leyes, despues de los cuales se propondrá á la votacion si ha lugar á tratarse de nuevo en la siguiente diputacion general: y para que así quede declarado, deberán convenir las dos terceras partes de los votos.

Art. 380. La diputacion general siguiente, previas las mismas formalidades en todas sus partes, podrá declarar en qualquiera de los dos años de sus sesiones, conviniendo en ello las dos terceras partes de votos, que ha lugar al otorgamiento de poderes especiales para hacer la reforma.

Art. 381. Hecha esta declaracion, se publicará y comunicará á todas las provincias; y segun el tiempo en que se hubiere hecho, determinarán las Córtes si ha de ser la diputacion próximamente inmediata ó la siguiente á esta, la que ha de traer los poderes especiales.

Art. 382. Estos serán otorgados por las juntas electorales de provincia, añadiendo á los poderes ordinarios la cláusula siguiente:

‘Asimismo les otorgan poder especial para hacer en la Constitucion la reforma de que trata el decreto de las Córtes, cuyo tenor es el siguiente: (aquí el decreto literal). Todo con arreglo á lo prevenido por la misma Constitucion. Y se obligan á reconocer y tener por constitucional lo que en su virtud establecieren’.

Art. 383. La reforma propuesta se discutirá de nuevo; y si fuere aprobada por las dos terceras partes de diputados, pasará á ser ley constitucional, y como tal se publicará en las Córtes.

Art. 384. Una diputacion presentará el decreto de reforma al Rey, para que le haga publicar y circular á todas las autoridades y pueblos de la Monarquía”¹⁶⁰.

Como se desprende de una lectura y análisis de los precitados artículos, la Constitución gaditana es rígida en cuanto a su mecanismo de reforma y no prevé la llamada *reforma total* de la Constitución, cabe destacar además que esta Constitución fue de muy corta vida en España y sus dominios. Por ello, resulta necesario buscar los antecedentes de la reforma total en el constitucionalismo panameño de la *era colombiana* (1821-1903).

Para efectos de su estudio, el constitucionalista panameño César Quintero divide la denominada *era colombiana* del constitucionalismo istmeño en tres períodos: el primer período unitario (1821-1852), el período federal (1853-1885) y el segundo período unitario (1886-1903)¹⁶¹, pues el Estado colombiano llegó a tener una estructura federal por 32 años, lo cual permite hacer una nítida distinción desde el punto de vista de su historia político-constitucional.

En el momento en que Panamá se unió voluntariamente a la República de Colombia en noviembre de 1821, regía en Colombia la Constitución de ese mismo año, denominada Constitución de Cúcuta, por haber sido aprobada en dicho pueblo colombiano mediante un Congreso convocado a fin de consumar la unidad política de Colombia y Venezuela en un solo Estado. Dicha Constitución, en su artículo 190 únicamente autorizaba la reforma de “algunos artículos”, y al mismo tiempo establecía límites a la reforma, veamos:

“Artículo 190- En cualquier tiempo en que las dos terceras partes de cada una de las dos Cámaras juzguen conveniente la reforma de algunos artículos de esta Constitución, podrá el Congreso proponerla para que de nuevo se tome en consideración, cuando se haya renovado, por lo menos, la mitad de los miembros de las Cámaras que propusieron la reforma; y si entonces fuere también ratificada por los dos tercios de cada una, procediéndose con las

¹⁶⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Las constituciones del Perú* [en línea]. 2da edición. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2005, p. 67-68 [consulta: 12 de setiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca/LasConstitucionesdelPeru.pdf>

¹⁶¹ QUINTERO, César. *Evolución constitucional de Panamá*. 2ª edición. Panamá: Editorial Portobelo, 1999, p. 7.

formalidades prescritas en la Sección I del Título IV, será válida y hará parte de la Constitución; pero nunca podrán alterarse las bases contenidas en la Sección I del Título I y en la II del Título II”¹⁶².

En cuanto a los límites de la reforma, la referida sección I del Título I hace referencia a la nación colombiana y señala entre otras cosas que dicha nación es irrevocablemente libre e independiente de la monarquía española (art. 1) y que la soberanía reside esencialmente en la nación (art. 2); por su parte, la sección II del Título II establece que el gobierno colombiano es “popular representativo” (art. 9) y que el “Poder Supremo” está dividido en Legislativo, Ejecutivo y Judicial (art. 10). Como se puede observar, los límites aluden básicamente a la forma de gobierno y la soberanía popular.

Al analizar las ocho constituciones *nacionales* de Colombia que rigieron mientras Panamá fue parte de dicho Estado (Constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886) observamos que casi todas llevaron esa tónica y no admitían expresamente la posibilidad de una *reforma total*. La única excepción que encontramos fue la llamada Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, que en su artículo 92 hace referencia expresa a la posibilidad de una reforma total de la Constitución, veamos lo que decía dicho artículo:

“**Artículo 92.-** Esta Constitución podrá ser reformada **total** o parcialmente con las formalidades siguientes:

1. Que la reforma sea solicitada por la mayoría de las Legislaturas de los Estados.
2. Que la reforma sea discutida y aprobada en ambas Cámaras conforme a lo establecido para la expedición de las leyes.
3. Que la reforma sea ratificada por el voto unánime del Senado de plenipotenciarios, teniendo un voto cada Estado.

También puede ser reformada por una Convención convocada al efecto por el Congreso, a solicitud de la totalidad de las Legislaturas de los Estados, y compuesta de igual número de Diputados por cada Estado [las negritas son nuestras]”¹⁶³.

¹⁶² URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. Vol. II. 2ª ed. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985, p. 835.

¹⁶³ *Ibidem.*, p. 1060.

A pesar de la existencia de esta disposición, la misma no fue llevada a la práctica, pues al momento de suprimirse dicha Carta de 1863 no se hizo invocando el referido artículo 92, sino que los hechos políticos surgidos con la llamada “Regeneración” conservadora se impusieron, permitiendo al presidente Rafael Núñez suprimir esa Constitución liberal y abrir paso a la Constitución de 1886¹⁶⁴, que como es sabido, ha sido la Constitución más duradera que ha tenido Colombia, ya que estuvo vigente hasta que se aprobó la actual Constitución colombiana de 1991.

Ahora bien, en lo que respecta estrictamente a las constituciones panameñas que rigieron durante el período federal del constitucionalismo colombiano que se abrió con la Constitución liberal colombiana de 1853, cabe mencionar que la Constitución de la Provincia de Panamá de 1853 en su artículo 55 previó su propia sustitución, veamos:

“**Art. 55.** La presente Constitución puede ser aclarada, adicionada, reformada o **sustituída** del modo siguiente:

1. Por un acto de la Lejislatura provincial, acordado con las formalidades prescritas para la expedición de las ordenanzas, i con la aprobación en cada debate por las cuatro quintas partes de los miembros concurrentes a la sesión.
2. Por una lejislatura extraordinaria, que haya sido convocada *ad-hoc* por una ordenanza especial, i elejidos sus miembros para sólo ese objeto”¹⁶⁵.

Naturalmente, una norma como esta desborda en nuestra opinión lo que es una reforma constitucional, ya que termina constitucionalizando la sustitución de la propia Constitución por una nueva. Por su parte, la Constitución del Estado federal de Panamá de 1855 dispuso en su artículo 56 la reforma de la Constitución “en todo o en parte”, dicho artículo dice así:

“**Art. 56.** La presente Constitución puede ser adicionada, o reformada **en todo** o en parte, por alguno de los medios siguientes:

¹⁶⁴ QUINTERO, César. *Evolución constitucional de Panamá*. 2ª edición. Panamá: Editorial Portobelo, 1999, p. 46 y ss.

¹⁶⁵ GOYTÍA, Víctor. *Las constituciones de Panamá*. 2ª edición. Panamá: Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1987, p. 96.

1. Por un acto especial discutido con las formalidades ordinarias, i que, después de acordado i antes de pasarse al Poder Ejecutivo, sea declarado conveniente por el voto de las cuatro quintas partes de los Diputados presentes.
2. Por un acto especial discutido y acordado con las formalidades ordinarias, publicado para este solo efecto, i discutido i acordado nuevamente con las mismas formalidades, en la siguiente reunión ordinaria de la Asamblea, sin variación declarada sustancial”¹⁶⁶.

Esta Constitución de 1855 tampoco fue reformada “en todo” invocándose el precitado artículo 56, sino que fue derogada por una Asamblea Constituyente convocada en 1863, tal como ha solido ocurrir con este tipo de disposiciones en el constitucionalismo latinoamericano.

Ninguna de las demás Constituciones panameñas existentes durante el período federal colombiano previó una reforma total de la Constitución (Constituciones de 1863, 1865, 1868, 1870, 1873 y 1875), y este período federal se cierra formalmente con la promulgación de la Constitución colombiana unitaria de 1886, para cuya elaboración, por cierto, no se tomó en cuenta a ningún representante proveniente de Panamá, lo cual causó resentimiento entre los istmeños. Como se sabe, luego de varios intentos separatistas, Panamá consuma finalmente su separación de Colombia con la ayuda de Estados Unidos de América el 3 de noviembre de 1903 e inicia así su “era republicana”.

Durante la denominada era republicana han regido cuatro constituciones en la República de Panamá, a saber, las de 1904, 1941, 1946 y 1972, ninguna de las cuales dispuso la posibilidad de su reforma total, sin embargo, en el año 2004 se introdujeron reformas a la Constitución de 1972, entre las cuales destaca la inclusión de un tercer mecanismo de reforma constitucional denominado Asamblea Constituyente *Paralela*, dispuesto en el artículo 314 constitucional. En dicho artículo se establece que la Asamblea Constituyente *Paralela* puede adoptar una “nueva Constitución” y por otro lado que dicha corporación especial puede reformar la Constitución “de forma total o parcial”, con lo cual termina

¹⁶⁶ *Ibidem.*, p. 114.

introduciéndose expresamente por primera vez la posibilidad de *la reforma total* de la Constitución en la era republicana panameña. Pasemos pues al necesario análisis de lo relacionado con la Asamblea Constituyente *Paralela*.

2. La Asamblea Constituyente Paralela y la reforma total de la Constitución

2.1. Concepto y origen de la Asamblea Constituyente *Paralela*

Como es conocido, una Asamblea Constituyente es una corporación elegida por los ciudadanos de un Estado para hacer una nueva Constitución o producir reformas importantes a la Constitución vigente. Pero ahora debemos referirnos a denominada Asamblea Constituyente *Paralela*, contenida en el artículo 314 de la Constitución Política de Panamá de 1972. Literalmente, la atención debe recaer sobre el adjetivo “*paralela*”, pues como veremos, dicha cualidad la diferencia ampliamente de la Asamblea Constituyente clásica.

En realidad, el vocablo “*paralelo, la*” es propio de la Geometría y se dice de “[...] dos o más líneas o planos: Equidistantes entre sí y que por más que se prolonguen no pueden encontrarse”¹⁶⁷. Y la pregunta que surge es ¿cómo se relaciona el vocablo *paralela* –propio de la Geometría– con esta institución de reforma? Pues consideramos que lo que se quiere dar a entender con el adjetivo *paralela* es que, de convocarse dicha Asamblea Constituyente, deberá coexistir –mientras funcione– con el gobierno y bajo ningún concepto podrá intervenir en el funcionamiento del mismo, su única función será reformar la Constitución y nada más. En este sentido, **el Gobierno y la Asamblea Constituyente Paralela serán entes *paralelos* entre sí**, lo cual no necesariamente sucede en el caso de una Asamblea Constituyente clásica, ya que en el marco de una gran concertación nacional, ésta ha llegado inclusive a disolver el parlamento en determinados contextos y ha tomado otras decisiones que van más allá de la mera redacción de una Constitución como se sabe.

¹⁶⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]. 22^a edición. Madrid. 2012. Voz: *paralelo, la* [Consulta: 5 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=paralelo>.

En el medio nacional panameño, el jurista Ítalo Antinori define la Asamblea Constituyente Paralela o “*simultánea*” como

“[...] una Asamblea elegida democráticamente mediante voto directo y secreto y por postulaciones independientes y por partidos políticos en determinadas circunscripciones electorales cuyo mandato popular se le otorga única y exclusivamente para que cree una nueva Constitución Política. **Esta Asamblea Constituyente se instalará y funcionará simultáneamente y sin interferir con los demás órganos del Estado, es decir Ejecutivo, Legislativo y Judicial** [las negritas son nuestras]”¹⁶⁸.

La Asamblea Constituyente Paralela es entonces un organismo conformado por un número determinado de diputados constituyentes elegidos democráticamente por el pueblo con el único y exclusivo fin de producir reformas a la Constitución vigente. Naturalmente, estaríamos hablando de una asamblea constituyente en función de reforma y no de una clásica, que algunos denominan “de plenos poderes”.

Así las cosas, esta institución se refiere a un poder limitado y regulado constitucionalmente. En esta dirección, señala Rigoberto González Montenegro que “[...] la razón de ser de la Asamblea Constituyente, como poder constituyente constituido, es la de adecuar, enmendar, revisar o reformar la Constitución, sin que le sea permitido nada más”¹⁶⁹. En fin, al referirnos al concepto de Asamblea Constituyente *paralela*, debe quedar claro que se trata de un mecanismo de ejercicio del poder de reforma y no del poder constituyente originario, pues se encuentra estrictamente regulado en el artículo 314 constitucional, como veremos más adelante.

En cuanto al origen de este tipo de asambleas constituyentes, hasta donde sabemos, la primera Constitución en prever una institución de reforma de este tipo fue la Constitución de Estados Unidos de 1787, que en su artículo V sobre el procedimiento de enmienda dispone que el Congreso convocará una Convención

¹⁶⁸ ANTINORI, Ítalo. *La constituyente es el camino para la democratización nacional*. Panamá: Imprenta Ziur, 1992, pp. 46-47.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. *La reforma de la Constitución*. Panamá: Colección Iuris. Procuraduría de la Administración, 2000, p. 27.

para que proponga enmiendas a la Constitución, previa solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados.

El artículo en cuestión de la Constitución de Los Estados Unidos de América dice así:

“ARTÍCULO V. Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, **a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una *convención* con el objeto de que proponga enmiendas**, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado [las negritas y cursivas son nuestras]”¹⁷⁰.

Este mecanismo de reforma que el constitucionalismo estadounidense denomina *Convención* Constituyente jamás ha sido utilizado en dicho país y aun se discute sobre la manera en que funcionaría dicha convención de convocarse algún día.

En cuanto a su origen en el plano nacional panameño, acota el profesor César Quintero que durante la vigencia de la Constitución federal colombiana de 1863 (Constitución de Rionegro), el método de reforma que prevaleció en las constituciones panameñas de la época fue precisamente el de la Asamblea Constituyente, convocada por la Asamblea Legislativa con el solo objeto de producir *reformas* a la Constitución¹⁷¹.

¹⁷⁰ *Constitución de los Estados Unidos de América* [en línea]. [Consulta: 7 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://usinfo.state.gov/espanol/constes.htm>.

¹⁷¹ QUINTERO, César. *Evolución constitucional de Panamá*. 2ª edición. Panamá: Editorial Portobelo, 1999, p. 40.

En efecto, las cinco constituciones panameñas estatales (1863, 1865, 1868, 1870 y 1875) que existieron durante la vigencia de la Constitución colombiana de Rionegro contemplaron el mecanismo de reforma de la Asamblea Constituyente. Sin embargo, debemos destacar que con anterioridad a estas constituciones, ya la Constitución Provincial de Panamá de 1853 en su artículo 55 inciso 2, que ya hemos citado en páginas anteriores, establecía la posibilidad de convocar una “legislatura extraordinaria” convocada *ad-hoc* con el solo objetivo de adicionar, reformar o sustituir la Constitución, de manera que este vendría a ser el antecedente más remoto en el constitucionalismo panameño de lo que hoy se denomina Asamblea Constituyente *Paralela*.

Veamos brevemente lo que señalaban las constituciones estatales panameñas vigentes durante la vigencia de la Constitución federal colombiana de Rionegro de 1863. La Constitución Política del Estado Soberano de Panamá de 1863, en su Título XIX, denominado “Reforma de la Constitución” disponía lo siguiente:

Art. 92. La Asamblea Legislativa no podrá ejercer funciones de Asamblea Constituyente.

Art. 93. Para introducir cualquiera reforma en la Constitución, será preciso:

1. que así lo decida una mayoría por lo menos de las dos terceras partes de los diputados presentes; i
2. que por una lei se convoque una *Convención* con tal objeto.

Art. 94. La *Convención* llamada a reformar la Constitución se compondrá de tantos miembros, cuantos son los Diputados que correspondan a la Legislatura ordinaria, elegidos por votación directa de los ciudadanos del Estado. La elección se hará por círculos [las cursivas son nuestras]¹⁷².

Como se observa, esta Constitución utiliza el término de “*Convención*” para designar lo que casi un siglo y medio se llama en Panamá Asamblea Constituyente Paralela. La subsiguiente Constitución estatal panameña de 1865 usó ya el concepto de Asamblea Constituyente en su cláusula de reforma.

Por su parte, el artículo 127 de la Constitución panameña de 1865 establecía que:

¹⁷² GOYTÍA, Víctor. *Op. cit.*, p. 159

“**Art. 127.** Esta Constitución sólo podrá ser adicionada o reformada en cada uno de los casos y en los términos siguientes:

1. Por una lei espedita por la Asamblea Lejislativa con la aprobación de las dos terceras partes de sus miembros;
2. Cuando la Asamblea Lejislativa convoque al efecto una *Asamblea Constituyente*, por medio de una lei aprobada en último debate con la misma mayoría de votos que determina el precedente artículo [mayoría absoluta].
3. I que esa *Asamblea Constituyente*, con una mayoría de votos igual a la expresada en dicho artículo, apruebe en el mismo debate la adición o reforma [las cursivas son nuestras]”¹⁷³.

La Constitución de 1868 era aún más clara en la materia que la de 1865 y además establecía como único mecanismo de reforma el de la Asamblea Constituyente. En la Constitución de 1868 se disponía que:

“**Art. 132.** Esta Constitución sólo podrá ser adicionada o reformada por una *Asamblea Constituyente* convocada al efecto por la Asamblea Lejislativa, por medio de una lei aprobada en último debate con la mayoría absoluta de la totalidad de los Diputados que correspondan a la Asamblea; i que esa *Asamblea Constituyente* con una mayoría de votos igual a la expresada en este artículo apruebe en último debate la adición o reforma.

Art. 133. La Asamblea que sea convocada conforme al artículo anterior, se compondrá de tantos Diputados cuantos correspondan a la Asamblea Lejislativa, i elegidos del mismo modo [las cursivas son nuestras]”¹⁷⁴.

Por otro lado, la Constitución Estatal panameña de 1870 se mantiene exactamente igual en esta materia a su predecesora de 1868 y de igual forma, la cláusula de reforma de la Constitución panameña de 1875 es similar a la contenida en la Constitución de 1865.

Si bien en estas seis Constituciones panameñas se estableció –como mecanismo de reforma– una especie de Asamblea Constituyente institucionalizada o paralela, la misma, en los momentos en que se llevó a la práctica, además de crear una nueva Constitución, asumió igualmente otras funciones temporales que la asemejaban más a una Asamblea Constituyente clásica, dichas funciones luego quedaban debidamente plasmadas en la nueva

¹⁷³ *Ibidem.*, p. 181.

¹⁷⁴ *Ibidem.*, p. 213.

Constitución dentro de las llamadas disposiciones transitorias. Entre estas funciones temporales estaban, por ejemplo: elegir al Presidente del Estado, sus sustitutos, los miembros del Jurado Supremo y sus suplentes, los Magistrados de la Corte, el Procurador del Estado e incluso fungir como Asamblea Legislativa de forma interina¹⁷⁵.

Finalmente, este mecanismo de reforma de la Asamblea Constituyente desapareció de la escena constitucional panameña con la proclamación de la conservadora y centralista Constitución colombiana de 1886, que convirtió a Panamá y a otros Estados colombianos en Departamentos de Colombia sujetos a leyes especiales dictadas en Bogotá. Sin embargo, luego de su separación de Colombia (1903), como ya hemos señalado, este mecanismo no fue incluido en los textos constitucionales panameños, pues ninguna de las cuatro Constituciones de la Era Republicana (1904, 1941, 1946 y 1972) contempló una Asamblea Constituyente como método de reforma constitucional.

Tampoco hemos encontrado registro histórico de que la dictadura militar de 21 años (1968-1989) haya hecho una propuesta de esta índole, y es que hasta donde sabemos, la Asamblea Constituyente Paralela como propuesta política fue impulsada por primera vez en forma consistente en el año 1990 -primero de la transición democrática- por el Colegio Nacional de Abogados. En esta dirección, el ex Defensor del Pueblo Ítalo Antinori apunta lo siguiente:

“[...] el Cuarto Congreso Nacional de Abogados de la República de Panamá, celebrado en la Ciudad de Panamá del 5 al 7 de octubre de 1990, aprobó recomendar la convocatoria, en esa fecha, de lo que denominó una **Asamblea Constituyente Paralela** [...] [las negritas son nuestras]”¹⁷⁶.

Así las cosas, es muy probable que haya sido el Colegio Nacional de Abogados el que introdujo, por primera vez, *en forma políticamente relevante* el tema y hasta el propio término de Asamblea Constituyente *Paralela* en el plano

¹⁷⁵ La Asamblea Constituyente estaba contemplada en el papel como un mecanismo de reforma, pero en la *praxis* terminaba convertida por los llamados *factores reales de poder* en una Asamblea Constituyente clásica, con todos los poderes antes mencionados.

¹⁷⁶ ANTINORI, Ítalo. *Op. cit.*, p. 35.

nacional luego de la dictadura militar. En este sentido, expresa también Antinori: “para ser sinceros debemos reconocer que fuimos los abogados los primeros en introducir el término y la concepción de este tipo de constituyente en el país”¹⁷⁷. Cabe destacar que quienes participaron en aquel Cuarto Congreso Nacional de Abogados de la República de Panamá (1990), han señalado que la propuesta de la llamada *constituyente paralela* la hizo la comisión N° 1 sobre asuntos constitucionales de dicho congreso, comisión que estuvo presidida por el doctor Ítalo Antinori, de igual forma se ha advertido que dicha propuesta estuvo inspirada en la Constitución de Guatemala, que en sus artículo 278 y 279 prevé una Asamblea Nacional Constituyente en función de reforma que de ser convocada funcionaría *simultáneamente* con el Congreso de la República, aunque se deja claro que nadie podrá ser diputado de ambas corporaciones al mismo tiempo¹⁷⁸.

Esta propuesta del Colegio Nacional de Abogados de realizar una Asamblea Constituyente Paralela fue desestimada por los legisladores¹⁷⁹ de la época (1990-1994) e incluso algunos advirtieron que lo que se estaba planteando era un golpe de Estado. Paradójicamente, fueron esos mismos Legisladores (principalmente del Partido Demócrata Cristiano) los que propusieron en 1992 que se incluyera en la Constitución Política un tercer mecanismo de reforma, que era precisamente el de la Asamblea Constituyente.

Así, en el año 1992, el gobierno del presidente Guillermo Endara propuso incluir la Asamblea Constituyente en la Constitución como mecanismo de reforma, pero las reformas propuestas fueron rechazadas por los ciudadanos en el correspondiente referéndum, realizado el 15 de noviembre de dicho año.

No fue sino con las reformas constitucionales del año 2004 impulsadas por los gobiernos de Mireya Moscoso y Martín Torrijos que logra insertarse

¹⁷⁷ *Ibidem.* p. 43.

¹⁷⁸ ÁLVAREZ, José. Constituyente Paralela. En: *La Estrella de Panamá* [en línea]. Sección de Opinión del 13 de agosto de 2013 [Consulta: 5 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://laestrella.com.pa/opinion/constituyente-paralela/23496742>.

¹⁷⁹ Antes de las reformas constitucionales de 2004, los hoy diputados tenían la denominación de legisladores, de igual forma, la Asamblea Nacional tenía la denominación de Asamblea Legislativa.

nuevamente este mecanismo de reforma en la actual Constitución Política panameña, ya con el nombre de *Asamblea Constituyente Paralela*, institución a la cual se atribuye la facultad de reformar totalmente la Constitución de 1972.

Así las cosas, esta institución de reforma ha estado fuera del constitucionalismo panameño por más de un siglo, hasta que en el año 2004 fue introducida nuevamente en la vida constitucional, aunque a través de una redacción un tanto confusa y con algunos requisitos para su concreta realización que merecen ser analizados. Visto el concepto y los antecedentes de la Asamblea Constituyente como mecanismo de reforma en Panamá, pasemos a indagar brevemente el contexto histórico-político en el cual se introdujo nuevamente este mecanismo de reforma en el año 2004, a fin de entender las razones que motivaron su inclusión en el texto constitucional.

2.2. Inserción de la Asamblea Constituyente *Paralela* en la Constitución de 1972.

Si bien en Panamá el tema de la Asamblea Constituyente ha sido recurrente en diversos momentos de su historia política reciente, no fue sino al final del gobierno de la presidenta Mireya Moscoso (años 2003 y 2004) que adquirió una fuerza inusitada. Para entonces, el país afrontaba una importante crisis institucional y varios escándalos de corrupción que enrarecieron el clima político. En estas circunstancias, algunas voces dentro de la sociedad civil manifestaron la necesidad de una renovación institucional y moral del Estado panameño a través de una Asamblea Constituyente¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Cabe destacar que en Panamá se encuentra vigente la Constitución aprobada durante la dictadura militar en 1972. Si bien dicha Constitución ha sido modificada en 1978, 1983, 1993-94 y 2004, varias voces dentro de la sociedad civil han solicitado recurrentemente la convocatoria de una asamblea constituyente que reemplace una Constitución que para muchos sectores tiene una ilegitimidad de origen.

En este escenario, ya desde mayo de 2002, con la creación del Foro Panamá 2020¹⁸¹ y su mesa “Nueva Constitución” se venía proponiendo desde la sociedad civil algunas reformas importantes a la Constitución Política panameña. Dada la crisis política que vivía el país, dicha organización planteó igualmente la inclusión de una quinta papeleta¹⁸² en las elecciones generales del 2 de mayo del año 2004 a fin de que el pueblo panameño decidiera si quería o no una nueva Constitución Política elaborada por una Asamblea Nacional Constituyente elegida democráticamente para tal fin. Dicha propuesta, estuvo al parecer inspirada en la del movimiento estudiantil colombiano en 1990 de incluir una séptima papeleta en las elecciones generales de dicho año, para que el pueblo se manifestara a favor o en contra de la convocatoria de una Asamblea Constituyente¹⁸³. Ahora bien, fue en realidad el Comité Ecuménico de Panamá¹⁸⁴, presidido por el sacerdote jesuita Néstor Jaén, el que inició el 19 de octubre de 2003 una masiva recolección de firmas en apoyo a la convocatoria de una Asamblea Constituyente *Paralela* que diera a Panamá una nueva Constitución Política.

El texto contenido en las libretas de recolección de firmas distribuidas por el Comité Ecuménico de Panamá decía así:

"Estoy de acuerdo con que se haga una nueva Constitución en los dos primeros años del próximo período de gobierno, mediante una asamblea constituyente paralela, con la representación equitativa de los partidos

¹⁸¹ El **Foro Panamá 2020** es una organización que agrupa a miembros de la sociedad civil, partidos políticos y el gobierno. Fue creado en mayo de 2002 bajo los auspicios del PNUD con el objetivo de dar seguimiento al cumplimiento de los objetivos plasmados en el documento Visión Nacional 2020, acordado por diversas fuerzas políticas de la sociedad panameña en el año 1998.

¹⁸² Ya en abril del año 2003 el profesor Miguel Antonio Bernal había planteado el tema en un artículo de opinión (BERNAL, Miguel Antonio. La Quinta Papeleta. En: *El Panamá América* [en línea]. Sección de Opinión del 24 de abril de 2003 [Consulta: 9 de octubre de 2015]. Disponible en: http://www.pa-digital.com.pa/periodico/buscar/resultado.php?story_id=381107).

¹⁸³ Lo que esa propuesta buscaba era dar a Colombia un nuevo Pacto Social que significara una salida a la más importante espiral de violencia política que haya vivido ese país en mucho tiempo. Para apreciar una *radiografía* del proceso constituyente colombiano véase: BUENAHORA FEBRES-CORDERO, Jaime. *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1991.

¹⁸⁴ El *Comité Ecuménico de Panamá* es una asociación de “Iglesias Cristianas Históricas”; está conformado por la Iglesia Católica, la Iglesia Bautista Calvario, la Iglesia Episcopal de Panamá, la Iglesia Evangélica Metodista de Panamá, la Iglesia Metodista del Caribe y las Américas y la Iglesia Ortodoxa Griega. Ver dirección URL: <http://www.ecumenismo.org/coepa.html>.

políticos y la sociedad civil. Dicha asamblea no interferirá con las funciones de los organismos electos el 2 de mayo de 2004 y tendrá como único objetivo la elaboración de la nueva Constitución. Los constituyentes trabajarán ad honorem, sólo con algunos viáticos para gastos fundamentales"¹⁸⁵.

Estas libretas descansaban primero que todo en varias iglesias de la geografía nacional, aunque también en supermercados, otros comercios y lugares públicos. Algunas fuentes señalan que se llegaron a recoger más de cien mil (100,000) firmas¹⁸⁶ en apoyo a esta propuesta del Comité Ecuménico. Inclusive, los cuatro candidatos presidenciales para las elecciones generales del año 2004¹⁸⁷ firmaron dichas libretas.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo mencionado, no hubo quinta papeleta en las elecciones generales del 2 de mayo de 2004, y el licenciado Martín Torrijos Espino, candidato presidencial por la alianza PRD-PP, fue elegido Presidente de la República para el período constitucional 2004-2009. Luego de estas elecciones y del escenario político descrito, se concretó un acuerdo entre el gobierno entrante de Martín Torrijos Espino y el saliente de Mireya Moscoso para llevar adelante un proceso de reformas constitucionales a través de la Asamblea Legislativa, relegando así ambas fuerzas el tema de la convocatoria durante el nuevo gobierno de una Asamblea Constituyente *Paralela*. Seguidamente, el 18 de junio del año 2004 un conjunto de Legisladores del Partido Revolucionario Democrático (P.R.D.) liderados políticamente por el presidente electo Martín Torrijos Espino presentaron ante la Asamblea Legislativa y ante el país el Anteproyecto de Ley del Acto Legislativo N° 001 “QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DE 1972, REFORMADA POR LOS ACTOS REFORMATARIOS DE 1987 [*sic*], POR EL ACTO CONSTITUCIONAL DE 1983 Y

¹⁸⁵ Ejemplar original de una de las papeletas en posesión del autor.

¹⁸⁶ Pueden consultarse las siguientes direcciones de internet con las respectivas notas periodísticas: <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2004/02/16/hoy/hoyporhoy.htm> y <http://ediciones.prensa.com/mensual/contenido/2004/02/29/hoy/defensor.shtml> [Consulta: 9 de octubre de 2015].

¹⁸⁷ Los candidatos presidenciales eran: Martín Torrijos Espino, Guillermo Endara, José Miguel Alemán y Ricardo Martinelli.

LOS ACTOS LEGISLATIVOS N°1 DE 1993 Y N°2 DE 1994; DE CONFORMIDAD CON EL NUMERAL 1, ARTÍCULO 308 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ”, mediante el cual se activó el procedimiento de reforma de la Constitución Política de la República de Panamá a través del mecanismo de “las dos Asambleas”, que ya hemos descrito en este trabajo. La entonces Presidenta de la República, Mireya Moscoso, como parte del acuerdo mencionado, convocó a la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias, que irían del 5 al 28 de julio de 2004 a fin de que dicha corporación tuviese tiempo de discutir y aprobar las mencionadas reformas.

Así las cosas, se terminó aprobando, previas deliberaciones, el Acto Legislativo N°1 de 27 de julio de 2004 que reformó finalmente la Constitución Política de la República de Panamá y que incluyó dentro de la cláusula de reforma un tercer mecanismo de reforma constitucional denominado *Asamblea Constituyente Paralela*¹⁸⁸, corporación a la cual se le reconoció la facultad reformar totalmente la Constitución panameña o elaborar una *nueva Constitución*.

En resumidas cuentas, este fue el contexto en el cual se incluyó la asamblea constituyente paralela en la Constitución Política de Panamá. A manera de reflexión, consideramos personalmente que la inclusión de esta institución en la Constitución obedeció a una especie de reacción de las fuerzas políticas ante el creciente apoyo que venía teniendo la idea de la convocatoria de una Asamblea Constituyente *Paralela* a corto o mediano plazo para la renovación política del Estado panameño. Las fuerzas políticas postergaron la convocatoria de una asamblea constituyente e insertaron en la Constitución la llamada asamblea constituyente *paralela*, sujeta a estrictas condiciones para su realización

En este sentido, un anteproyecto de reforma constitucional presentado por un conjunto de legisladores en octubre de 2003 que señala las líneas generales de

¹⁸⁸ El Acto Legislativo N°1 en cuestión fue aprobado por la Asamblea Legislativa del período constitucional 1999-2004 el 27 de julio de 2004, mientras que por su parte, la Asamblea Legislativa (ahora Asamblea Nacional) del período 2004-2009 lo aprobó en un solo debate y sin modificaciones el 26 de octubre de 2004. Las reformas constitucionales del año 2004 fueron publicadas en la Gaceta Oficial N° 25176 del 15 de noviembre de 2004.

lo que serían las reformas del año 2004, resume insuperablemente en su exposición de motivos la posición de algunos sectores políticos en aquella coyuntura ante la posibilidad de una constituyente:

“[...] tanto o más peligroso es optar por la inacción, por la parálisis asfixiante de quienes no perciben las nubes oscuras que se asoman sobre el futuro del país, *como optar por la alegría desordenada de la montonera, que aspira a la confusión* [sic] con el objeto de anular los avances alcanzados en el camino del perfeccionamiento de nuestra incipiente democracia [las cursivas son nuestras]”¹⁸⁹.

En fin, la inserción de la denominada asamblea constituyente *paralela* fue desde nuestra óptica una válvula de escape a la crisis política que vivía el país en aquel momento (2003-2004) y un intento de mantener bajo estricto control algún futuro proceso de cambio constitucional. Pasemos pues al análisis del artículo 314 constitucional, que permite tanto la reforma parcial como total de la Constitución, e inclusive, la aprobación de una “nueva Constitución”, como ya hemos advertido.

2.3. Análisis del artículo 314 constitucional

El artículo 314 es uno de los más extensos de la Constitución Política de Panamá, razón por la cual preferimos estudiarlo aquí párrafo a párrafo y luego hacer una recapitulación general. Empecemos pues con el primer párrafo de este artículo, que dice así:

“Artículo 314. Podrá adoptarse una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión

¹⁸⁹ ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Anteproyecto de Ley del Acto Legislativo N° 001 QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DE 1972, REFORMADA POR LOS ACTOS REFORMATARIOS DE 1987 [sic], POR EL ACTO CONSTITUCIONAL DE 1983 Y LOS ACTOS LEGISLATIVOS N°1 DE 1993 Y N°2 DE 1994; DE CONFORMIDAD CON EL NUMERAL 1, ARTÍCULO 308 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Presentado el 27 de octubre de 2003 ante la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa de la República de Panamá* [en línea]. p. 6 [Consulta: 22 de noviembre de 2015]. Este anteproyecto fue propuesto básicamente por legisladores de la bancada del P.R.D. Disponible en: http://www.asamblea.gob.pa/legispan/Pdf_TRA_his/2000_TRA_HIS/2003_tra_HIS/ANTEPROYECTOS/2003_ACTO%20LEGISLATIVO_001.pdf.

del Órgano Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Órgano Legislativo, o por el Órgano Legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos, el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En este caso, los peticionarios tendrán hasta seis meses para cumplir con este requisito de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Tribunal Electoral”.

Como se puede observar, el artículo inicia con la frase: “Podrá adoptarse una *nueva Constitución* [...]”, lo cual termina desbordando en nuestra opinión el Título constitucional dentro del cual se enmarca este artículo, que es el de “*Reforma de la Constitución*”. Recordemos que estamos hablando aquí del poder de reforma y no del poder constituyente originario. El poder de reforma, como su nombre lo indica y como el propio Título XIII de la Constitución panameña lo señala, tiene la facultad de *reformular* la Constitución vigente, mas no la de suprimirla y colocar en su lugar una Constitución completamente nueva. Desde nuestra perspectiva, hubiese sido más exacto que el artículo iniciara con la frase: “Podrá *reformarse* la Constitución [...]” o alguna fórmula parecida. Al elaborar este artículo, el legislador se refirió indistintamente a los conceptos de *reforma total* y *nueva Constitución* como se puede apreciar, aunque no hemos encontrado mayores referencias sobre el significado de estos términos para quienes elaboraron esta disposición.

Continuando con el análisis de este primer párrafo del artículo 314 constitucional, el mismo indica las tres formas en que una Asamblea Constituyente Paralela podría ser convocada. Según esta norma constitucional, una Asamblea Constituyente Paralela podría ser convocada por el Órgano Ejecutivo¹⁹⁰ con posterior ratificación de la mayoría absoluta del Órgano

¹⁹⁰ Cabe anotar que en los otros 2 mecanismos de reforma constitucional se atribuye la iniciativa de reforma al Consejo de Gabinete en sí, mientras que aquí se habla más ampliamente del Órgano Ejecutivo, que según el artículo 175 constitucional está compuesto por el Presidente de la República y los Ministros de Estado. Por otro lado, cabe señalar también que en el mecanismo de reforma que

Legislativo (36 o más de los 71 diputados), de igual forma, podría ser convocada por el propio Órgano Legislativo con la aprobación de por lo menos dos tercios de sus miembros (47 o más de los 71 diputados) y por último, la Asamblea Constituyente Paralela podría ser convocada por “**iniciativa ciudadana**”¹⁹¹, aunque sujeta a estrictas condiciones como lo son la recolección de un cantidad de firmas equivalente al 20% del Registro Electoral en un período máximo de 6 meses. El porcentaje de firmas requeridas para perfeccionar la iniciativa ciudadana de reforma constitucional es uno de los más altos de la región, pues dicho porcentaje equivale hoy a casi medio millón de firmas en un país que no llega a los dos millones y medio de electores¹⁹².

El segundo párrafo del artículo constitucional que analizamos señala en este mismo hilo lo siguiente:

“Le corresponderá al Tribunal Electoral acoger la iniciativa propuesta y hacer la convocatoria a la elección de constituyentes, en un término no menor de tres meses ni mayor de seis meses desde la formalización de la solicitud de convocatoria. Realizada la elección, la Asamblea Constituyente Paralela se instalará formalmente e iniciará sus deliberaciones por derecho propio, tan pronto el Tribunal Electoral entregue las credenciales respectivas a sus integrantes.”

Cabe destacar de este párrafo que una vez realizada la elección de constituyentes –como es natural– la Asamblea Constituyente Paralela podrá instalarse e iniciar deliberaciones “**por derecho propio**”, lo cual quiere decir que no necesita de la autorización de ninguna otra entidad para hacerlo. Esto es muy importante dada la existencia de un marcado presidencialismo en Panamá. Como

aquí analizamos, al Órgano Judicial no se le atribuye iniciativa de reforma, en otras palabras, el Judicial bajo ningún concepto puede convocar una Asamblea Constituyente Paralela.

¹⁹¹ La **iniciativa ciudadana** o **popular** es una institución democrática a través de la cual un conjunto de ciudadanos puede iniciar el procedimiento de reforma constitucional o de formación de una Ley, siempre y cuando se cumpla con los requisitos preestablecidos legalmente para ello.

¹⁹² TRIBUNAL ELECTORAL DE PANAMÁ. *Estadística del padrón electoral final para las elecciones generales de 4 de mayo de 2014 por provincia, distrito y centro de votación* [en línea]. Panamá: Tribunal Electoral, 2014 [consulta: 9 de octubre de 2015]. Disponible en: http://www.tribunal-electoral.gob.pa/html/fileadmin/user_upload/Elecciones/elecciones-2014/ESTADISTICA_DEL_PADRON_FINAL_ELECCIONES_GENERALES_2014.pdf.

es natural, siguiendo la normativa general de elecciones, el Tribunal Electoral deberá extender las credenciales correspondientes a quienes resulten elegidos constituyentes.

El tercer párrafo del artículo 314 constitucional dice así:

“La Asamblea Constituyente Paralela estará integrada por sesenta constituyentes, quienes deberán representar proporcionalmente a los panameños de todas las provincias y comarcas, de acuerdo con la población electoral, y se permitirá, además de la postulación partidista, la libre postulación. Para estos efectos, el Tribunal Electoral deberá establecer en la convocatoria el sistema electoral aplicable a la elección de constituyentes”.

Como se puede ver, este párrafo entra a detallar la cantidad de *constituyentes* que integrarían una Asamblea Constituyente *Paralela*. La cantidad establecida de 60 escaños resulta razonable dada la pequeña población de Panamá, sin embargo, como se observa, no incluye la elección de constituyentes *nacionales*, como se suele estilar para este tipo de corporaciones *ad-hoc*. Es de destacar que se permite la libre postulación para la elección de constituyentes, abriéndose así la puerta a importantes fuerzas políticas distintas a los partidos políticos. Lo que se desconoce todavía es la propia regulación de la elección de constituyentes, pues como indica el propio artículo 314, hasta el propio **sistema electoral** deberá ser establecido por el Tribunal Electoral al realizar la convocatoria, lo cual en nuestra opinión no resulta apropiado, pues la institución llamada a debatir y producir las leyes electorales en forma democrática es la Asamblea Nacional, no el Tribunal Electoral.

Existe en estos momentos un vacío normativo en materia de elección de constituyentes, pues dada la especificidad del asunto, las normas del Código Electoral no cubren lo relativo a la elección de una Asamblea Constituyente *Paralela* en caso de llegar a ser convocada en un futuro próximo y tampoco se ha regulado el sistema electoral aplicable. Una regulación futura de dichas elecciones debería procurar impedir que los diputados de la Asamblea Nacional terminen siendo los mismos que los de la Asamblea Constituyente *Paralela*, pues de

funcionar al mismo tiempo se produciría una duplicidad innecesaria¹⁹³. El siguiente párrafo del artículo 314 de la Constitución panameña dice así:

“La Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial, pero en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los períodos de los funcionarios electos y designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente Paralela tendrá un período no menor de seis meses ni mayor de nueve meses, para cumplir con su labor y entregar al Tribunal Electoral el texto de la Nueva Constitución Política aprobada, la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral”.

Como se observa, en este párrafo el legislador introduce la fórmula de “*reforma total*”¹⁹⁴ de la Constitución, pero más adelante se refiere a la elaboración de una *nueva Constitución*, lo que da a entender que, desde la óptica de quienes elaboraron la norma, ambos términos se refieren a lo mismo, a diferencia de lo que sucede en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, que ha optado por distinguir los conceptos de reforma total y nueva Constitución. Más adelante se sigue hablando de límites muy importantes que enfrentará una Asamblea Constituyente Paralela, estos límites lo que dejan sentado es que **una Asamblea Constituyente Paralela no puede intervenir en los asuntos del gobierno**, pues ninguna decisión que tome puede surtir efectos retroactivos (respecto a hechos pasados) y tampoco puede alterar los períodos de ningún funcionario electo o designado que esté ejerciendo el cargo cuando entren en vigencia las reformas; así las cosas, como ya hemos mencionado anteriormente, una Asamblea Constituyente *Paralela* no puede operar o precipitar un cambio inmediato del gobierno, pues todo cambio institucional que afecte el período de algún funcionario deberá esperar. Paradójicamente, dado que este artículo señala que se

¹⁹³ CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 250.

¹⁹⁴ En sentido sustantivo y más allá de los aspectos formales estimamos que una reforma constitucional no puede ser *total*, sino sólo parcial, pues debe preservar como mínimo aquello que integra los llamados límites materiales implícitos del poder de reforma constitucional.

puede adoptar una *nueva Constitución*, algunos estudiosos han advertido que las referidas restricciones no tendrían eficacia alguna en el caso de que en efecto se adopte una nueva Constitución y se establezca un nuevo ordenamiento constitucional que barra precisamente con éste y otros artículos¹⁹⁵.

El párrafo *in comento* establece también el rango de tiempo que tiene una Asamblea Constituyente Paralela para cumplir su función de proponer reformas a la Constitución y entregarlas al Tribunal Electoral, dicho período será de no menos de 6 ni más de 9 meses, tiempo bastante razonable. Por otro lado, una vez que la Asamblea Constituyente Paralela entrega la *nueva Constitución* al Tribunal Electoral, éste deberá publicarlo inmediatamente en el Boletín del Tribunal Electoral. En vista de que se trata de un proyecto de reforma que será sometido a referéndum, será pertinente su publicación en los diarios de circulación nacional para su debida difusión, abriéndose así la posibilidad al necesario debate político democrático y participativo que la aprobación de una *nueva Constitución* requiere.

El penúltimo párrafo del artículo 314 constitucional dice así:

“El nuevo Acto Constitucional aprobado con arreglo a este método será sometido a referéndum convocado por el Tribunal Electoral en un período no menor de tres meses, ni mayor de seis meses, contado a partir de la fecha de su publicación en el Boletín del Tribunal Electoral”.

El precitado párrafo es bastante claro. El período de tiempo que se establece para la celebración del referéndum constitucional es razonable, pues de 3 a 6 meses luego de la publicación del proyecto de reformas es tiempo suficiente para que se conozca en qué consisten las reformas propuestas y se produzca un debate nacional al respecto.

Ya el último párrafo de este artículo constitucional dice de la siguiente manera:

¹⁹⁵ GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. La asamblea constituyente prevista en las reformas constitucionales de 2004. En: *Boletín de informaciones jurídicas No. 41* [en línea], enero-junio de 2009, pp. 12-25 [consulta: 3 de diciembre de 2015]. Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Disponible en: http://www.up.ac.pa/ftp/2010/c_ijuridica/documentos/Bolet%C3%ADno9I.pdf

“El Acto Constitucional aprobado con arreglo a cualquiera de los procedimientos señalados en este artículo y en el artículo anterior, empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial, la cual deberá hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por la Asamblea Nacional, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad”.

Este último párrafo se encarga de determinar en qué momento entra en vigencia una reforma constitucional aprobada a través de cualquiera de los 3 métodos de reforma constitucional, incluyendo por supuesto el de la Asamblea Constituyente Paralela y la regla es que cualquier reforma constitucional entra en vigencia a partir de su publicación por el Ejecutivo en la Gaceta Oficial, pero como se puede observar, el plazo otorgado para que dicha publicación se haga no es igual en todos los casos. Desconocemos las razones que llevaron al legislador a diferenciar entre las reformas que se aprueban mediante referéndum y la reforma que aprueba la Asamblea Nacional. En el caso de referéndum, la reforma constitucional –de ser aprobada– deberá ser publicada en Gaceta Oficial dentro de los 30 días hábiles después de celebrado el mismo¹⁹⁶, mientras que si la aprobación se hace en la Asamblea Nacional, la reforma deberá ser publicada en Gaceta Oficial dentro de tan sólo 10 días hábiles luego de aprobada¹⁹⁷. No encontramos justificación para hacer esta discriminación, pues si una reforma es aprobada mediante el voto ciudadano, debería con mayor razón ser publicada en Gaceta Oficial en un período máximo razonablemente corto de tiempo, como lo es el de 10 días hábiles.

Por otro lado, este último párrafo señala que el hecho de que el Acto Constitucional sea publicado en Gaceta Oficial después de los plazos precitados

¹⁹⁶ Esto quiere decir que la publicación de la reforma en la Gaceta Oficial puede hacerse en cualquier momento luego de aprobada en referéndum, pero a más tardar 30 días hábiles después de celebrado el referéndum.

¹⁹⁷ Esto quiere significar que la publicación de la reforma en la Gaceta Oficial puede hacerse en cualquier momento luego de aprobada, pero a más tardar 10 días hábiles después de su aprobación en la Asamblea Nacional.

no puede derivar en la inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Estimamos que este precepto es acertado dado que pueden presentarse circunstancias de inestabilidad política que impidan la publicación a tiempo de la reforma constitucional en la Gaceta Oficial, lo cual no debería dar al traste con todo el procedimiento de reforma y los esfuerzos que conlleva. Por supuesto, el Ejecutivo no debe jamás utilizar este pretexto para deliberadamente publicar en forma extemporánea una reforma constitucional contra toda estabilidad jurídico-política, cualquiera sea la motivación fraudulenta que lo impulse a hacerlo.

Haciendo finalmente una breve recapitulación general del análisis del artículo 314 de la Constitución Política de la República de Panamá contenido del mecanismo de reforma constitucional denominado Asamblea Constituyente Paralela, debemos decir primeramente que se trata de una institución nueva dentro de la llamada *era republicana* panameña, por ello genera muchas preguntas e inquietudes. A ello contribuye el hecho de que a diferencia de los otros dos (2) mecanismos de reforma, la Asamblea Constituyente Paralela es una institución que no se ha llevado a la práctica.

Recapitulando, podemos mencionar que si bien una Asamblea Constituyente Paralela puede ser convocada por el Ejecutivo, el Legislativo o los ciudadanos, son estos últimos los que tienen más difícil las cosas, pues para activar este mecanismo de reforma necesitan recoger actualmente casi medio millón de firmas en un máximo de seis meses, y ello con todos los inconvenientes burocráticos que en Panamá esto conlleva en la *praxis*.

En cuanto a la elección de los sesenta constituyentes que compondrían la Asamblea Constituyente Paralela, es muy loable que se permita la libre postulación, pero hace falta una regulación jurídica al efecto. Mientras dicha legislación no exista, no sabremos casi nada sobre la forma en que se elegirían los diputados constituyentes.

Por otro lado, el artículo 314 constitucional, como se observa alude indistintamente a los conceptos de reforma total o nueva Constitución sin mayor

precisión. Además de lo anterior, en los diversos párrafos del artículo 314 sobresale cierta concentración de funciones en el Tribunal Electoral, institución en la cual recae el peso de llenar ciertos vacíos constitucionales y legales de este mecanismo de reforma, además de las funciones electorales que ya de por sí le competen.

Desde una perspectiva global podemos decir finalmente que el mecanismo de reforma de la Asamblea Constituyente *Paralela* tiene sus virtudes y defectos, queda pues ir corrigiendo cualquier error o imprecisión en un futuro.

3. La reforma total y el control de constitucionalidad en Panamá

Partimos de la base de que el proceso de inconstitucionalidad en Panamá “[...] tiene por contenido una pretensión dirigida a una autoridad competente especial. En este sentido, es una petición que se hace mediante el ejercicio de una acción constitucional, como vía principal, y dirigida, de manera privativa, al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de que, como autoridad competente asignada por la Constitución y la ley, compruebe y dictamine si los cargos de ilegitimidad constitucional de una ley, decreto, resolución, acuerdo y demás actos que dicten los funcionarios públicos, es en efecto un obstáculo o defecto que debe corregirse o constituye un impedimento absoluto, definitivo, para la aplicación o ejecución de la ley, norma o acto administrativo que dicte funcionario público, o si simplemente se trata de cargos desestimables”¹⁹⁸. Así, en un proceso de inconstitucionalidad, como su nombre lo indica, se determina si la norma atacada es inconstitucional o no, y si, por lo tanto, puede permanecer en el ordenamiento jurídico surtiendo sus efectos por estar conforme a la Constitución, o si debe ser expulsada del ordenamiento jurídico por infringir la Constitución. Veamos entonces las características esenciales de este proceso en Panamá.

¹⁹⁸ BARRIOS, BORIS. *Derecho procesal constitucional* [en línea]. 4ª edición. Panamá: S.N., 2011, p. 127 [Consulta: 8 de julio de 2014]. Disponible en: <http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/derecho-procesal-constitucional-boris-barrios-gonzalez.pdf>

En Panamá, según el inciso 1 del artículo 206 de la Constitución, son objeto del proceso de inconstitucionalidad las “[...] leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y **demás actos** que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona”. En este sentido, la institución que es objeto de nuestro estudio se encuentra regulada en el Libro IV del Código Judicial (una especie de Código Procesal General), denominado “Instituciones de Garantía”, específicamente en su Título I llamado “Guarda de la integridad de la Constitución” y dentro de éste, los capítulos IV y V. En el artículo 2559 de dicho texto legal se dispone lo siguiente:

“**Artículo 2559.** Cualquier persona, por medio de apoderado legal, puede impugnar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, decretos, acuerdos, resoluciones, y demás actos provenientes de autoridad que considere inconstitucionales, y pedir la correspondiente declaración de inconstitucionalidad”.

La norma es bastante clara al respecto, cabría agregar que los decretos leyes son equivalentes a los decretos legislativos en el Perú, mediante los cuales bajo determinadas condiciones el Ejecutivo legisla, emitiendo normas con rango de Ley. Por su parte, los llamados decretos de gabinete fueron expedidos en su mayor parte durante la dictadura militar (1968-1989) y consisten en normas dictadas por el Presidente y todos los ministros de su Gabinete, teniendo un rango inferior al de una Ley. En cuanto a los acuerdos, los más comunes son los acuerdos municipales, mediante los cuales, los concejos municipales regulan algunos aspectos jurídicos dentro de sus respectivos municipios, mientras que las resoluciones son expedidas por autoridades públicas normalmente regulando aspectos de algún decreto o inclusive resolviendo casos concretos bajo su competencia. El problema se presenta en la frase “y demás actos provenientes de autoridad”, pues es sumamente indeterminada, pero es en esta categoría que se incluyen, según la jurisprudencia, los actos jurisdiccionales (con excepción de los de la Corte y cualquiera de sus salas, según el artículo 207 constitucional), los contratos celebrados por el Estado, y los actos electorales, aunque la jurisprudencia no ha

sido clara respecto a cuan abarcadora es aquella frase y no la ha delimitado o definido con claridad, por lo cual se abre la puerta para que la propia Corte termine decidiendo qué acto de autoridad es o no susceptible de control constitucional mediante proceso de inconstitucionalidad.

En Panamá se permite adelantar procesos de inconstitucionalidad contra decisiones jurisdiccionales, pero existe una clara excepción establecida en el artículo 207 de la Constitución, que dice lo siguiente:

“**Artículo 207.** No se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas”.

Y aquí se presenta un problema en nuestra opinión, pues la Corte Suprema de Justicia emite decisiones en materia civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, etc., que podrían ser claramente inconstitucionales o afectar severamente derechos fundamentales, pero por ser esta misma institución la encargada de administrar justicia ordinaria en última instancia y a la vez ejercer la guarda de la Constitución, sus decisiones no pueden ser cuestionadas por razones constitucionales y este es uno de los inconvenientes de no tener un órgano especializado en materia constitucional, como es el Tribunal Constitucional en el Perú. En este sentido, señala el profesor Boris Barrios que “la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, es la última instancia en nuestro sistema, al cual suele recurrirse también como tribunal de segunda instancia o en Acciones de Hábeas Corpus o Amparo de Garantías dentro de los mismos procesos que luego conocerán en el ejercicio de la Guarda de la Integridad de la Constitución, lo que hace que el concepto de imparcialidad quede relegado a una discusión académica”¹⁹⁹.

¹⁹⁹ *Ibidem.*, p. 130. Cabe destacar que esta y otras circunstancias que atraviesa la jurisdicción constitucional en Panamá ha conllevado a que se realicen estudios tendientes a analizar la conveniencia de crear una Corte o Tribunal Constitucional, tal cual existe en otros países de la región, pero la decidida falta de voluntad política ha impedido dar pasos en esa dirección, de igual forma existe un temor, infundado en mi opinión, de que los magistrados que integren la Corte o Tribunal Constitucional concentren demasiado poder y anulen la autoridad de la Corte Suprema de Justicia como máxima instancia de justicia ordinaria en el país. Cfr. GONZÁLEZ MARCOS, Miguel. *En nombre de la democracia. Optar entre una sala constitucional y una corte constitucional en el ordenamiento jurídico panameño*. Tr. del inglés: Salvador Sánchez. Panamá: Ediliber S.A., 2003.

En cuanto a la competencia para conocer del proceso de inconstitucionalidad, está claro que en Panamá este proceso es de conocimiento exclusivo del pleno de la Corte Suprema de Justicia, integrado por nueve magistrados, mientras que en el Perú, es de conocimiento exclusivo del Tribunal Constitucional.

En el caso panameño, el proceso de inconstitucionalidad es de acción popular, por lo tanto “cualquier persona” puede interponer una demanda de inconstitucionalidad por medio de abogado, mientras, como es sabido, en el caso del Perú, el artículo 203 constitucional establece los sujetos que están exclusivamente facultados para interponer una demanda de inconstitucionalidad.

Podría pensarse que la acción popular en un proceso como el de inconstitucionalidad generaría una sobrecarga del sistema, pero la realidad es que una vez presentada una demanda de este tipo, las demás personas interesadas pueden presentar mediante abogado sus argumentos por escrito en relación a la solicitud de inconstitucionalidad y luego se pasa a decidir la solicitud, de manera que en la práctica, no existe tal cantidad descomunal de demandas de inconstitucionalidad contra una misma Ley o norma, sino que una vez se presenta una demanda, se abre el compás donde pueden participar aquellos que tengan la misma pretensión, y una vez se decide el fondo, se produce cosa juzgada.

Básicamente, el proceso de inconstitucionalidad está diseñado de la siguiente manera: una vez se admite la demanda de inconstitucionalidad, se da traslado al Procurador General de la Nación o de la Administración para que emita concepto en un término no mayor de 10 días, una vez devuelto el expediente por este funcionario se publica un edicto por tres 3 días en un diario de circulación nacional para que 10 días luego de la última publicación de dicho edicto tanto el

ZAMBRANO BORRERO, Francisco. *Hacia un tribunal constitucional*. Panamá: Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, 2012. MOLINO GARCÍA, Edwin. Criterios para la creación de un tribunal constitucional. En: *Lex: revista del Colegio Nacional de Abogados*. N° 4, abril-agosto de 1993, pp. 147-171. JAIME, Margielys. *Un tribunal constitucional en Panamá: importancia y necesidad en una reforma constitucional*. Panamá: Editorial Portobelo, 1999.

demandante como cualquier persona interesada presenten argumentos escritos sobre la solicitud de inconstitucionalidad, luego de ello, el magistrado sustanciador dispondrá de 10 días para presentar su proyecto de fallo y la decisión resultante se publicará en la Gaceta Oficial (diario oficial del Estado panameño), las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas y obligatorias, y no tienen efecto retroactivo (ver artículos 2563-2573 del Código Judicial), en el proceso de inconstitucionalidad no cabe desistimiento (artículo 2562 del Código Judicial). Demás está decir que los plazos en que realmente se decide un proceso de inconstitucionalidad son en la práctica muchos más amplios de lo que están planteados en el Código Judicial, tomando varios años en algunos casos, sobre todo los de tamiz político.

En cuanto a la *reforma total* de la Constitución, está sometida al procedimiento establecido en el ya analizado artículo 314 y, de vulnerarse dicho procedimiento se produciría la inconstitucionalidad de la reforma, pero además, si se transgreden los límites materiales del poder de reforma, la Corte Suprema de Justicia, como guardián supremo de la Constitución, bien podría declarar inconstitucional dicha reforma total, pues el poder de reforma es un poder constituido que no tiene carácter soberano. Lamentablemente no existe un debate profundo sobre esta temática en Panamá, pero estamos convencidos de que toda reforma constitucional en un Estado Constitucional está limitada materialmente por aquellos elementos a que ha hecho referencia el Tribunal Constitucional peruano en las sentencias que hemos comentado a lo largo de este trabajo, y ello es así a pesar de que la Constitución panameña, al igual que la peruana, no disponga de cláusulas expresas de intangibilidad.

Lo que deseamos recalcar en todo caso es que desde nuestra perspectiva, Panamá, país del cual provenimos, tiene una jurisdicción constitucional anquilosada, que requiere de una reingeniería total que pasa, en nuestra opinión, por la creación de un sistema especializado de control de constitucionalidad en manos de un Tribunal Constitucional y la expedición de un Código Procesal

Constitucional, tal como se hizo en el Perú, pues los vaivenes jurisprudenciales y la falta de especialidad no han permitido que el país avance en la materia, por supuesto, este proceso de reestructuración pasa necesariamente por una reforma de la Constitución panameña de 1972, dictada durante la dictadura militar y que no ha sido reemplazada luego del retorno a la democracia en 1990, aunque todo indica, no obstante, que esas reformas necesarias están cercanas, pues el actual gobierno (2014-2019) ha asumido el compromiso de impulsar a mediano plazo una “reforma total” de la Constitución, reforma en la cual, naturalmente, podrán plantearse los cambios pertinentes que tanto en materia de jurisdicción constitucional como en otras materias se requiera.



CONCLUSIONES

La distinción que históricamente se ha hecho entre poder constituyente y poder de reforma sigue vigente, en el sentido de que aquel es el poder que siempre tiene un pueblo en democracia de darse una Constitución sin necesidad someterse a los límites jurídicos formales o materiales que establece la Constitución vigente al momento en que entra en acción, mientras que el poder de reforma es aquel que se regula en la Constitución con el único fin de introducir reformas en la Constitución vigente, pero sin rebasar las limitaciones formales y materiales que jurídicamente se le imponen. No obstante la vigencia de la distinción existente, es necesario recordar que si bien el poder constituyente del pueblo es una expresión de la soberanía popular, ello no quiere decir que es omnipotente o que no está sometido a las presiones provenientes sobre todo del ordenamiento jurídico internacional.

En lo que respecta a la denominada *reforma total* de la Constitución, si bien no hemos dado con una definición que genere unanimidad, la concebimos como aquella que abre la posibilidad formal a una revisión general del texto constitucional, salvaguardando los límites jurídicos que tiene toda reforma constitucional. Desde nuestra perspectiva, una reforma puede ser total desde el punto de vista formal, pero necesariamente debe ser parcial desde el punto de vista material. Por otro lado, la reforma parcial vendría a ser aquella mediante la cual se procede a revisar aspectos puntuales de la Constitución y no la generalidad de la misma, enfrentándose a las mismas barreras procedimentales y materiales que tiene la reforma total. Por su parte, una Constitución nueva es aquella que sustituye a una anterior, por ejemplo, la Constitución peruana de 1993 es nueva respecto a la de 1979 y la Constitución panameña de 1972 es nueva respecto a la de 1946, resultando innecesario en nuestra opinión una problematización de este concepto. Ya en cuanto a la pregunta de si mediante una reforma se puede aprobar una Constitución nueva que sustituya a la anterior, la respuesta dependerá de lo

que señale la normativa constitucional, en el caso de Panamá, el artículo 314 constitucional establece un procedimiento para aprobar una “nueva Constitución”, pero en el caso peruano no existe una disposición constitucional referida *expresamente* a la posibilidad de aprobar una nueva Constitución. A pesar de lo antes señalado, debemos destacar que el poder de reforma no fue concebido como una herramienta para aprobar *nuevas constituciones*, ésta ha sido más bien una labor normalmente llevada adelante mediante procesos constituyentes que se han materializado a través de asambleas constituyentes con la participación directa del pueblo mediante referéndum

En el caso peruano, toda reforma constitucional, así se le llame parcial o total, debe ser elaborada de conformidad con el artículo 206 de la Constitución, el cual establece dos vías para reformar la Constitución, siendo el referéndum un elemento obligatorio en una de ellas y opcional en la otra, tal como hemos visto en este trabajo. Contrario a lo que ha sostenido el Tribunal Constitucional, sostenemos que de conformidad con el artículo 206 y el inciso 1 del artículo 32 de la Constitución, el referéndum no se ha establecido como un componente obligatorio de la reforma total de la Constitución, sino que se realizará o no dependiendo de la vía reformativa que se escoja, haciendo la salvedad de que los ciudadanos también pueden solicitar la realización del correspondiente referéndum constitucional con base en el inciso 1 del artículo 32 constitucional, en la forma que establece la Ley 26300 de 2 de mayo de 1994 o “Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”.

Toda reforma constitucional, así se le denomine parcial o total, está sometida a los límites formales y materiales del poder de reforma. Mientras los límites formales se refieren básicamente al procedimiento que debe seguir una reforma, los límites materiales están referidos a determinados contenidos que de ser rebasados se produciría la destrucción de la Constitución y, como hemos visto a lo largo del trabajo, dentro de estos límites materiales se encuentran los derechos fundamentales y el régimen político democrático con su separación de

poderes. Como hemos resaltado, el discernimiento de los límites materiales implícitos, allí donde el constituyente no ha establecido límites materiales expresos, es una labor que han venido realizando las máximas instancias jurisdiccionales en materia constitucional en varias latitudes, discernimiento que también ha sido abordado por la doctrina en alguna medida.

Estimamos que tanto en el Perú como en Panamá, las máximas instancias de control de la constitucionalidad de las leyes pueden ejercer control tanto formal como material de la constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, pues una reforma constitucional se expresa por medio de una ley, si bien exige un procedimiento especial para su aprobación. No tendría sentido afirmar que el poder de reforma tiene límites jurídicos formales y materiales para luego advertir que la reforma está exenta de todo control de constitucionalidad en caso de rebasar dichos límites.

Como reflexiones finales podemos advertir que si bien tanto la Constitución Política del Perú de 1993 como la Constitución Política de Panamá de 1972 prevén la reforma total de la Constitución, queda claro que los alcances de este tipo de reformas no es un tema pacífico, pues a pesar de que ninguna de estas constituciones establecen cláusulas pétreas expresas, queda siempre la posibilidad de plantear la existencia concreta de los llamados límites materiales implícitos que una reforma no debe rebasar en un Estado Constitucional, a menos que lo que se busque es la destrucción del régimen constitucional.

En este escenario, los mencionados límites materiales implícitos a la reforma constitucional se presentan no como un mero capricho de los doctrinarios o de determinada jurisprudencia constitucional, sino como auténticos diques de contención con los que se intenta impedir en última instancia la caída del sistema constitucional, que tanto ha costado construir y reconstruir a lo largo de la historia de la humanidad como sabemos.

Consideramos entonces que una reforma constitucional total, no puede ser total en el sentido de que puede desconocer la dignidad del hombre, los derechos

fundamentales o la soberanía popular característica del Estado democrático, pues terminaría socavando la propia esencia de la Constitución como herramienta de limitación del poder político y protección de los derechos fundamentales.

Es en este espíritu que debe entenderse el carácter limitado y parcial de cualquier tipo de reforma constitucional, aun en los casos que aquellos Estados constitucionales cuyas Constituciones aparentemente han “constitucionalizado la función constituyente” y no han previsto límites materiales expresos frente a la reforma.

Así las cosas, el control de constitucionalidad de la reforma es desde nuestra perspectiva una consecuencia lógica de la necesidad de autoconservación del Estado constitucional. Pero además, dicho control no debe quedar limitado a los aspectos meramente formales de la reforma, sino que debe procurar también la defensa de los principios básicos que nos permiten afirmar que tenemos una Constitución, a saber, la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales. Por ello, allí donde el constituyente no ha dispuesto límites sustanciales al poder de reforma, resulta en nuestra óptica legítimo que los órganos jurisdiccionales supremos de control de constitucionalidad entren a discernir aquellos elementos que deben levantarse como una frontera frente a cualquier pretensión de reforma o, de ser el caso, frente a cualquier intento de destruir la Constitución como tal.

No nos queda duda entonces sobre la importancia que tiene para el Estado Constitucional el que sus órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad ejerzan con firmeza, conocimiento y fundamento su labor de máximos intérpretes y guardianes de la Constitución, no solo desde un plano formal, sino también sustancial o material si se quiere. Es pertinente pues concluir estas líneas recordando aquella máxima del constitucionalismo moderno contenida en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que dice que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo. Introducción al concepto actual de Constitución. En: LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Trad. del alemán por Wenceslao Roces. Barcelona: Editorial Ariel. S.A., 1984.
- ALÁEZ, Benito. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2000.
- ANTINORI, Ítalo. *La constituyente es el camino para la democratización nacional*. Panamá: Imprenta ZIUR. 1992.
- ANTINORI, Ítalo. *Panamá y su Historia Constitucional (1808-2000)*. Panamá: Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, 2000.
- BARRIOS, Boris. *Derecho procesal constitucional* [en línea]. 4ª edición. Panamá: S.N., 2011. Disponible en: <http://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/derecho-procesal-constitucional-boris-barrios-gonzalez.pdf>.
- BERNAL, Miguel Antonio. *Constituyente y Democracia*. Panamá: IEPI, 2000.
- BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung, 1996.
- BLUME FORTINI, Ernesto. El aporte de Sieyès a la forja del Estado constitucional. En: AA.VV. *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Vol. 2. Lima: IDEMSA, 2009, pp. 17-48.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. del alemán por Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BUENAHORA FEBRES-CORDERO, Jaime. *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1991.
- CAIRO ROLDÁN, Omar. *El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Cuaderno de Trabajo N° 17. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Departamento Académico de Derecho, 2010.

- CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma Constitucional y fuentes del Derecho en México*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.
- ECHEVERRI, Álvaro. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. 4ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1990.
- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Análisis crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma total de la Constitución. En: *Revista peruana de jurisprudencia*. N° 25, marzo de 2003, pp. 3-18.
- ETO CRUZ, Gerardo. Control constitucional y poder político. Navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En: HÄBERLE, Peter y Domingo GARCÍA BELAUNDE (Coord.). *El control del poder*. Vol. II. 2ª edición. Lima: Grijley, 2013, pp. 1077-1125.
- GARCÍA-ATANCE, María Victoria. *Reforma y permanencia constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Las constituciones del Perú*. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2006.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En: AA.VV. *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 531-556.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La reelección presidencial y la Constitución histórica. En: OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto (Coord.). *Reelección presidencial y derecho de referéndum*. Lima: Foro Democrático – Fundación Hanns Seidel, 1997, 37-52.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3ª ed. Arequipa: Editorial Adrus, 2010.
- GONZÁLEZ HENRÍQUEZ, Simeón. *Los dilemas de la transición: constituyente y democracia*. Panamá: Litho Editorial Chen, 2000.
- GONZÁLEZ MARCOS, Miguel. *En nombre de la democracia. Optar entre una Sala Constitucional y una Corte Constitucional en el Ordenamiento Jurídico*

- Panameño*. Tr. del inglés: Salvador Sánchez. Panamá: Ediliber S.A., 2003.
- GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. *El poder constituyente*. Panamá: Impresión Poligráfica, 1994.
- GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. *La reforma de la Constitución*. Panamá: Procuraduría de la Administración, 2000.
- GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. La asamblea constituyente prevista en las reformas constitucionales de 2004. En: *Boletín de informaciones jurídicas No. 41* [en línea], enero-junio de 2009, pp. 12-25. Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Disponible en: http://www.up.ac.pa/ftp/2010/c_ijuridica/documentos/Bolet%C3%A9Dn09I.pdf
- GOYTÍA, Víctor Florencio. *Las Constituciones de Panamá*. 2ª edición. Panamá: Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1987.
- HARNECKER, Marta. *Los conceptos elementales del materialismo histórico*. 2ª edición. México D.F.: Siglo XXI Editores. 1971.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. del francés por Carlos Ruiz del Castillo. 2ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1927.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1990.
- HENRÍQUEZ, Humberto. *Naturaleza y técnicas de la reforma constitucional*. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. En: *Revista Española de Derecho Constitucional* [en línea]. Año 13, núm. 37, enero-abril de 1993. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_037_149.pdf
- HERNANDO NIETO, Eduardo. *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa*. Lima: PUCP, 2000.

- JAIME, Margielys. *Un tribunal constitucional en Panamá: importancia y necesidad en una reforma constitucional*. Panamá: Editorial Portobelo, 1999.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución. En: *Revista de Derecho Político*. N° 7, 1980, pp. 81-103.
- KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Trad. del alemán por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma. 1980.
- LANDA, César. La reforma de la Constitución desde la perspectiva del Tribunal Constitucional. En: *Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año 1, n° 1, Setiembre de 2005, pp. 123-150.
- LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1997.
- MOLINO GARCÍA, Edwin. Criterios para la creación de un tribunal constitucional. En: *Lex: revista del Colegio Nacional de Abogados*. N° 4, abril-agosto de 1993, pp. 147-171.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 8ª edición, aumentada y corregida. Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- ORBEGOSO, Sigifredo. *Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C., 2002.
- PANTOJA MORÁN, David (Comp.). *Escritos Políticos de Sieyès*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- PEDRESCHI, Carlos Bolívar. *Asamblea constituyente y realidad nacional*. Panamá: Conferencia dictada el día 5 de febrero de 1980 en el seminario organizado por la Unión de Ciudadanos de Panamá, 1980.
- PERALTA, Ramón. Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional. En: *Pensamiento constitucional*. Año 12, n° 12, 2007, pp. 377-400.
- PÉREZ ROYO, Javier. *La reforma de la Constitución*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987.
- PLANAS, Pedro. *Democracia y tradición constitucional en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos, 1998.

- PLANAS, Pedro. *Rescate de la Constitución*. Lima: Abril S.A., 1992.
- QUINTERO, César. *Evolución constitucional de Panamá*. 2ª edición. Panamá: Editorial Portobelo, 1999.
- QUINTERO, César. *Crítica a la teoría tradicional del poder constituyente*. Panamá: Editorial Portobelo, 1998.
- QUINTERO, César. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Panamá: Editorial Lehmann, 1967.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.
- QUISPE, Alfredo. Debate: la reforma constitucional. Estudio comparado y una propuesta metodológica. En: *Cultura*. Universidad de San Martín de Porres. Año 26, n° 22, 2008, pp. 101-116.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de Constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2003.
- REQUEJO, Juan. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. Poder constituyente y reforma constitucional. En: *Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año 1, n° 1. Setiembre de 2005, pp. 151-165.
- ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. Tr. del inglés por Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.
- RUIPÉREZ, Javier. *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2003.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Derecho Constitucional general*. 3ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1997.

- SÁCHICA, Luis Carlos. *Esquema para una teoría del poder constituyente*. 2ª edición. Bogotá: Editorial Temis, 1985.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Temis, 1976.
- SAGÜÉS, Néstor. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.
- SAGÜÉS, Néstor. *Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del derecho constitucional*. Lima: Grijley, 2005.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El poder constituyente. Origen y fundamentación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SAR SUÁREZ, Omar. *Reforma constitucional: un proceso recurrente a lo largo de nuestra historia*. Arequipa: Adrus, 2012.
- SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Tr. del italiano por M^a Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. del alemán por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Qué es el tercer estado?* Trad. del francés por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973.
- SILVA, Rudy. *La reforma total en la constitución peruana de 1993: un peligro para el orden constitucional*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Trad. del alemán por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- TARAZONA, Roberto, Víctor SANTA CRUZ y Patricia DURAND. *Reglamento del Congreso de la República concordado*. Lima: Congreso de la República – Oficialía Mayor, 2012.
- URIBE VARGAS, Diego. *Las constituciones de Colombia*. Vol. II. 2ª ed. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985.
- VANOSI, Jorge. *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1975.

- VILLACORTA, Alberto. *Los límites de la reforma constitucional*. Lima: Grijley, 2003.
- WIELAND CONROY, Hubert. Referéndum. En: AA.VV. *La Constitución comentada*. Tomo I. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- WIELAND CONROY, Hubert. Reforma constitucional. En: AA.VV. *La Constitución comentada*. Tomo III. 2ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- WIELAND CONROY, Hubert. *El referéndum en el Perú. Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2011.
- ZAMBRANO BORRERO, Francisco. *Hacia un tribunal constitucional*. Panamá: Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, 2012.

Constituciones:

Constitución Política del Perú de 1993.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

Legislación:

REPÚBLICA DEL PERÚ. Congreso de la República. Ley 27600 de 14 de diciembre de 2001.

Código Procesal Constitucional de la República del Perú.

Código Judicial de la República de Panamá.

Jurisprudencia:

REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002.

REPÚBLICA DEL PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2003-AI/TC de 10 de diciembre de 2003.



ANEXOS

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
LEY N° 27600

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:

El Congreso de la República
ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;
Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE SUPRIME FIRMA Y ESTABLECE PROCESO DE REFORMA
CONSTITUCIONAL**

Artículo 1.- Supresión de firma

Suprímese 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° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República.

Artículo 2.- Objeto de la ley

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.

Artículo 3.- Participación de la sociedad civil

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.

Artículo 4.- Competencia de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales

La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales centralizará los proyectos y difundirá las iniciativas que se sometan a su conocimiento para los fines a que se refiere la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los catorce días del mes de diciembre de dos mil uno.

CARLOS FERRERO

Presidente del Congreso de la República

HENRY PEASE GARCÍA

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los quince días del mes de diciembre del año dos mil uno.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

ROBERTO DAÑINO ZAPATA
Presidente del Consejo de Ministros

FERNANDO OLIVERA VEGA
Ministro de Justicia



<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

EXP. N.º 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.º 27600.

ANTECEDENTES

El demandante sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N.º 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 32º 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.º 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 límites que prevé la Constitución y la ley. Refiere que el referéndum es el mecanismo que la Constitución ha previsto para otorgar a las reformas la legitimidad política necesaria que garanticen su perdurabilidad.

Por otra parte, afirma que el número de votos necesarios para la aprobación de la Ley N.º 27600 no tuvo porqué ser análogo al número de votos necesarios para aprobar una ley orgánica.

Finalmente enfatiza que el retiro de la firma del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori del texto de la Constitución de 1993 constituye un gesto político necesario para la moral pública, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar, acto que sin embargo no afecta la vigencia de la Constitución de 1993.

FUNDAMENTOS

I. EL PETITORIO DE LA DEMANDA

1. El demandante solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27600 sobre la base de los siguientes fundamentos:

- a) Que dicha ley fue aprobada sin cumplir los requisitos establecidos para una ley orgánica, la cual es el instrumento jurídico requerido para canalizar el proceso de reforma.
- b) Que el artículo 1° de la Ley N.° 27600 "despromulga" la Constitución de 1993, al haber retirado la firma del Presidente de la República que la promulgó;
- c) Que el artículo 2° de la Ley N.° 27600 establece un procedimiento de reforma total de la Constitución, lo que consideran debe ser obra de una Asamblea Constituyente y no de un poder constituido; y,
- d) Que con la excusa de reformar la actual, el Congreso de la República pretende dictar una nueva Constitución.

II. LA FUENTE LEGAL COMPETENTE PARA AUTORIZAR EL ESTUDIO DE UN PROYECTO DE REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Primer fundamento del petitorio)

2. El primer cuestionamiento a la validez constitucional de la Ley N.° 27600 hace referencia a los eventuales vicios de procedimiento en su aprobación, pues, considera el demandante, al haberse aprobado con una votación favorable de 53 congresistas, se ha transgredido el segundo párrafo del artículo 106° de la Constitución, que establece que los proyectos de ley orgánica "se tramitan como cualquier ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

Alega que, si se autoriza la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma total de la Constitución, que incidirá en la regulación de la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado previstos en la Norma Fundamental, ella debió aprobarse mediante una ley orgánica.

3. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Sin embargo, antes de 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 inadmisibles, 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.º 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 106º 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 31º, 66º y 200º 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 106º 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.º 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.º 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 106º 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.º 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.º 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.º 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 aquella 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.º 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: "Comuníquese 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 inadmisibles 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.º 3, México 1999, pág. 73).

34. En consecuencia, el Tribunal Constitucional decide analizar si lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley N.º 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 200º 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.º. 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 2º), que su forma de gobierno es republicana (artículo 4º) y representativa (artículo 7º); que en ella ocupan un lugar privilegiado el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales del ser humano (artículo 9º) 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 deshaciendo 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.º

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 investió 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.º 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.º 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.º 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 307º 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.º 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 307º 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 fundamento 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 Sieyès (*¿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 valores 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, *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, Berlín, 1966, pág. 23 y ss; 223 y ss, citado por Pietro Giuseppe Grasso, "Potere Costituente", 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 Schmitt" [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 Sieyès, 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 Constitución". 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 aquella 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 sería "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, criterio 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 Bernal 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 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 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.º 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.º 014-02-AI
CUSCO
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.º 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 jurisdiccional) 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 Constitución), 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 jurisdiccional) 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.º 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 106º 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 106º 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