



Ipsoture
ASOCIACIÓN JURÍDICA

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

**IMPREVISIÓN Y REFORMA:
DOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS DEL
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**PRESENTACIÓN
DE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**



CUADERNOS DE LA ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

¿REFORMA, MUTACIÓN O ENMIENDA CONSTITUCIONAL?

**IMPREVISIÓN Y REFORMA:
DOS PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

IMPREVISIÓN Y REFORMA:
DOS PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN
DE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

5

Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Lima Perú
2005

1ª edición: abril de 2005.

© 2005, Asociación Peruana de Derecho Constitucional

© 2005, Domingo García Belaunde
Néstor Pedro Sagüés
José F. Palomino Manchego

E-mail: jpalomino@terra.com.pe

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012005-2933

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA

Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima

Tlf: (51-1) 427-3147

Telefax: (51-1) 427-6038

grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima

Tlf: 321-0258

libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO

Jr. Pizarro 540

Telefax: 471640 / Celular: (044)929 1831

grijleytrujillo@hotmail.com

CHICLAYO

Tlf.: 204146

San José 1067

AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103

Tlf.: 288 379 / Celular: (054) 929 6700

ÍNDICE

Presentación por Domingo García Belaunde	7
---	---

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

REFLEXIONES SOBRE LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

I. A manera de introducción	11
II. Pecados y virtudes de la imprevisión constitucional	12
III. Tipos de imprevisión constitucional	16
IV. Consecuencias de la imprevisión	17
V. Cobertura de la imprevisión: El «quién»	18
VI. Cobertura de la impresión: El «cómo»	19
VII. Cobertura de la imprevisión: El «qué»	25
VIII. Recapitulación	26

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

¿REFORMA, MUTACIÓN O ENMIENDA CONSTITUCIONAL?

I. A modo de introducción	30
------------------------------------	----

II.	Planteamiento del problema: ¿Reforma total o revisión total de la Constitución?	31
III.	El Poder Constituyente como presupuesto inicial	35
IV.	Segundo presupuesto: la fuerza normativa de la Constitución	37
V.	Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal	44
	A) Constitución en sentido material (mutación constitucional)	44
	B) La teoría de la Constitución en sentido material según Costantino Mortati	48
	C) Constitución en el sentido fomal (reforma y enmienda constitucional)	51
VI.	Los límites a la reforma constitucional	54
	A) Límites formales	55
	B) Límites materiales	55
VII.	La posición de Domingo García Belaunde	56
VIII.	La Declaración de Huaraz: La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú	60
IX.	La posición del Tribunal Constitucional	64
X.	La Declaración de Puno: La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú	66
XI.	Conclusiones provisionales	70
	Apéndice § I: La reciente reforma constitucional en Cuba del 26 de junio de 2002: Un caso singular	72
	Apéndice § II: Comisión Andina de Juristas: Pronunciamiento ...	76
	Índice onomástico	79

PRESENTACIÓN

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Continuando los «Cuadernos» que hace poco inició nuestra Asociación Peruana de Derecho Constitucional, por feliz iniciativa de nuestro dilecto amigo José F. Palomino Manchego, se publican ahora dos ensayos sobre temas afines y en cierto sentido cercanos, como lo veremos a continuación.

El primero se debe a la pluma, magistral como de costumbre, del eminente colega Néstor P. Sagüés, tan unido a nuestra comunidad constitucional, como lo fue, mientras vivió, el entrañable Germán J. Bidart Campos (1927-2004). En esta oportunidad aborda un tema complejo que, sin embargo, no ha merecido, hasta donde alcanza mi información, un tratamiento adecuado. Y el tema es este: ¿qué sucede cuando en la Constitución falta algo que debió estar o que era necesario que estuviese? Sagüés analiza los aspectos que motivan estas *imprevisiones* u *omisiones* y alcanza a clasificarlas y dar, a su vez, diversas pautas para afrontarlas.

De hecho, en el Perú hemos visto muchas veces que esto ha pasado: por ejemplo, el modelo regional plasmado en la Constitución de 1979, se caracterizó por no decir nada sobre las regiones, o en todo caso, muy poco. Era muy curioso el hecho que mientras los gobiernos locales tenían una descripción milimétrica, los regionales, que estaban sobre ellos y que servirían como engarce con el Estado-nación, casi no tenían acogida normativa. Y esto fue consciente, pues no sólo no se tenía una clara idea de ello, sino que además no hubo consensos para fijar el

modelo, y por eso se optó por remitir todo a la legislación que se dictase en el futuro (lo que a la postre fue fatal, porque el proceso duró años y terminó abortando: Fujimori, en el mejor estilo autoritario, al ver el problema, optó por eliminarlo, y por eso en la versión original de la Carta de 1993, no existen atisbos de regiones).

Pero el caso de las *imprevisiones* se ve claramente en las constituciones antiguas, y algo de esto podemos apreciarlo, por ejemplo, en la Constitución norteamericana de 1787 (cf. el libro de Gore Vidal, *La invención de una nación*, Anagrama, Barcelona 2004).

El texto que le sigue toca en detalle un tema conexo, que va de suyo. En él Palomino Manchego desarrolla con profundidad y con alarde bibliográfico, el tema de la *reforma* en general, y sus variantes, modalidades y especies. El problema central es el de la *reforma*, que precisamente es una de las maneras de cubrir la *imprevisión* constitucional, si bien es la única que ha merecido entre nosotros un tratamiento muy extenso, pero lamentablemente muy ligero. El problema de la *reforma* no se resuelve revisando textos o recurriendo a la imaginación, sino reflexionando histórica y teóricamente como lo hace Palomino Manchego en este ensayo, cargado de reflexiones y apuntamientos certeros.

El ensayo viene a cuento, porque en el Perú, tras la caída del fujimorato, debió haberse iniciado un proceso de reforma de a verdad, pero nuestros políticos, pensando más en el día a día que en el futuro, se olvidaron de ella tan pronto pasaron los primeros entusiasmos, y se dedicaron a elaborar, desde el interior de la Comisión de Constitución del Congreso, un proyecto que al final reventó por todas sus partes. Y desde entonces, no han hecho más que santificar a Fujimori, cuya Carta retocan, modelan, mejoran y maquillan mejor, pero sin dejar nunca de ser lo que fue. Y esto sucede cuando, como sucede casi siempre, más que dirigentes tenemos dirigidos, que viven obsesionados por el rating o por la prensa «chicha». Que no todos sucumban ante estos hechizos, es explicable, y es reconfortante que existan excepciones. Pero el tono general es otro, y el problema de la reforma, ya lo sabemos, ha sido diferido por buen tiempo.

Ambos textos tienen la virtud de ser actuales, novedosos, y sobre todo haberse dado dentro de un significativo contexto: la imposición del doctorado *honoris causa* a sus autores, en ceremonia solemne que se llevó a cabo en la Universidad de

Cajamarca el día 20 de setiembre de 2003, honor que compartieron con otras personalidades del medio (Javier Alva Orlandini y Teófilo Idrogo Delgado).

Estoy seguro que estos ensayos serán de utilidad para los estudiosos y los interesados en general en nuestra problemática constitucional.

Lima, marzo de 2005.

REFLEXIONES SOBRE LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL (*)

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS (**)

SUMARIO: **I.** A manera de introducción. **II.** Pecados y virtudes de la imprevisión constitucional. **III.** Tipos de imprevisión constitucional. **IV.** Consecuencias de la imprevisión. **V.** Cobertura de la imprevisión: El «quién». **VI.** Cobertura de la imprevisión: El «cómo». **VII.** Cobertura de la imprevisión: El «qué». **VIII.** Recapitulación.

I. AMANERA DE INTRODUCCIÓN

La Universidad Nacional de Cajamarca ha tenido la gentileza de conferirme el grado de *Doctor Honoris Causa*. Se trata de la máxima distinción que una Casa

(*) El presente trabajo se inserta en el marco del programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(**) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina (Rosario).

Superior de estudios puede otorgar a un catedrático. Quedo muy conmovido, pues, por tan honroso nombramiento, que lo recibo más que a título personal, como una muestra (entre tantas) de los intensos vínculos que unen al Perú con Argentina.

La profunda unión entre nuestros países está hondamente anclada en la historia. A nosotros, los constitucionalistas, nos corresponde destacar que ambas naciones tienen un singular y tal vez irrepetido episodio que nos hermana todavía más. En concreto: un argentino, José de San Martín, ocupó la Jefatura de Estado del Perú como Protector, declaró su independencia y dictó el Reglamento Provisional de 1821, tal vez el primer atisbo constitucional local. Pocos años antes, un peruano, el Coronel Ignacio Álvarez Thomas, había asumido el Poder Ejecutivo argentino, como Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de La Plata, resultando un factor decisivo en la sanción del Estatuto Provisorio de 1815, que para algunos es la primera Constitución nacional en el sentido técnico y preciso de lo que es una «Constitución».

La Universidad Nacional de Cajamarca ha tenido pues un gesto de afectuosa hospitalidad que valoro debidamente y que refrenda tantos lazos en común. El acontecimiento es todavía más gratificante cuando la iniciativa del otorgamiento del Doctorado *Honoris Causa* ha partido tanto de sus órganos directivos como del estudiantado, en este caso de la Asociación *Ipsa Jure*, compuesta por jóvenes inquietos, laboriosos y responsables, que han asumido con seriedad la difícil empresa de organizar un Congreso Internacional de Derecho Público digno de la mejor mención.

La recepción del diploma y de las insignias doctorales es un buen momento para abordar una temática grave y constante a la vez, que implica un reto para doctrinarios y operadores del sistema constitucional. Me refiero a las imprevisiones de la Constitución, asunto que algunos obvian y quizá hasta niegan, pero que como problema existe, latente o en acto, aun en los textos constitucionales de mayor mérito. A él me refiero de inmediato.

II. PECADOS Y VIRTUDES DE LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

La imprevisión del constituyente no es un asunto fácil de abordar para los constitucionalistas. En una primera aproximación, en efecto, parecería que detrás de ella existe un vicio del constituyente y de su obra, la Constitución, un

documento generalmente entrevisto como supremo y, por qué no, perfecto, que no tiene palabras superfluas o carentes de sentido⁽¹⁾.

Pese a ello, cabe reconocer que la Constitución, como obra humana que es, no resulta perfecta ni completa: «Algunos sectores —escribe Konrad Hesse— incluso los de la vida estatal en sentido estricto, únicamente están ordenados mediante disposiciones de mayor o menor amplitud e indeterminación, y algunos ni siquiera han sido ordenados. La Constitución no es un sistema cerrado ni omnicompreensivo»⁽²⁾.

Más todavía: toda Constitución es, necesariamente, y de algún modo, «imprevisora». Si es un documento destinado a sobrevivir durante generaciones —y en ciertos casos, durante siglos— (alguna vez se sostuvo, en palabras del *Chief Justice* John Marshall, que «está encaminada a alcanzar la inmortalidad tanto como las instituciones humanas pueden alcanzarla») ⁽³⁾, parece natural concluir que «las palabras de la Constitución... dieron vida a un ser cuyo destino no pudo ser previsto completamente ni aun por sus creadores mejor dotados»⁽⁴⁾. En ese contexto, no es anómalo que ciertas situaciones importantes no hayan sido comprendidas y ni siquiera sospechadas cuando la Constitución se dictó⁽⁵⁾. En *Martin vs. Hunter*, el recordado *Justice Story* vuelve a señalar que «el instrumento (constitucional) no fue destinado a responder meramente a las exigencias de unos pocos años, sino a perdurar a través de un largo período de años, cuyos eventos estaban sujetos a los

⁽¹⁾ En tal sentido, Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Knowlton vs. Moore*, Varios, *La Constitución de los Estados Unidos de América*, trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo (Buenos Aires, 1949), ed. Kraft, t. I, pág. 69.

⁽²⁾ Hesse Konrad, *Constitución y Derecho Constitucional*, en Varios, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. por Antonio López Pina (Madrid, 1996) ed. Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, pág. 6.

⁽³⁾ *Cohen vs. Virginia*, cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional* (Buenos Aires, 1996), ed. Abeledo-Perrot, págs. 457/8.

⁽⁴⁾ Son palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos (252, U.S. 416, 433), en *Missouri vs. Holland*, citados por lo demás por el juez Fayt, de la Corte Suprema Argentina, en el caso «Inés Repetto», Jurisprudencia Argentina, 1988-IV-646 y sgts.; y antes, por la Corte Suprema argentina, en «Merck Argentina», Fallos, 247:654. Cfr. Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, ob. cit., pág. 482.

⁽⁵⁾ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, «Merck Argentina», *Fallos* 247:654.

designios inescrutables de la providencia. No podría prever qué nuevos cambios y modificaciones de poderes podrían ser indispensables para realizar los objetos generales de la Carta...»⁽⁶⁾.

La inescindible conexión entre *futuridad* constitucional e *imprevisión* constitucional es quizá un lugar común en la praxis y en la literatura constitucionalista. Ya en su discurso de asunción presidencial Abraham Lincoln advirtió que «ninguna ley orgánica puede jamás idearse como una disposición aplicable específicamente a todas las situaciones que pueden presentarse», mientras que el jurista argentino Juan B. Alberdi, ideólogo y autor intelectual de la Constitución de 1853, apuntaba por su lado «no se ha de aspirar a que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos»⁽⁷⁾.

La idea de la «imprevisión feliz», como secuela o corolario obligado de la vocación de futuridad de la Constitución se refuerza, en algunos autores, con la condena paralela a lo que podríamos llamar «manía de previsibilidad» que contaminaría a otros textos constitucionales. Veamos la tesis en Bernard Schwartz: «Los hombres que escriben constituciones, todos ellos demasiado a menudo, tratan de proporcionar disposiciones expresas para todas las contingencias previsibles. Afortunadamente eso no ocurrió con los autores de la Constitución federal (norteamericana)»⁽⁸⁾.

Desde esta perspectiva, una Constitución *demasiado* previsora, y por ende, detallista, minuciosa, casuística, puntillosa y con vocación de ser «dueña del azar», resultaría a la postre una suerte de Constitución-cárcel, un instrumento nocivo que so pretexto de regular todo el porvenir, de hecho lo reglamentaría mal, ya que pretender disciplinar útilmente hoy a la integralidad de los acontecimientos del futuro puede significar tanto una misión utópica (frente a una realidad altamente cambiante y volátil, en grandes tramos impredecible), como también axiológicamente discutible, en cuanto que aherrojar aquel porvenir con las pautas culturales del presente importa una empresa que puede contar con escasa

⁽⁶⁾ Cfr. Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación...*, ob. cit., pág. 479.

⁽⁷⁾ *Ibidem*, págs. 459; Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno*, trad. por José J. Olloque Labastida (México, 1966), ed. UNAM, t. I, pág. 10.

⁽⁸⁾ Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno*, ob. cit., t. I, pág. 18.

legitimación. La actual generación, en efecto, no parece contar con muchos títulos para obligar a las que vengan en las décadas venideras acerca de cómo enfrentar los nuevos desafíos que ellas tendrán que resolver

En síntesis: resulta curioso observar cómo un presunto déficit de una Constitución —la imprevisión de ciertos acontecimientos— podría eventualmente resultar, a la postre, algo positivo, al permitir un interesante margen de maniobra de los operadores posteriores de la misma Constitución (vale decir, los poderes constituidos).

En rigor de verdad, puede quizá hablarse de dos tipos de imprevisión constitucional: la «buena» y la «mala». La imprevisión «buena» parte del supuesto de asumir los límites del constituyente: puede disciplinar el futuro, pero no todo el futuro. Tampoco está autorizado éticamente para reglamentar la totalidad de ese porvenir. Ni está obligado ni tiene derecho a conjeturar todos los acontecimientos que puedan presentarse en el paisaje constitucional, para darle respuestas normativas precisas. Cierta dosis de imprevisión es, igualmente, connatural a la condición humana: el constituyente no puede imaginar todo lo que pueda pasar en el escenario jurídico-político, ni en el económico y social.

Pero también puede pensarse en una imprevisión «mala». Ella ocurre cuando por falta de pericia, o por cobardía, o por malicia, guarda silencio sobre algo en lo que debió pronunciarse. Veremos poco después esas alternativas ilegítimas de imprevisión constitucional, que aluden a situaciones que demandaban una respuesta constitucional (en puntos concernientes a algo fundamental para el Estado), y esa respuesta no se dio.

En definitiva, esta introducción tiene por objeto demostrar que la imprevisión constitucional tiene aristas muy diversas, según como se la quiera constatar y evaluar. Ninguna Constitución escapa a ella: es algo que pasa «en las mejores familias». Aún el venerable texto norteamericano de 1787 (de quien se dijo en *Elkinston vs. Delisseline*, ya en 1823, y no sin cierta inmodestia, que era «el instrumento más maravilloso jamás creado por la mano del hombre»⁽⁹⁾, incurrió en

⁽⁹⁾ Voto del *Justice Johnson*. Cfr. Corwin Edward S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, edición revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat (Buenos Aires, 1987), trad. por Aníbal Leal, ed. Fraternal, pág. 13.

imprevisiones importantes, algunas de ellas causa de tragedias nacionales. Por ejemplo, no contempló un régimen de control de constitucionalidad (vacío purgado dieciséis años después de la Constitución, por el caso *Marbury vs. Madison*). No dispuso nada sobre la reelección presidencial, cosa que obligó, casi doscientos años después, a establecer una enmienda permisiva de una sola posibilidad de repetición en el mando; y no se refirió al difícil problema del derecho de los Estados a separarse de la Unión, silencio que justificó en buena medida el apartamiento de varios de ellos y la «solución» del tema en las batallas finales de una guerra de secesión que devoró en el siglo XIX a centenares de miles de víctimas fatales.

III. TIPOS DE IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

Aparte de la ya esbozada distinción entre la «imprevisión buena» y la «mala», una tentativa de clasificación de las clases de imprevisión constitucional puede distinguir la voluntaria de la involuntaria, y dentro de esta última, la culposa y la forzosa. Veamos estas alternativas.

a) Imprevisión voluntaria. En tal supuesto, el constituyente asume que hay un tema en el que debe pronunciarse, y no lo hace. La abstención puede motivarse por prudencia, si estima que es preferible el silencio a un pronunciamiento constitucional conflictivo y quizá dañoso, o todavía no madurado, en cuyo caso relega al legislador ordinario la solución del problema, con lo que éste viene a ejercer, en tal caso, una suerte de poder constituyente delegado. Lo puede hacer por dolo, si al estilo de Poncio Pilatos prefiere transferir la responsabilidad política de ciertas decisiones –por ejemplo– al Poder Legislativo común, o a los tribunales.

b) Imprevisión involuntaria. En esta alternativa, el constituyente ha callado en resolver un tema de rango constitucional sin que exista en esa actitud conciencia de la omisión:

- *Hechos nuevos.* Una primera posibilidad se da cuando el constituyente no ha previsto hechos materialmente imprevisibles, producto de nuevas situaciones fácticas. Es el caso de las «lagunas históricas» de la Constitución ⁽¹⁰⁾. Por ejem-

⁽¹⁰⁾ La expresión es de Goldschmidt Werner (cfr. su *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª. ed., Buenos Aires, 1974, ed. Depalma, pág. 291).

plo, la de los Estados Unidos no contempla el transporte aéreo ni la titularidad de las fuerzas aéreas (cosa que sí hace respecto de la marina y del Ejército de la Nación, en el art. II sección 2). En 1787, en efecto, no había aviones.

- *Falta de consenso.* En esta variable el constituyente quiere, pero no puede, resolver un problema de categoría constitucional. Así, *v. gr.*, el constituyente de Venezuela de 1961 no pudo decidir con precisión la integración del Consejo de la Magistratura. Lo mismo ocurrió con el constituyente argentino en 1994, quien tampoco logró acuerdo para disponer la conformación del mismo Consejo y para resolver el destino final de los decretos de necesidad y urgencia (en ambos casos, transfirió esa responsabilidad al Congreso, mediante el dictado de leyes especiales por parte de éste) ⁽¹¹⁾.
- *Impericia.* Aquí el constituyente, por error o culpa, de vez en cuando por olvido, omite un pronunciamiento sobre algo en lo que pudo expedirse. Un caso paradigmático es el del art. 98 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe (Argentina). Indica que están sometidos al juicio político (equivalente al *impeachment* norteamericano), el Gobernador «y sus substitutos legales en ejercicio del Poder Ejecutivo» (art. 98), pero no habla del Vicegobernador que no desempeñe el Poder Ejecutivo, y que actúe, por ejemplo, como presidente del Senado, tenor del art. 39 de la misma Constitución. Una inaceptable interpretación restrictiva, de tipo literal, podría llevar a sostener que ese Vicegobernador no puede ser removido, concluyendo entonces irresponsable.

IV. CONSECUENCIAS DE LA IMPREVISIÓN

Hay dos formas básicas de entender a la imprevisión constitucional.

a) *La imprevisión como prohibición.* En esta variable, el intérprete piensa que si la Constitución nada dice sobre un punto, ello significa, como regla, que ello está prohibido. Por ejemplo, cuando el proceso de integración regional cobró auge en Latinoamérica y muchas de las constituciones del subcontinente no contemplaban la transferencia de competencias legislativas o judiciales hacia los órganos del sistema de integración, muchos juristas concluían que tal delegación

⁽¹¹⁾ Así, los arts. 99 inc. 3 y 114 del texto constitucional argentino sancionado en 1994.

estaba constitucionalmente interdicta, y que solamente era viable mediando una previa reforma constitucional que explícitamente la autorizase.

b) La imprevisión como silencio. Desde este ángulo, se piensa que el no tratamiento de un tema por el constituyente solamente significa eso, esto es, una laguna constitucional, que puede y debe ser rellenada por el operador de la Constitución (el Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces). A éste le tocaría, pues, cubrir el vacío lagunoso por alguno de los métodos de *integración constitucional* (más que de «interpretación» constitucional, puesto que poco habría que interpretar en un hueco normativo de la Constitución). De seguirse esta ruta, la respuesta jurídica ante la imprevisión podría tranquilamente no ser «prohibitiva» o «negativa», sino francamente permisiva de una competencia o de un derecho.

De estas dos posturas, la segunda es mucho más atractiva. Permite construir respuestas jurídicas provechosas, positivas, funcionales para el sistema constitucional, en vez de negaciones rígidamente bloqueadoras para este régimen. Volviendo al ejemplo de la integración regional, una visión integrativa de la norma constitucional faltante podría llevar a decir, por ejemplo, que en aras del bien común internacional y de un despliegue actualizado del derecho de gentes, el operador de la Constitución estaría autorizado a realizar las transferencias de competencias domésticas a órganos supranacionales, atendiendo así a ese hecho históricamente no previsto por la Constitución.

V. COBERTURA DE LA IMPREVISIÓN. EL «QUIÉN»

El primer punto a definir en este tema es el sujeto de la cobertura. Obviamente, lo ideal sería que el propio constituyente rellenase la laguna o imprevisión constitucional. Eso puede ser relativamente simple en constituciones «flexibles» o «semiflexibles», cuando el mismo Poder Legislativo ordinario opera como poder constituyente, aunque con algunos recaudos de mayor severidad para adoptar las decisiones de orden constitucional.

Sin embargo, la actuación del poder constituyente no siempre es fácil de lograr, y menos con premura. En constituciones rígidas o semipétreas la aparición del poder constituyente en el escenario político y jurídico no es muy frecuente. Por ende, la cobertura de la imprevisión correrá, a menudo, a cargo de los poderes constituidos, máxime ante emergencias públicas o cuando surja un impostergable «estado de necesidad» que demande respuestas inmediatas. Por lo

demás, si se trata de una imprevisión sometida a la decisión de un Tribunal, éste no está autorizado para omitir su pronunciamiento, y deberá fallar, por más que las normas constitucionales del caso sean insuficientes o simplemente no contemplan el problema a resolver.

La imprevisión constitucional, resumiendo, muchas veces obliga a los poderes constituidos a comportarse como poderes constituyentes. Es un acto de transformismo jurídico-político para el que tal vez no están suficientemente entrenados, pero para el caso de los tribunales concluye como un trabajo forzoso del que no pueden escapar.

VI. COBERTURA DE LA IMPREVISIÓN. EL «CÓMO»

Entramos aquí en el espinoso asunto del método o técnica de cegado de la imprevisión constitucional.

a) La ruta de la interpretación dinámica de la Constitución. Esta ancha avenida del Derecho Constitucional contiene muchos carriles para contemplar y resolver la imprevisión del constituyente.

- Para muchos, ciertas imprevisiones constitucionales pueden resolverse mediante una exégesis evolutiva y progresista de la Constitución, dándole a sus vocablos, por ejemplo, no el sentido histórico que tuvieron cuando se sancionó la ley suprema, sino el que poseen hoy. Ello permitiría tanto *aggiornar* a la Constitución, como expandir sus cláusulas, otorgándoles un radio de cobertura mucho más amplio que el que inicialmente tuvieron. Ese alongamiento o estiramiento de la Constitución autorizaría entonces que ella capte muchos más fenómenos que los abarcados por la misma Constitución al momento en que se dictó.
- Se vincula con esto la conocida distinción de Ronald Dworkin entre «conceptos» y «concepciones», diferenciación que pretende vencer la tesis conservadora de entender las palabras de la Constitución exclusivamente según el significado que tuvo de ellas el constituyente histórico⁽¹²⁾. Conforme al autor

(12) En el sentido que «La Constitución es un documento escrito. Como tal, su sentido no cambia. Lo mismo que significó cuando fue adoptada, significa ahora», *cfr.* Corte Supre-

que mencionamos, los primeros serían vocablos que la Constitución utiliza como ideas jurídicas indeterminadas, cuyo relleno el mismo constituyente deja en manos de los futuros operadores de la Constitución (así, palabras como «justicia», «dignidad humana», «igualdad», etc.) Las «concepciones», en cambio, resultarían ideas concretadas por el constituyente de modo más preciso. Por ejemplo, el art. 18 de la Constitución argentina prohíbe «toda clase de tormento y los azotes». La expresión «toda clase de tormento» es vaga, y deja al operador un buen y elástico margen para describir las distintas variables de tormento, e incluso incluir en esa noción, hoy, algo que no se visualizaba como «tormento» hace un siglo y medio, cuando se juró la Constitución. Sería un típico caso de «concepto». En cambio, la prohibición de «azotes» es francamente precisa, y su determinación ya la hizo el mismo constituyente⁽¹³⁾.

- Transportando ese esquema a temas de actualidad, la cuestión de la tutela de los embriones y óvulos fecundados, por ejemplo, puede entrecerse, en muchos textos constitucionales, como algo no previsto por el constituyente. Sin embargo, si la Constitución ampara a la «vida», o al «niño», o al ser humano desde su concepción o desde el embarazo, estas palabras son perfectamente entendibles como tuitivas, también, de los referidos embriones.
- Yendo a una cuestión todavía más polémica, como es si una pareja de homosexuales puede o no entenderse como «familia», el asunto podría adquirir distintas consecuencias según si el texto constitucional ha manejado un «concepto» o una «concepción» en cuanto los términos «familia» o «matrimonio». En el caso de Ecuador, *v. gr.*, donde el constituyente entiende por unión de hecho protegible al igual que la familia matrimonial, a la «unión estable y monogámica de un hombre y una mujer» (art. 38), difícilmente aquella pareja gay o lesbica podría aspirar a lograr un *status* matrimonial o similar al mismo. En un país que maneja solamente el «concepto» (y no una «concepción») de «familia», la respuesta quizá

ma de Estados Unidos, *North Carolina v. United States*, en Varios, *La Constitución de los Estados Unidos de América*, ob. cit., pág. 66.

⁽¹³⁾ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino (Barcelona, 1984), ed. Ariel, pág. 213 y sgts.

podría ser diferente, en el sentido de que el constituyente histórico habría dejado la precisión del concepto «familia» a los operadores posteriores de la Constitución⁽¹⁴⁾.

- Otro campo propicio para la interpretación dinámica y evolutiva de la Constitución se da por medio de las «cláusulas abiertas» de la Constitución. Un caso típico son las reglas constitucionales de los «derechos no enumerados», o «derechos implícitos», que afirman, por ejemplo, que los derechos enumerados por la Constitución no implican la negación de otros retenidos por el pueblo (enmienda IX, Constitución de EEUU), o que derivan de la dignidad humana, o que son inherentes a la persona, o a la forma republicana de gobierno, etc. En tales supuestos, es evidente que son los operadores posteriores de la Constitución los que darán rango constitucional a derechos no imaginados como constitucionales por los constituyentes históricos, y ello implica un importante conducto para resolver imprevisiones constitucionales, o atender temas que el constituyente no abordó incluso por razones cronológicas. En tal sentido, *z. gr.*, puede reputarse que en las constituciones donde el honor o la tutela de la propia imagen no tienen rango constitucional expreso, al no mediar previsión constitucional sobre el punto, los operadores judiciales de la Constitución están habilitados para conferirle esa protección constitucional si se deciden a hacerlo, merced a una exégesis elástica de la cláusula de los derechos no enumerados. Así se hizo en Argentina, por ejemplo, en materia de Acción de Amparo: algo no contemplado inicialmente por el constituyente, pero declarado con rango e inserción constitucional por la Corte Suprema, en el referido precepto de los derechos implícitos (en el caso, art. 33 de la Constitución nacional)⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ En estos casos debe hacerse la salvedad de que, aunque el texto de la Constitución emplee un «concepto», si el constituyente histórico efectivamente manejó una «concepción» (y ello surgiera claramente de los proyectos y debates de una convención constituyente, por ejemplo), habría en principio que respetarla. La «concepción» específica puede surgir, también, de los principios y valoraciones sociales y morales imperantes en una comunidad concreta, al momento en que se pretende interpretar a la Constitución.

⁽¹⁵⁾ *Cfr.* Sagüés Néstor Pedro, *Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional*, en «Enciclopedia Jurídica Omeba», Apéndice V, pág. 33 y sgts.; *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo* (Buenos Aires, 4ª. Ed., 1995), ed. Astrea, pág. 9 y sgts.

- La doctrina de la «Constitución en el tiempo» aporta otra visión evolutiva de la Constitución. La misma, de buen predicamento en el pensamiento alemán, alerta que el cambio histórico afecta a cualquier Constitución: «si cambia la realidad, cambia con ella el sentido de la norma». En rigor de verdad, la persistencia de la Constitución correría pareja con su aptitud para adaptarse a las nuevas circunstancias: «su continuidad puede llegar a depender de la forma en que se aborde el cambio» (Konrad Hesse). Practicando aquí una suerte de gatopardismo *sui generis*, podría inferirse que el secreto de la supervivencia de la Constitución estriaría en su habilidad para mutar, en consonancia con los nuevos requerimientos socioeconómicos y culturales. La tesis receptiona las ideas de Easton en torno a los sistemas políticos: el cambio no es opuesto a la persistencia, sino todo lo contrario⁽¹⁶⁾.
- Finalmente, y sin pretender agotar el catálogo de las posiciones reparadoras de la imprevisión dentro de una concepción evolutiva de la Constitución, no puede ignorarse, desde luego, a la doctrina de la Constitución como *un instrumento constante de gobierno*, expuesta, entre otros casos, por el *Chief Justice* Stone en «United States v. Classic»⁽¹⁷⁾. Tal postura insiste en que una Constitución no es una ley común, ni debe leerse como a ésta. En definitiva, la Constitución es, básicamente, una suerte de «revelación de los grandes propósitos». Esta concepción de la Constitución como «sistema de principios» fue explicada por el Presidente Woodrow Wilson en el sentido que de por sí era un documento incompleto: «si hubiera ido más allá de las disposiciones elementales, habría perdido su elasticidad y adaptabilidad. El desarrollo de la Nación y el desenvolvimiento consiguiente del sistema gubernativo habría hecho pedazos a una Constitución que no

⁽¹⁶⁾ Hesse Konrad, *Constitución y Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 9. Sobre la tesis de Easton, en el sentido que «De un sistema puede afirmarse que subsiste aunque cambie. El cambio es a todas luces compatible con la continuidad. Parece posible y necesario decir que un sistema dura sí, al mismo tiempo, sufre alteraciones sustanciales y significativas», *cfr.* Easton David, *Esquema para el análisis político*, trad. por A. C. Leal (Buenos Aires, 1973), ed. Amorrortu, pág. 120, y Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución* (Buenos Aires, 2001), ed. Astrea, pág. 104 y sgts.

⁽¹⁷⁾ *Cfr.* Corwin Edward S., ob. cit., pág. 14.

tuviese en sí cómo adaptarse a las nuevas condiciones de una sociedad que progresa»⁽¹⁸⁾.

Si se quiere una muestra simple y práctica en el derecho estadounidense acerca de cómo una interpretación evolutiva de la Constitución puede resolver una imprevisión constitucional de tipo histórico, como fue la obvia omisión, en la Constitución de 1787, de la autoridad competente para regular el tráfico aéreo. Para atender tal laguna, el Gobierno federal hizo uso de la «commerce clause» de la Constitución (art. II, sección 8), que permite al Capitolio reglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los Estados de la Unión. Pues bien: dado que la actividad aérea era básicamente un emprendimiento mercantil, se entendió que la vieja «commerce clause» resultaba idónea y suficiente para que el Congreso dictara la «Air Commerce Act» de 1926⁽¹⁹⁾.

Otro caso de interés pudo ser el de Argentina, que en su texto de 1853/60 declaró que todo habitante tiene el derecho «...de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa». Por supuesto, al redactarse la cláusula citada, no había televisión, y mediaba entonces una «laguna histórica» en el asunto. El debate acerca de si los canales de televisión estaban o no incluidos en el concepto de «prensa» motivó una definición judicial de la Corte Suprema de tipo semielástica: consideró, al atender la imprevisión constitucional, que la palabra «prensa» involucraba a la televisión, pero no de la misma manera que a la prensa escrita, sino en un sentido más restringido, motivo por el cual podría haber respecto de la TV restricciones que no serían constitucionales en cuanto, por ejemplo, los diarios⁽²⁰⁾. La solución es discutible, pero muestra un caso de despliegue constitucional de un vocablo a situaciones inimaginadas por el constituyente que lo empleó.

(18) Wilson Woodrow, *El gobierno del Congreso*, trad. por Julio Carrié (Buenos Aires, 1902), págs. 8/9, cit. por Linares Quintana Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, ob. cit., pág. 443.

(19) Raitzin Mario, *El derecho de la aeronavegación. Teoría y práctica en los EEUU* (Buenos Aires, 1945), ed. Valeriano Abeledo, pág. 48.

(20) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 315:1943. Nos hemos referido con mayor amplitud al tema en Sagüés Néstor Pedro, *La censura judicial a la prensa en Argentina*, en Fundación Konrad Adenauer, «Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano» (Buenos Aires, 1998), pág. 395.

b) *Las posiciones hiperevolutivas (interpretación mutativa, no interpretativismo)*. Estas corrientes autorizan plenamente atender las imprevisiones constitucionales, sea a través del agregado de *algo* al texto constitucional sobre lo que el mismo nada dice (interpretación mutativa «por adición»), o rellenando la laguna según las creencias y valoraciones inmersas en la sociedad («no interpretativismo», y doctrina de la «Constitución viviente», o *living constitution*). En otros supuestos, el intérprete-operador estará autorizado para *quitarle* algo a la Constitución (interpretación mutativa «por sustracción») para tornarla todavía útil. En ambos casos la solución de la imprevisión es fácil, ya que se parte del supuesto de que el intérprete no va a encontrar soluciones en algo ya hecho por el constituyente, sino que él mismo va a elaborar las respuestas constitucionales que la sociedad necesita. En conclusión, estas doctrinas están hechas a medida para resolver las imprevisiones y vacíos de la Constitución⁽²¹⁾. Puesto que justifican con amplitud que el intérprete-operador se separe de la voluntad del constituyente histórico para elaborar sus recetas jurídicas, con mayor razón admiten que aquél construya las mismas si el constituyente no legisló sobre un determinado tema.

c) *El recurso al Derecho Internacional*. Otro dispositivo para atender útilmente a la imprevisión constitucional es el llamado al Derecho Internacional. Un punto no tratado por el constituyente, en efecto, puede haber sido ya cubierto por documentos internacionales, vigentes en un Estado.

La cobertura de la previsión constitucional es sencilla si el documento internacional tiene para el país del caso, rango constitucional, o si la Constitución declara, como lo hace la de Guatemala (art. 46), que los tratados en materia de derechos humanos prevalecen sobre el Derecho Interno. De todos modos, aunque la regla internacional no cuente en un determinado país con categoría constitucional, la actual fuerte presión del Derecho Internacional sobre el local (incluso el Derecho Constitucional), las reglas de *jus cogens* del «pacta sunt servanda» y de la «bona fide», retratadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, hacen que la norma internacional adquiera vigencia cada vez más consolidada en el interior de un país.

(21) Sobre la interpretación constitucional mutativa y el no interpretativismo derivamos al lector a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución* (Buenos Aires, 1998), ed. Depalma, págs. 51 y sgts., 100 y sgts.

El caso de «Productos Avón S.A.», sentenciado por la Corte Suprema de la República Dominicana, en el sentido de cubrir la imprevisión constitucional de la Acción de Amparo, con reglas emergentes del Pacto de San José de Costa Rica, es una significativa muestra de lo que estamos comentando⁽²²⁾.

d) *El camino de la integración.* Para esta posición, un asunto, situación o problema de naturaleza constitucional no previsto por el constituyente es básicamente una *laguna* constitucional, y como tal, no debe resolverse por vía de «interpretación» (ya que no habría dispositivo normativo que interpretar), sino por «integración» (o si se prefiere, «construcción») de la norma faltante.

Los métodos de integración son básicamente dos: la *autointegración*, que recurre al mercado jurídico interno (analogía, principios generales del Derecho doméstico, valores y creencias del medio local) y la *heterointegración* (valores, principios generales del Derecho, Derecho extranjero valioso)⁽²³⁾.

A todas luces, en estos casos el «integrador» cuenta con un margen de acción más amplio que un «intérprete», ya que éste se encuentra ceñido en su libertad de actuar por la presencia de una norma, mientras que el integrador no tiene norma que lo enclaustre, sino *norma ausente*. De todos modos, la «integración» no significa que el operador pueda integrar como le guste: deberá respetar el techo ideológico y el plexo axiológico de la Constitución, las demás cláusulas de esta última (con la excusa de integrar, no podrá derogar otros preceptos constitucionales), las reglas de Derecho Internacional que vinculan al Estado en cuestión, los principios jurídicos vigentes, la conciencia constitucional imperante, etc.

VII. COBERTURA DE LA IMPREVISIÓN. EL «QUÉ»

A menudo, la atención y el despacho de la imprevisión constitucional terminan en la elaboración de una regla (consuetudinaria) de Derecho Constitucional.

⁽²²⁾ Sobre el caso «Productos Avón S.A.», *cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Iudicium et Vita*, Diciembre 2000, n° 7, págs. 329 y sgts., con nota de Allan Brewer-Carías.

⁽²³⁾ Sobre la integración constitucional, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., págs. 161 y sgts.

Las sentencias de un Tribunal Constitucional supremo que concentre el control de constitucionalidad configuran, con frecuencia, directrices con efectos *erga omnes* que prácticamente valen como el mismo texto constitucional.

En los países con control difuso, con fallos que se ciñen a casos concretos, la solución de la imprevisión puede tener efectos más tenues, ya que allí las sentencias del Tribunal Supremo pueden cambiar de caso a caso. No obstante, y por diversas vías, los fallos de ese órgano máximo de control de constitucionalidad adquieren a menudo vigor expansivo, acercándose bastante (aunque no del todo) a las de una Corte Constitucional concentrada. La doctrina norteamericana del *stare decisis* y la argentina de los efectos vinculantes, aunque condicionados, de los veredictos de sus Cortes Supremas, es un indicador de ello ⁽²⁴⁾.

Desde luego, la solidez de una doctrina judicial que resuelva una imprevisión constitucional no depende solamente de la categoría del Tribunal que lo haga, sino del acierto intrínseco de la solución adoptada. A mayor dosis de prudencia, de tino y de justicia en la atención de la imprevisión, mayores posibilidades de supervivencia de lo decidido. Naturalmente, juega aquí también la voluntad de los operadores constitucionales posteriores al sujeto que cubrió la imprevisión, en el sentido de repetir o no la receta que él mismo elaboró.

Es importante reiterar aquí que el «qué» diseñado por el agente que estudió y resolvió la imprevisión constitucional tiene *materialmente* naturaleza constitucional (desde el momento en que ha «construido» una respuesta constitucional no incluida en la Constitución inicial imprevisoras), por más que el referido sujeto sea un poder constituido.

VIII. RECAPITULACIÓN

Generalmente se visualiza la imprevisión constitucional como un fenómeno negativo. Y puede serlo así, cuando el constituyente ha guardado silencio en temas que debió tratar. Las fuentes de esa omisión son diversas: impericia, falta de consenso para expedirse, ausencia de coraje, o también hedonismo constituyente.

⁽²⁴⁾ Ibidem, págs. 222 y sgts.

A esa imprevisión «mala» cabe sumar otra «buena»: no es aconsejable que la Constitución prevea todo. Su vocación de futuridad hace que ciertos temas sean enunciados únicamente de modo general, dejando a los operadores futuros su despliegue y explicitación posterior. Al respecto, la Constitución no debe ser una cárcel, sino una pista de despeje. Del mismo modo, el transcurso del tiempo presentará problemas y situaciones novedosas que los constituyentes, por más que lo hubieran querido, no habrían podido prever.

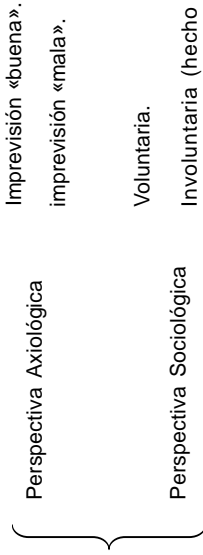
La imprevisión constitucional, por todo ello, es un fenómeno harto importante y a la vez frecuente y casi connatural a la misma Constitución. Por ello, la empresa de cobertura de la imprevisión no debe llamar a asombro, aunque pone a prueba la idoneidad de los operadores del sistema constitucional, que van a trabajar como constituyentes subrogantes, y en particular, de los jueces de la Constitución, que son quienes tienen la última palabra en el problema, como intérpretes supremos de la Constitución.

La imprevisión constitucional presenta tres niveles de interrogación: *quién* debe atenderla, *cómo* tiene que operar, y *qué* debe hacerse, vale decir, en qué consiste el producto final que cubre la imprevisión.

Normalmente la primera pregunta se responde recurriendo a los poderes constituidos, que de alguna manera se convierten, ante la imprevisión, en poderes constituyente suplentes. La segunda encuentra soluciones en un conjunto de recetas que circulan en el Derecho Constitucional Comparado: doctrinas de la interpretación evolutiva, del recurso al Derecho Internacional, de la hiperflexibilización constitucional (no interpretativismo, mutativismo), o de la integración de la norma constitucional incompleta o faltante. El tercer interrogante conduce a observar que a menudo, las soluciones integradoras o reparadoras de la imprevisión generan reglas de Derecho Constitucional consuetudinario que se adosan a la Constitución formal inicialmente imprevisora. Pero esto depende de la sagacidad y del acierto con que ha operado el sujeto que atendió y respondió a la imprevisión, así como de la aceptación que su fórmula de cobertura tuvo en los operadores posteriores de la Constitución.

IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

1. **Introducción.** Tema incómodo, frecuente y apasionante.



2. **Tipos de Imprevisión Constitucional**

Negación.
Permiso.

3. **Consecuencias de la Imprevisión**

¿Quién? Poderes constituidos.

Vía interpretación (Interpretación dinámica, posiciones hiperevolutivas, recurso al Derecho Internacional Público).

¿Cómo?

Vía integración (auto y heterointerpretación).

4. **Cobertura de la Imprevisión**

¿Qué? Generación de reglas de Derecho Constitucional Consuetudinario.

¿REFORMA, MUTACIÓN O ENMIENDA CONSTITUCIONAL? (*)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (**)

“Una reforma de la Constitución debe exigir un prius inexcusable de un consenso político equiparable al alcanzado en el momento constituyente”.
(FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO)

SUMARIO: I. A modo de introducción. II. Planteamiento del problema: ¿Reforma total o revisión total de la Constitución? III. El poder consti-

(*) Una primera versión se publicó en la Revista *Aequum et Bonum*, Año I, n° 1, Lima, 2003, págs. 63-80.

(**) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Diplomado en Defensa Nacional por el Ministerio de Defensa de España.

Como en anteriores ocasiones, tengo un deber de gratitud hacia Domingo García Belaunde, Javier Tajadura Tejada, Luis Sáenz Dávalos, Edgar Carpio Marcos y Mijail Mendoza Escalante, por darme sus valiosas observaciones y sugerencias, y por el material bibliográfico, de primer orden, que me han proporcionado en su día.

tuyente como presupuesto inicial. **IV.** Segundo presupuesto: la fuerza normativa de la Constitución. **V.** Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal. **VI.** Los límites a la reforma constitucional. **VII.** La posición de Domingo García Belaunde. **VIII.** La Declaración de Huaraz: La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. **IX.** La posición del Tribunal Constitucional. **X.** La Declaración de Puno: La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. **XI.** Conclusiones provisionales. Apéndice § I. La reciente reforma constitucional en Cuba del 26 de junio de 2002: Un caso singular. Apéndice § II. Comisión Andina de Juristas: Pronunciamiento.

I A MODO DE INTRODUCCIÓN

En primer término deseo expresar mi gratitud emocionada a las autoridades de la Universidad Nacional de Cajamarca, representada por el Rector Elio Delgado Azañero y a los jóvenes e inquietos alumnos que integran la Asociación Jurídica *Ipso Iure* por permitirme participar en el «Forum Internacional de Derecho Constitucional» con tan distinguidos juristas, y desde luego por la inmerecida distinción de Doctor *Honoris Causa* ⁽¹⁾.

Me resulta grato volver una vez más a la agradable ciudad de Cajamarca, vocablo que, como recordaba Mateo Paz Soldán ⁽²⁾ proviene del quechua *Casacmarca*, que significa *Pampa de hielo*, y como tal se encuentra situada en una elevada planicie, al pie de las vertientes orientales de la cordillera de los Andes, a 2860 metros sobre el nivel del mar. Tan solo contemplar la hermosa llanura con pastos verdes, los templos de Santa Catalina y de San Antonio cuyas torres curiosamente están inconclusas, pero no por ello pierden su gracia y elegancia arquitectónica y realizar una visita de rigor a los baños termales del Inca, hacen, sin disputa, que el viajero se lleve agradables recuerdos con cargo a que vuelva nuevamente, como ha sucedido en mi caso.

⁽¹⁾ En dicha ceremonia, llevada a cabo el día 20 de setiembre de 2003, también se otorgó el título de Doctor *Honoris Causa* a los doctores Néstor Pedro Sagüés, Javier Alva Orlandini y Teófilo Idrogo Delgado. La velada académica se desarrolló los días 19 y 20 de setiembre en el Centro de Convenciones Ollanta. El tema central del análisis y discusión fue la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional sobre el caso del cerro Quilish.

⁽²⁾ *Cfr. Geografía del Perú*, obra póstuma del D.D. Mateo Paz Soldán, corregida y aumentada por su hermano Mariano Felipe Paz Soldán, t. I, Librería de Fermín Didot Hermanos, Hijos y C.a, París, 1862, págs. 196 y sgtes.

Y lo digo sin lisonja, ya que siempre me han tratado bien no solo mis alumnos de la Academia de la Magistratura tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público del Distrito Judicial de Cajamarca, sino también en los centros de estudios superiores universitarios que aquí funcionan. Los profesores y apreciados colegas en su momento han hecho gestiones para que me entreguen tan preciado lauro como el que ahora se está haciendo. Por ello mi encendida gratitud y agradecimiento a las autoridades de la Universidad de Cajamarca. En especial a los destacados profesores Wilson Vitaliano Medina Medina, Narda Rosa Aguilar Mendoza y Julio Javier Nacarino Carrión. Este gesto noble me trae a remembranza aquella frase famosa: “El honor, más que a quien lo recibe, enaltece a quien lo otorga”.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿REFORMA TOTAL O REVISIÓN TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN?

Ante todo, es útil indicar que la actual situación política se ve plenamente identificada con el tema de la reforma constitucional. El mejor ejemplo que se puede traer a colación es la Ley N° 27600 (El Peruano, 16 de diciembre de 2001). Su artículo 2, apunta literalmente lo siguiente:

“... 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 aprobada, quedará abrogada la Constitución de 1993...”⁽³⁾.

De otro lado, la opinión pública así como la sociedad civil, cuyo poder de influencia es cada día más notorio, también han dejado sentir su voz, a tenor de los siguientes planteos, comentarios e interrogantes:

⁽³⁾ Para el caso peruano hasta la Constitución de 1979, *vid.* Domingo García Belaunde: “¿Reforma constitucional?”, en AA.VV. *La Constitución diez años después*, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, págs. 337-358. Del mismo autor, teniendo al frente la situación actual, *vid.*: “Sobre la reforma constitucional y sus problemas”, en AA.VV. *Propuestas de reforma constitucional*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2002, págs. 15-34. Ahora, debidamente corregido en la Revista *Aequum et Bonum*, Año I, n° 1, Lima, 2003, págs. 11-21. Además, *vid.* Humberto Henríquez Franco: *Naturaleza y técnicas de la reforma constitucional*, tesis para optar el grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; y Alberto Villacorta Michelena: *Los límites de la reforma constitucional*, Grijley, Lima, 2003. Antecede Prólogo de Javier Valle-Riestra.

¿Cómo debe hacerse la reforma constitucional? ⁽⁴⁾

Algunos extractos de nuestro foro:

- “Que no cambien la Constitución actual”.
- “Debemos tender hacia una carta más liberal”.
- “Debería volverse a la Constitución de 1979 y a partir de ella hacer la reforma”.
- “Que siga como está. ¿Para qué cambiarla?”
- “Tiene que hacerse de modo ordenado, tomando como base la actual Constitución y, a partir de ella, promover un debate sobre los puntos fundamentales”.
- “Bajo los mismos criterios que se siguió en 1993 para que el país progrese, y no se quede estancado como en 1979”.
- “Antes que nada el Gobierno y los partidos tienen que ponerse de acuerdo sobre una agenda básica de reforma. ¿Qué país queremos para nuestros hijos y qué ámbitos debemos atender prioritariamente?”
- “La reforma constitucional que se piensa hacer en el Congreso debe incluir la prohibición a perpetuidad de la reelección presidencial”.
- “Debe hacerse sin alterar la estabilidad nacional ni espantar las inversiones”.
- “No debe incluir la obligatoriedad del sufragio. Eso debe ser parte de la democracia”.
- “Debe considerar el problema social, respetar los principios constitucionales y los derechos de la persona y la sociedad. Debe imponer severas sanciones a

⁽⁴⁾ Las opiniones se han tomado de “El Comercio”, 4 de enero de 2002. Acerca de la reforma constitucional me he ocupado también en el Prólogo al libro de Gerardo Eto Cruz: *Estudios de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional de Trujillo-Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Trujillo, 2002, págs. I-XXIV. De igual forma, el Prólogo completamente revisado, se ha publicado como artículo con el siguiente título: “Gerardo Eto Cruz y el Derecho Constitucional (Algunas notas a propósito de su reciente libro)”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, n° 31, febrero, Trujillo, 2002, págs. 143-156. Ahí pongo de relieve los importantes aportes de Peter Häberle en lo que concierne al “poder constituyente del pueblo” y al amplio espectro de posibles soluciones político-constitucionales. *Vid.* su obra, apretada y profunda, *El Estado constitucional*, traducción del alemán e índices de Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, D.F., 2001, en concreto, págs. 129-148. Antecede estudio introductorio de Diego Valadés.

los presidentes, ministros y congresistas que delincan y se burlen de la voluntad popular”.

- “Tiene que haber un Congreso Constituyente elegido por el pueblo”.
- “La reforma debe realizarse bajo los conceptos de representatividad, para lo cual debe perfeccionarse los mecanismos de participación popular”.

De lo expuesto se desprende que, las opiniones van y vienen, sin medir las consecuencias que acarrea una reforma de la Constitución mediante el proceso constituyente (*Verfassunggebung*). En lo que sigue veremos algunos aspectos relacionados con el tema, básicamente pensando en la dogmática o teoría constitucional que es, sin duda alguna, el mejor recetario y soporte para desarrollar la verdadera reforma constitucional, y establecer su diferencia con la mutación y la enmienda constitucional⁽⁵⁾. Así, la Constitución como norma mantiene la supremacía del ordenamiento jurídico, es decir, sobre el resto de las fuentes del Derecho⁽⁶⁾ o de las normas infraconstitucionales. En esa línea de principio, técnicamente la *supremacía* de la Constitución se complementa con el instituto de la *rigidez* constitucional⁽⁷⁾ que supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Es más, la Constitución se agota en el acto constituyente⁽⁸⁾. A tenor de tales ideas,

(5) Según el *Diccionario de la Lengua Española*, 22^{ava.} edición, Madrid, 2001, el vocablo “Reforma” equivale a acción y efecto de reformar o reformarse. “Reformar” significa volver a formar, rehacer, modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo. Mientras que “Mutación” significa acción y efecto de mudar o mudarse. Finalmente, “Enmienda” equivale a acción y efecto de enmendar, propuesta de variante, adición o reemplazo de un proyecto, dictamen, o informe o documento análogo.

(6) Mas en este punto *vid.* el libro de Miguel Carbonell de tan superlativo mérito: *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, 2^{a.} edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999.

(7) Al respecto, *vid.* Pablo Lucas Verdú: “Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional”, en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, t. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, págs. 107-132. Su lectura me ha aclarado muchas dudas. Más de pronto, *vid.* Alessandro Pace y Joaquín Varela: *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

(8) *Cfr.* Francisco Balaguer Callejón (Coordinador): *Derecho Constitucional*, vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pág. 109.

podemos plantear la siguiente interrogante: ¿reforma? o ¿revisión? total de la Constitución. La respuesta correcta sería “revisión de la Constitución”.

De igual manera, tema político y de viva actualidad es el que ahora nos proponemos desarrollar: la reforma constitucional. En fecha reciente mucho se ha dicho y poco se ha comprendido sobre la materia, en especial por los operadores políticos. En tal sentido, conviene decir algo al respecto como una contribución al debate alturado y académico, y que sirva como material de trabajo, al igual que otros ensayos que vienen *per se* aportando lo suyo. Por consiguiente, lo cierto es que —advuértase— la reforma constitucional es actualmente un problema político, pero que merece indudablemente desde sus raíces una solución jurídica ⁽⁹⁾.

Como anota Balaguer Callejón, con evidente acierto: “Sobre la reforma constitucional confluyen las tensiones más intensas del sistema constitucional. Esta acumulación de tensiones es lógica si se tiene en cuenta que la reforma no es solo un mecanismo técnico de modificación de la Constitución sino también la vía por la que el poder constituyente se integra en el orden constitucional. Un poder constituyente sometido a normas, justamente por medio de la regulación constitucional de la reforma, pero que no deja por ello de evocar a los agentes políticos con capacidad para reestructurar el marco de convivencia social que la Constitución supone. De ese modo, la reforma constitucional adquiere una doble naturaleza por cuanto expresa y limita a la vez al poder constituyente” ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Inspirado en la doctrina italiana nos dice Carlos de Cabo Martín que: “La relación de Tiempo y el Derecho es una relación compleja que trata en su globalidad de responder a la contradicción que en todos los ámbitos plantea el transcurso del tiempo como es el de la permanencia-cambio y que en el Derecho suscita las cuestiones de vigencia, eficacia y seguridad jurídicas. Y es también y sobre todo una relación compleja porque es de doble dirección en cuanto comprende la del Tiempo en el Derecho y la del Derecho en el Tiempo”. Todas estas singularidades tienen su proyección específica en la reforma constitucional. *Cfr.* su libro *La reforma constitucional*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2003.

⁽¹⁰⁾ *Cfr.* el trabajo del catedrático granadino Francisco Balaguer Callejón: “El *status* constitucional de la reforma y la *fragmentación* del poder constituyente” en AA.VV. *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 122.

III. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRESUPUESTO INICIAL

Discurramos brevemente sobre el poder constituyente. Lo primero que hay que analizar es ¿Cuál es el significado y alcance del poder constituyente (*pouvoir constituens*)? ¿Es lo mismo que el poder político? ¿Se le puede encuadrar y definir como poder jurídico y limitado? Pérez Serrano con su maestría habitual nos decía lo siguiente: “En realidad, si atendemos a su pura y esencial significación, habremos de entender que es ‘constituyente’ el poder que ‘constituye’. De lo cual cabe derivar dos consecuencias: 1ª. Que ha existido poder constituyente en todo tiempo, pues siempre ha habido en la comunidad política un poder que la organice, le dé estructura, le imprima su peculiar fisonomía específica dentro del género Estado, y 2ª. Que sólo merece el nombre de ‘constituyente’ el poder que verdadera y cumplidamente realiza esta misión, aunque no esté jurídicamente prefigurado para acometerla y, por el contrario, no tiene derecho al título el poder que por más que este calificativo se designe fracasa en su empeño de *constituir*”⁽¹¹⁾.

La posibilidad de formular una tipología de los conceptos de poder constituyente (que según Carl Schmitt es “voluntad positiva”) arranca de la comprobación de que la teoría constitucional utiliza aquella expresión con variadas direcciones, las más de las veces en un notorio emparentamiento o connotación con posiciones ideológicas muy definidas o compromisos con afirmaciones dogmáticas y apriorísticas pertenecientes a diversas “escuelas” o tendencias jurídico-políticas. En tal sentido, el punto de arranque lo encontramos en la doctrina expuesta

⁽¹¹⁾ Cfr. Nicolás Pérez Serrano: *El poder constituyente*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1947, pág. 11. En la doctrina nacional recientemente ha visto la luz el ensayo de Aníbal Torres Vázquez: “El poder constituyente”, en la Revista del Foro, Año MMIII, n° 1, junio, Lima, 2003, págs. 9-18. Apoyado en los clásicos, según el autor, el poder constituyente originario comprende la potestad de dictaminar la primera Constitución o de reformar o de sustituir la existente por otra. Emanada directamente del pueblo, no está instituida por alguna Constitución precedente, por lo que no está sometido a reglas anteriores. Se caracteriza por ser originario, supremo, soberano, extraordinario, ilimitado y autónomo. Mientras que el poder constituyente derivado o constituido —agrega Torres Vázquez— denominado también poder revisor o poder constituyente permanente o instituido, comprende la potestad de reformar, haciendo modificaciones, supresiones o adiciones a preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en el mismo texto.

por el abate Emmanuel Sieyès (1748-1836) con su panfleto: *¿Qué es el Tercer Estado?*⁽¹²⁾, escrito en plena Revolución francesa: el *pouvoir constituant* de la Nación⁽¹³⁾. Conceptualizando, el poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la existencia política, determinando así la propia existencia de la unidad política como un todo⁽¹⁴⁾.

Bien apunta Eto Cruz: “El poder constituyente, como desarrollo teórico, es un archipiélago que nutre distintas aristas del amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo. Así—añade Eto Cruz— el poder constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios, que en líneas generales son: *a)* el origen fundacional del Estado; *b)* en la reforma de la Constitución, y con él, en el tema de las mutaciones constitucionales; *c)* guarda conexidad, además, con el tema de la interpretación constitucional, y con el propio fundamento de la defensa de la Constitución; *d)* igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía; y *e)* su vinculación estrecha con la transición política”⁽¹⁵⁾.

(12) *Vid.*, especialmente: *Escritos políticos de Sieyès*, Cronología, Orientación bibliográfica, Introducción y Estudio preliminar de David Pantoja Morán, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1993. También, Emmanuel Sieyès: *¿Qué es el Tercer Estado?*, traducción del francés, introducción y notas de Francisco Ayala, Aguilar S.A., de ediciones, Madrid, 1973. Ambos libros merecen una lectura *in toto*.

(13) Para mayor amplitud, *vid.* los argumentos finamente tallados de Jorge Reinaldo A. Vanossi: *Teoría Constitucional. (Teoría constituyente)*, t. I, 2ª. edición, actualizada con la colaboración de Alberto Ricardo Dalla Vía, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 5. Antecede Prólogo de Adolfo R. Rouzaut. Del mismo autor, *vid.* su libro *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, México, D.F., 2002. Antecede Explicación preliminar del constitucionalista mexicano Diego Valadés.

(14) El concepto en mención proviene de Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, traducción del alemán de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pág. 86.

(15) Así lo explica Gerardo Eto Cruz en el Estudio preliminar que hace al libro de Sigifredo Orbegoso Venegas: *Poder Constituyente y otros ensayos*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, págs. 41-42. Resulta también de utilidad, para nuestros propósitos, el ensayo que Orbegoso Venegas incluye en su libro, cuyo título es “El poder constituyente” (págs. 63-103), donde plantea tesis sugerentes e interesantes.

IV. SEGUNDO PRESUPUESTO: LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Para abordar el tema de la reforma constitucional al igual, por ejemplo, que el de la interpretación constitucional⁽¹⁶⁾, es preciso partir de una premisa fundamental que, sin lugar a dudas, tiene el *reconocimiento del valor normativo que posee una Constitución*, o lo que es lo mismo, el papel que esta última cumple en cuanto norma jurídica⁽¹⁷⁾. En efecto, no tendría ningún sentido que se postule una tarea interpretativa de parte de los operadores del Derecho si previamente no se define el valor y los caracteres que se aparejan respecto de aquel instrumento, que precisamente se desea interpretar. Cabe recordar que la Constitución es o representa la norma jurídica fundamental, la primera de las expresiones normativas que tiene un país: *Lex legum*.

A fin de cuentas, esta norma suele estar tamizada de solemnidad y convencionalismo, pero es oportuno precisar, porque así lo impone el Derecho Constitucional, las razones del por qué se invoca tan especial como significativa característica. Como se sabe, la Constitución es ante todo una norma, porque su contenido vincula o pretende vincular jurídicamente tanto a los detentados del poder estatal como a los destinatarios del mismo. Tiene por tanto, una *orientación eminentemente bilateral*, como por lo demás lo suelen proclamar todos o la mayor parte de manuales de Derecho Constitucional⁽¹⁸⁾. La razón de ese valor normati-

⁽¹⁶⁾ A propósito, *vid.* Joachim Lege: “¿Reforma de la Constitución o interpretación constitucional? El debate metodológico en torno a la supresión del Senado bávaro”, en Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 9, julio-diciembre, México, D.F., 2003, págs. 187-199. Según este autor, la sentencia del Tribunal Constitucional bávaro permite reflexionar sobre la delimitación entre Derecho y política constitucionales. Y con la decisión que adoptó dicho Tribunal Constitucional se debilita al Estado constitucional, por cuanto se pierde la función estabilizadora, racionalizadora y garante de la libertad de la Constitución escrita.

⁽¹⁷⁾ Para un planteamiento general, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1985; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, *in toto*. Los dos autores se han ocupado profesionalmente del tema.

⁽¹⁸⁾ La idea de bilateralidad de la norma constitucional ha sido desde siempre, o por lo menos desde la aparición de nuestra materia, premisa básica a considerar en cualquier análisis constitucional. La doctrina suele considerar dos partes o sectores clásicos en toda Consti-

vo tiene, sin embargo, variantes que están más allá de la simple articulación formal del ordenamiento jurídico⁽¹⁹⁾, pues la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución sólo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido, como en el papel o rol que le corresponde cumplir en el mundo del Derecho.

Por el primero de estos factores, es decir, por el relativo a su *origen*, una Constitución es *distinta* de cualquier otra, en la medida en que aquella es producto o resultado no de la voluntad de los poderes constituidos u ordinarios, sino de la voluntad del poder constituyente creador por excelencia y único, extraordinario e ilimitado por naturaleza. En la medida en que la Constitución es resultado de la intención popular, depositada en el poder soberano que la representa, su significado es mucho más relevante que el de cualquier otra expresión jurídica. Y sin equívoco alguno, ninguna otra norma por consiguiente, puede equipararse. Pues, toda expresión del Derecho que no tenga su nacimiento en la voluntad constituyente carece de los mismos supuestos de legitimidad que acompañan a una Constitución.

Por el segundo de los factores enunciados, una Constitución es distinta, porque su *contenido*, a diferencia del correspondiente a cualquier otro tipo de norma, pretende la regulación del poder en cuanto elemento fundamental del Estado. Bajo dicho supuesto, tal ordenación, se suele traducir en tres aspectos: *a)* organización, *b)* limitación y *c)* justificación. Mientras que la idea de *organización* se refiere a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye el Estado, y la de *limitación* al reconocimiento de derechos fundamentales como esferas de libertad reconocidas sobre los individuos y respecto de las cuales el poder no puede penetrar o cometer excesos; la de *justificación*, por su parte, se vincula a los objetivos que el poder se traza como obligaciones o programas a cumplir. Cualquier norma fundamental estructura pues su contenido bajo esa

tución, una parte dogmática y una parte orgánica. La bilateralidad no es una mera configuración dogmática, sino una auténtica expresión del sentido de toda norma constitucional.

⁽¹⁹⁾ Bien ilustrativa a este respecto es la opinión de Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, 5ª. edición, traducción de la 2ª. edición en alemán por Roberto J. Vernengo, UNAM, México, D.F., 1986, págs. 205 y sgts.

configuración trialista y es difícil, por lo menos hoy en día, prescindir de cualquiera de los elementos de la misma ⁽²⁰⁾.

Pero aún más: el tercer y último factor que permite justificar la razón de supremacía que acompaña a una norma fundamental y la consecuencia de su carácter normativo, es el del *papel o rol* que le corresponde cumplir. A ese nivel, la Constitución se identifica como la primera de las fuentes del Derecho, y fuente no sólo en términos formales sino también materiales ⁽²¹⁾.

Se dice que es *fuentes formal* en la medida en que establece el *modus operandi* en la creación del Derecho o el modo como nacen o se generan las diversas expresiones normativas. Quiere decir, en términos generales, quiénes son los órganos legitimados para crear Derecho (Tribunal Constitucional, Congreso, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, etc.), la estructura que poseen (unicameral para el caso del Congreso, bilateral para el caso del órgano Ejecutivo, plural para el caso del órgano Judicial y sus instancias, etc.), la competencia que se les reconoce (leyes para el órgano Legislativo, decretos para el órgano Ejecutivo, jurisprudencia para el órgano Judicial, etc.) y el procedimiento específico en la elaboración del Derecho (votaciones por mayorías simples, absolutas o calificadas en el caso del Congreso, decisiones o acuerdos en el caso del Ejecutivo, debido proceso formal en el caso de la Judicatura, etc.)

Empero, se dice que es también *fuentes material*, en la medida en que la Constitución, no obstante habilitar la creación del Derecho en todas las direcciones, representa a su vez el parámetro de validez jurídica del resto de normas

⁽²⁰⁾ El contenido de la Constitución enfocado desde la perspectiva de las tres variantes aquí señaladas, lo encontramos explicitado en Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, pág. 49; y en Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 96-103, 139 y sgts.

⁽²¹⁾ Por su valor docente, *cf.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 49-50; Dieter Grimm: “La Constitución como fuente del Derecho”, en Alessandro Baratta, Dieter Grimm, Francisco Rubio Llorente: *Las fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de Lleida, Barcelona, 1983, págs. 13 y sgts.; Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1985, págs. 27 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª. reimpresión, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1991, págs. 82 y sgts. Con anterioridad, de Otto ya lo había apuntado en sus *Lecciones de Derecho Constitucional. (Introducción)*, Guaiastur Ediciones, Oviedo, 1980.

integrantes del ordenamiento, de modo tal que ninguna otra expresión normativa, ninguna otra manifestación jurídica, podrá sustraerse del contexto marcado por la norma fundamental y, por el contrario sólo será válida una norma o cualquier otra expresión del Derecho en la medida en que no se salga de los cauces marcados por la Constitución.

Como lo ha subrayado Carlos Sánchez Viamonte: “... el círculo máximo trazado por el poder constituyente con el nombre de Constitución, traza la órbita de la juridicidad, cuyo ordenamiento debe abstenerse dentro de dicha órbita y condicionada por ella. La sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el Estado de Derecho creado por ella, excluye todo el Derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación de voluntad colectiva o personal, de autoridad o de libertad es apta para crear Derecho que, de una o de otra manera, no tenga su origen en la voluntad constituyente expresada a través de la Constitución”⁽²²⁾.

Son en consecuencia, estas razones de *origen, contenido y función*, y no argumentaciones meramente formalistas, las que han permitido edificar la teoría de la supremacía constitucional, y por consiguiente, la correlativa necesidad de predicar su carácter indiscutiblemente normativo al interior del mundo jurídico⁽²³⁾.

Ahora bien, la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la Constitución viene representada, sin lugar a dudas, por el hecho de su *aplicabilidad*. En la medida en que una Constitución se aplica, puede predicarse de ella su valor normativo como premisa fundamental⁽²⁴⁾. Tal es pues la regla

⁽²²⁾ Cfr. Carlos Sánchez Viamonte: *El constitucionalismo y sus problemas*, Ediar, Buenos Aires, 1957, pág. 54. Del mismo autor: *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, *in toto*.

⁽²³⁾ Por cierto, buena parte de estas razones fueron esbozadas por el histórico juez John Marshall (1755-1835) desde el momento mismo en que se sentaron las bases del principio de supremacía constitucional durante la secuela del célebre *leading case Marbury vs. Madison* (1803). *Vid.* el texto completo en la Revista Mexicana de Derecho Público, vol. I, n° 3, México, D.F., 1943, págs. 317 y sgts.

⁽²⁴⁾ Para tal fin, me remito a Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 63 y sgts.; Germán J. Bidart Campos: *El derecho de*

general con la que se suele operar en la normativa constitucional y a la que, por supuesto, los operadores del Derecho le deben escrupulosa observación ⁽²⁵⁾.

Sin embargo, esto que a primera vista resulta incontrovertible, requiere ciertas precisiones adicionales, pues aunque nadie niega tal postulado, debe reconocerse que la consabida normatividad de la Constitución no supone tampoco que la aplicabilidad que le acompaña como consecuencia elemental opere o se manifieste de modo inmediato en todos los casos y en todas las circunstancias. Dicho de otro modo, el que se predique la aplicación de una norma fundamental, no sugiere que tal condición funcione inmediatamente y de manera uniforme en todas las hipótesis.

Con alguna razón se ha postulado desde hace buen tiempo que *a toda Constitución le acompañan peculiaridades especiales* ⁽²⁶⁾. Mientras que unas se manifiestan hacia afuera, es decir, frente a otras normas jurídicas y en ese sentido se habla de peculiaridades “de” la norma constitucional; otras, por el contrario, se manifiestan al interior de los mismos dispositivos que la integran, hablándose en tal sentido de peculiaridades “en” las normas constitucionales.

Pues bien, cuando hablamos de estas últimas, nos estamos refiriendo al problema arriba descrito. Todas las normas constitucionales se aplican, pero no todas ellas de la misma forma. Así las cosas, un dispositivo que por ejemplo tiene que ver con el reconocimiento de una libertad individual no es aplicado de manera semejante a uno que, en cambio, tenga que ver con el principio de pluralismo económico. Si bien el carácter normativo de ambos no puede ser colocado en tela de juicio, sus alcances operacionales difieren notoria o sustancialmente. Justo porque *no todas las normas constitucionales son semejantes*, la doctrina postula la

la Constitución y su fuerza normativa, citado, págs. 19 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, citado, págs. 76 y sgts., y Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional*, 7^a. edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, págs. 45 y sgts.

⁽²⁵⁾ En esa línea explicativa, *vid.* Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 88-89.

⁽²⁶⁾ *Cfr.* el no menos interesante ensayo de Alejandro Nieto: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, n.ºs. 100-102, enero-diciembre, Madrid, 1983, págs. 371 y sgts.

existencia de dos géneros principales al interior de la Constitución: *a)* normas operativas y *b)* normas programáticas⁽²⁷⁾.

Mientras que para las primeras, el nivel de aplicación es directo o inmediato, en las segundas varía el mismo en función de determinados supuestos, siendo por tanto semidirecto o mediato. Las normas *operativas* suelen asociarse a los derechos de tipo individual y político y a la mayor parte de los dispositivos concernientes con el funcionamiento orgánico del Estado, mientras que las normas *programáticas* suelen referirse a los derechos sociales, económicos y culturales, así como al conjunto de obligaciones cuya responsabilidad queda sujeta al cumplimiento del Estado y sus órganos de poder político.

En esa medida, y si para las primeras no existe dificultad de aplicación, pues su cumplimiento sólo depende de la voluntad de los titulares de dichas normas sin que pueda anteponerse ningún tipo de requisito previo; con las segundas el grado de aplicación se encuentra condicionado desde que para su puesta en ejecución se hace necesario, preliminarmente, la creación de ciertas condiciones, las que por otra parte, o pueden ser técnicas (legislativas por ejemplo, cuando se trata de desarrollar un precepto, o administrativas cuando se trata de reglamentar o ejecutar un mandato, etc.) o pueden ser, eminentemente políticas o discrecionales (cuando de lo que se trata es de crear contextos materiales o socioeconómicos que habiliten la operatividad de una norma considerada programática).

Como quiera que con las normas operativas no existe mayor problema normativo, pues por principio se aplican íntegramente o en su totalidad, y como se dijo de modo directo, conviene precisar que con las normas programáticas, los niveles de aplicación, pueden operar hasta en cuatro variantes:

- a)* En la medida en que una norma programática se encuentra contenida en la Constitución y goza por ende de la supremacía innata que a ésta le acompa-

⁽²⁷⁾ Un planteamiento general lo encontramos en Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, págs. 13 y sgts.; Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª. edición actualizada y ampliada, t. 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, págs. 92 y sgts.; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 222 y sgts.

ña, puede anteponerse, y en ese sentido aplicarse, sobre normas de inferior jerarquía que la desconozcan o vulneren⁽²⁸⁾.

- b) En la medida en que una norma programática puede ser ejercitada por específicos titulares en específicos casos (lo que acontece por ejemplo respecto del derecho al trabajo, y el goce que del mismo atributo pueden tener algunas personas en particular) frente a la hipótesis de su transgresión —mediante actos u omisiones— cabe la tutela y por tanto, la aplicación de la misma⁽²⁹⁾.
- c) En la medida en que la norma programática forma parte del contenido material de la Constitución, su contenido sirve como parámetro interpretativo de toda decisión jurisdiccional, y en ese sentido también es aplicable⁽³⁰⁾.
- d) En la medida en que no todas las normas programáticas son iguales, prescindiendo de aquellas de naturaleza eminentemente política o discrecional, las que sólo requieren de condiciones técnicas, sí pueden resultar exigibles y en tal sentido aplicable, ante los órganos que conocen de la jurisdicción constitucional.

A los efectos de nuestro estudio, el valor normativo de la Constitución se da por el reconocimiento que es una norma jurídica fundamental, proveniente de la intención popular, a través del poder constituyente. Y su *eficacia*, diría Paolo Barile, a través de: a) el efecto de prohibir; b) la función de servir de guía; y c) la vinculación al legislador y a todos los órganos de producción de normas⁽³¹⁾.

Es una de las primeras expresiones jurídicas normativas que busca vincular al Estado con los ciudadanos, para regular el poder del mismo. Muy en línea con lo anterior, la Constitución (*norma normarum*) es considerada como la primera fuente de Derecho, cuyas normas son aplicables, pero no todas de la misma forma.

(28) Al respecto, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 68-71; e Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional*, citado, págs. 77 y sgts.

(29) *Cfr.* el libro de Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, citado, en particular, págs. 63 y sgts.

(30) Una vez más, *cfr.* el libro clave de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 68-71; como también el de Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional*, citado, págs. 77 y sgts.

(31) *Cfr.* Paolo Barile: *La Costituzione come norma giuridica*, G. Barbèra Editore, Firenze, 1951, págs. 55-57.

V. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL Y CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL

Prescindiendo de la múltiple tipología y de la variadísima clasificación de “las constituciones”⁽³²⁾ a que conduce intrínsecamente la doctrina, podemos sostener que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre este concepto pueden subsumirse en *dos tipos genéricos*: a) en sentido *material* (la *Constitución real, ontológica, teleológica, social y deontológica*) y b) en sentido formal (la *Constitución jurídico-positiva*)⁽³³⁾.

A) Constitución en sentido material (mutación constitucional)

En lo tocante al primer tipo, se implica en el ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico. A su vez, presenta diversos aspectos reales, como el económico, el político y primordialmente, el cultural (*elemento ontológico*); así como en el desiderátum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico o “querer ser”). Este tipo de Constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición *sine qua non* de su identidad (Constitución real), así como en su propia finalidad (Constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica.

Huelga comentar, por tanto, que el término y el concepto de *Constitución real* fueron empleados en el siglo XIX por el socialista Ferdinand Lassalle (1825-1864)⁽³⁴⁾ para designar la estructura ontológica misma de un pueblo, es decir, su ser y su modo de ser. “Una Constitución real y efectiva la tienen y la han tenido siempre todos los países”, afirmaba Lassalle, agregando que: “Del mismo modo y por la misma ley de necesidad de todo cuerpo tiene una Constitu-

⁽³²⁾ Modélico y de gran predicamento resulta el libro de James Bryce (1838-1922): *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Antecede Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú. No se señala el nombre de la persona que lo traduce del inglés.

⁽³³⁾ Aquí seguimos el lúcido planteamiento de Ignacio Burgoa: *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, págs. 320 y sgtes.

⁽³⁴⁾ *Vid.* el libro clásico de Ferdinand Lassalle: *¿Qué es una Constitución?*, traducción del alemán por Wenceslao Roces, 1ª. edición en la Colección Ariel, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1984, págs. 77 y sgtes. Antecede Estudio preliminar de Eliseo Aja.

ción, su propia Constitución, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una Constitución real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean”.

Así, y sólo así, la presencia necesaria, esencial, innegable, *sine qua non*, de la Constitución real de un pueblo, que expresa la “*quiddidad*” (del latín *quidditas*, esencia, razón, por qué de una cosa) misma de éste, no puede inadvertirse, y tan es así que la doctrina, con diferentes denominaciones, se ha referido a ella.

Por lo que concierne a lo que se llama *Constitución teleológica*, ésta no tiene una dimensión óptica como ser y modo de ser de un pueblo, sino que denota el conjunto de aspiraciones o fines que a éste se adscribe en sus diferentes aspectos vitales, implicando su *querer ser*. Desde este punto de vista, la Constitución teleológica responde a lo que el pueblo “quiere” y “debe” ser, a lo que se “quiere” que el pueblo sea o “deba” ser. Este “querer” y “deber” ser no extrañan meras construcciones especulativas o concepciones ideológicas, sino tendencias que desarrollan los factores reales de poder, como denominaba Lassalle al conjunto de fuerzas de diferentes especies que necesariamente actúan en el seno de toda sociedad democrática.

De ello se concluye que la *Constitución teleológica* no consiste sino en los objetivos de la Constitución real, demarcados, sustantivados y condicionados por dichos factores. En la Constitución real, según se habrá observado, se encuentra la vasta problemática de un pueblo como resultante de una múltiple gama de circunstancias y elementos que también, obviamente, se localizan en ella. Por su parte, en la Constitución teleológica se comprenden las soluciones que a dicha problemática pretenden dar los factores reales de poder desde distintos puntos de vista, tales como el político, el cultural o el socioeconómico principalmente.

Ambas especies de “Constitución” son *prejurídicas* y *metajurídicas* en su existencia prístina, o sea, existen en la dimensión ontológica y teleológica del pueblo mismo como unidad real independiente de su organización jurídica o incluso sin esta organización. En otras palabras, dichas constituciones no son jurídicas, aunque sean o deban ser el contenido de las jurídicas, a las cuales nos referimos enseguida. A la vista de lo expresado más arriba, son constituciones que aceptan las mutaciones constitucionales.

Hemos de dirigir ahora una mirada general de conjunto a la mutación de la Constitución. Por de pronto, la mutación constitucional (*Verfassungswandlung*) cons-

tituye una modificación no formal—sin modificación expresa del texto de la Constitución, alude Häberle—del ordenamiento constitucional, es decir, el cambio operado en el mismo sin seguir procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución, tal como enseña Pedro de Vega⁽³⁵⁾. De ahí pues la diferencia entre reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) y mutación constitucional. La primera es la modificación de los textos constitucionales producidas por acciones voluntarias—dice Jellinek, siguiendo a Paul Laband—e intencionadas; la segunda es la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente—añade Jellinek—que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación⁽³⁶⁾.

Sin embargo, la nueva doctrina del Derecho Público donde la mutación constitucional es ya un concepto corriente, la caracteriza principalmente como desvalorización y corrosión de las normas jurídicas de las instituciones afectadas⁽³⁶⁾. En tal sentido, como anota Hsü Dau-Lin, resulta usual distinguir cuatro clases de mutación de la Constitución⁽³⁸⁾:

- a) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución. En tal caso, se ignora un artículo concreto de la Constitución, o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata

⁽³⁵⁾ *Vid.*, a este respecto, Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1ª. reimpresión, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988, págs. 179 y sgts. Obra capital e importante para entender con propiedad el tema abordado.

⁽³⁶⁾ *Vid.* Georg Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*, traducción del alemán de Christian Förster, revisada y Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 7. En igual sentido, Néstor Pedro Sagüés: “Los jueces y la interpretación constitucional mutativa”, en su libro *La interpretación judicial de la Constitución*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 51-81.

⁽³⁷⁾ Así lo reconoce Hsü Dau-Lin: *Mutación de la Constitución*, traducción del alemán de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pág. 29. Agradezco al profesor salmantino Lucas Verdú por haberme obsequiado, entre otras, dicha obra en una de las agradables visitas que le hice en su hogar ubicado en la C/. Ministro Ibáñez Martín, 4, 1º piso A-28015-Madrid. Su magnífico Estudio preliminar que antecede al libro es iluminador para entender este tema poco trajinado.

⁽³⁸⁾ Aquí seguimos a Hsü Dau-Lin, quien fue discípulo de Rudolf Smend: *Mutación de la Constitución*, citado, págs. 31 y sgts. La obra fue originalmente escrita en alemán el año en 1932.

de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional. Ejm., la iniciativa imperial en el viejo *Reich* alemán.

- b) Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente. El derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a la realidad jurídica. Ejm., el derecho de disolución de la Cámara de Diputados por el Presidente de la República francesa, a tenor del artículo 5 de la Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875. Desde su origen se aplicó una sola vez, por el mariscal Mac-Mahon, en el año de 1887, y al cabo lo pagó con su dimisión. Desde entonces el derecho de disolución jamás se aplicó.
- c) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución, sea por la llamada reforma material de la Constitución, sea por la legislación ordinaria, sea por los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva. Ejm., el artículo 49 de la Constitución del *Reich* que atribuye al Presidente el derecho incondicional de indulto y gracia en todo el *Reich*. No se regula una limitación en ciertos casos penales. No obstante, el artículo 13 de la ley sobre el Tribunal Supremo de 9 de julio de 1921 estatuye que el Presidente del *Reich* necesita la aprobación del *Reichstag* para indultar a un condenado por dicho Tribunal.
- d) Mutación de la Constitución mediante su interpretación, particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. Ejm., el artículo 4 de la Constitución de Prusia del 5 de diciembre de 1848 establecía, también más tarde en su forma revisada del 31 de enero de 1850: “Todos los prusianos son iguales ante la ley. No hay privilegios estamentales ni de rangos”. El texto de la norma correspondía plenamente al sentido originario de la garantía de la libertad propia del individualismo del tiempo sobre cuya vinculación jurídica directa no pueden haber serias dudas. Sin embargo, en la práctica este precepto se interpretó con muchas restricciones, y como tal, en la práctica no tuvo alcance jurídico.

B) La teoría de la Constitución en sentido material según Costantino Mortati

Esta teoría fue formulada por el constitucionalista italiano Costantino Mortati (1891-1985) en un célebre trabajo procedente de 1940, intitulado justamente *La Costituzione in senso materiale* ⁽³⁹⁾, contribución que fue enriquecida sustantivamente en un trabajo posterior ⁽⁴⁰⁾. Y luego de haber pasado tantas aguas bajo el puente, se ha traducido en el año 2000 al castellano ⁽⁴¹⁾. A grandes rasgos podemos decir que Mortati se ubica con esta aportación dentro del denominado “institucionalismo”, que se caracteriza por conceptuar el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la propia Constitución, como una realidad que desborda el ámbito estrictamente normativo.

Según este autor, por Constitución en sentido material, se entiende el conjunto de fuerzas sociales o políticas orientadas a la consecución de un fin político ⁽⁴²⁾. La existencia y la relación de estos dos factores son las que vienen a configurar toda organización social, la cual por la conjugación de aquellos factores se presenta como entidad dotada de intrínseca normatividad. Vale decir que, en toda organización social se presentan conductas operadas por fuerzas sociales o políticas que adquieren la condición de auténticos “hechos normativos”. En toda sociedad, la presencia de fuerzas sociales o políticas dinamizadas por la consecución de un fin político es lo que, a decir de esta concepción, explica la configuración o existencia de una organización básica o un orden político fundamental. Desde tal perspectiva, como se comprenderá, la denominada Constitución en sentido formal ve relativizada su valor en la comprensión de la fenomenología constitucional, mas no propiamente, como veremos, en su valor normativo.

⁽³⁹⁾ Cfr. al respecto, Costantino Mortati: *La Costituzione in senso materiale*, ristampa inalterata con una Premessa di Gustavo Zagrebelsky, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

⁽⁴⁰⁾ Vid. la voz: “Costituzione. (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)” en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1962, vol. XI, págs. 139 y sgts.

⁽⁴¹⁾ En efecto, la ficha es la siguiente: *La Constitución en sentido material*, traducción del italiano y Estudio preliminar de Almudena Bergareche Gros, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Con Epílogo de Gustavo Zagrebelsky.

⁽⁴²⁾ *La Costituzione in senso materiale*, citado, págs. 53 y sgts.; *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1955, pág. 46; y la voz: “Costituzione...”, citado, págs. 161 y sgts.

Con superlativo acierto, para el ex-magistrado de la *Corte Costituzionale*, las fuerzas sociales o políticas constituyen el elemento instrumental de la Constitución material, entre tanto el fin político compone el elemento material o de contenido de la misma⁽⁴³⁾. En el primer caso, las fuerzas sociales son el elemento instrumental en la medida que se desenvuelven como factores activos que dinamizan una organización —el Estado— para la consecución de un fin político. El fin político, en cambio, representa la idea o finalidad fundamental que, a modo de *Weltanschauung* o cosmovisión política, comprende de manera unitaria los intereses político-sociales que operan como ideas directrices del actuar de las fuerzas sociales y al que, por lo tanto, otorgan sentido.

Un punto importante a este respecto es que Mortati considera que la entidad dotada de intrínseca normatividad al constituir, como se dijo, un auténtico hecho normativo, no es un mero presupuesto fáctico de la Constitución, subyacente a ésta, sino que ella es también una realidad jurídica y, más aún, la realidad jurídica primigenia o primaria que confiere validez a la propia Constitución formal. Como se podrá apreciar, de modo análogo al proceder de las teorías realistas del Derecho, el autor radica finalmente el problema de la validez de la Constitución (formal) en la relación de ésta con la Constitución material, en aplicación del principio de efectividad; planteamiento del que, desde luego, se puede, como no también, disentir.

Es interesante señalar que para Mortati la Constitución material desenvuelve, entre otras, las siguientes funciones⁽⁴⁴⁾:

- a) *Garantizar la validez de la Constitución formal.* En este caso, la Constitución material opera como fuente de validez de la Constitución formal, como factor del que deriva la positividad de ésta. Desde luego, el concepto de validez es empleado por el citado autor en el sentido del realismo jurídico, considerando como criterio de validez la positividad o existencia concreta y efectiva de un ordenamiento jurídico.
- b) *Determinar la unidad del ordenamiento jurídico.* Permite reunir las diversas fuentes de producción del Derecho dentro de un mismo sistema. La unidad

⁽⁴³⁾ Cfr. Costantino Mortati: *La Costituzione in senso materiale*, citado, pág. 74.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Costantino Mortati: *La Costituzione in senso materiale*, citado, págs. 124 y sgts.; 129 y sgts.; y 182 y sgts., respectivamente.

del ordenamiento jurídico no se sustenta en una premisa formal como la norma hipotética de Hans Kelsen, sino en una entidad social organizada que viene a ser la denominada Constitución material. Relacionadas a la función unificatoria, han de destacarse por su importancia, las que desenvuelve en la interpretación e integración del ordenamiento jurídico. En la interpretación, los intereses, valores e ideales que conforman el fin político fundamental exigen que la interpretación de ellos se efectúe en el sentido que aquellos determinan⁽⁴⁵⁾. Asimismo, ante la presencia de un vacío legal, han de ser los elementos antes señalados y no otros los que participarán en la integración del mismo.

- c) *Determinación de la forma de Estado y de los límites materiales a la reforma constitucional.* Determina la forma de Estado, entendida ésta no en función de la distribución territorial del poder (Estado federal, regional, autonómico o unitario), sino en el sentido de sistema político, vale decir, de la conformación de un Estado a partir de una determinada concepción ideológica (Estado liberal, social democrático, comunista, socialista). Desde tal perspectiva, en la medida que el fin político fundamental comprende los principios y valores que identifican la esencia de un ordenamiento jurídico, es la propia conformación ideológica del Estado la que resulta determinada. La forma de Estado así configurada distingue externamente a éste respecto de otros Estados, así como, internamente, respecto a formas que históricamente lo precedieron en el mismo ámbito territorial (*vgr.* el Estado otrora liberal, bajo una Constitución precedente, hoy Estado social y democrático, bajo una nueva Constitución). Ahora bien, en esa misma línea de señalización, son estos mismos principios y valores componentes del fin político fundamental los que han de constituir límites materiales a la reforma constitucional. Es decir, límites que vinculan incluso al propio poder constituyente derivado o de reforma y que implica, por lo tanto, que la validez de una reforma constitucional se halla supeditada no sólo a la observancia del procedimiento que la Constitución establece para el efecto (*vgr.* el artículo 206 de la Constitución peruana de 1993), sino esencialmente respeto de dichos límites.

⁽⁴⁵⁾ *Vid.* sobre la Constitución material respecto a la interpretación, Sergio Bartole: “Costituzione materiale e ragionamento giuridico” en *Scritti in onore di Vezio Crisafulli. (Le fonti normative e altri temi de vario Diritto)*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, págs. 54 y sgts.

En consecuencia, la aportación de la teoría de la Constitución material es sumamente sugestiva, sin embargo, debe observarse lo siguiente. El planteamiento de la Constitución material no debe ser entendido de ningún modo como la propuesta de una fuente paralela a la Constitución formal. El valor normativo primario de ésta, traducido en el principio de supremacía constitucional, constituye justamente un componente de la Constitución material de los sistemas políticos contemporáneos ⁽⁴⁶⁾ y, concretamente, integrante del elemento teleológico de dicha Constitución. Por tal razón, en virtud del citado principio jurídico-político, no existe pues ninguna otra Constitución que no sea sino la denominada Constitución formal, la única válida en el sistema de fuentes de un Estado constitucional de Derecho como, por ejemplo, el Estado peruano. Así las cosas, sin el propósito de evaluar las ventajas o deficiencias de la aportación de Mortati—cuyo esfuerzo teórico no es baldío—y sin perjuicio de lo reseñado antes sobre dicha teoría, lo que debe quedar claro es que la Constitución material no constituye, en absoluto, una fuente del Derecho paralela a la Constitución (formal).

C) Constitución en sentido formal (reforma y enmienda constitucional)

La *Constitución jurídico-positiva* se traduce en un conjunto de derechos básicos y supremos cuyo contenido puede o no reflejar la Constitución real y teleológica. Es dicha Constitución, en su primariedad histórica, la que da origen al Estado. En la primera hipótesis que se acaba de señalar, la vinculación entre la Constitución real y teleológica, por un lado, y la Constitución jurídico-positiva, por el otro, es indudable, en cuanto que ésta no es sino *la forma normativa* de la *materia normada*, que es aquella.

En la segunda hipótesis no hay adecuación entre ambas, en el sentido de que la Constitución real y teleológica no se convierte en el *substratum* de la Constitución jurídico-positiva, o sea, que una y otra se oponen o difieren, circunstancia que históricamente ha provocado la ruptura del orden social, político y económico establecido normativamente. De esto se infiere que la vinculación entraña la legitimidad o autenticidad de una Constitución jurídico-positiva y la inadecuación, su

⁽⁴⁶⁾ *Vid.* Gustavo Zagrebelsky: *Manuale de Diritto Costituzionale*, 1ª. ed., UTET, Torino, 1988, pág. 28.

ilegitimidad o su carácter obsoleto, ya que o se impone a la Constitución real o no responde a la Constitución teleológica de un pueblo.

Conforme a la lógica jurídica, toda Constitución positiva debe ser el elemento normativo en que trascienden las potestades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía popular, las mismas que traducen el *poder constituyente* (mediante el principio político democrático). En efecto, la autodeterminación del pueblo se manifiesta en la existencia de un orden jurídico, que por sí solo excluye la idea de arbitrariedad. El Derecho, pues, en relación con el concepto de poder soberano, se sustenta como el medio de realización normativa de la capacidad autodeterminativa.

Ahora bien, la autodeterminación, lo mismo que la autolimitación, pueden operar por el Derecho positivo en forma directa o indirecta o, mejor dicho, originaria o derivada. En efecto, el orden jurídico de un Estado que implica uno de los elementos de su sustantividad, comprende todo un régimen normativo que suele clasificarse en dos grandes grupos o categorías o disposiciones de Derecho: a) las *constitucionales*, que forman un todo preceptivo llamado *Constitución en sentido jurídico-positivo* y b) las *secundarias*, emanadas de ésta, que a su vez se subdividen en varios cuerpos legales de diversa índole, a saber: sustantivas, orgánicas, adjetivas, locales, etc.

Pues bien, es la *Constitución* la que directa y primordialmente objetiva y actualiza las facultades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía popular, por lo que recibe también el nombre de *Ley fundamental*. Se basan en la calificación, organización y funcionamiento del gobierno del Estado o del pueblo (autodeterminación) y establece las normas que encauzan el poder soberano (autolimitación). La Constitución consigna, en primer término, derechos fundamentales que el gobernado puede oponer al poder público estatal; y en segundo lugar, establece competencias expresas y determinadas, como condición *sine qua non*, de la actuación de los órganos de gobierno. Esta tipología de Constitución es la que, en su médula, acepta la reforma y la enmienda constitucional.

Por lo que respecta a la enmienda (*amendment*) (*) constitucional hemos de significar que es una vieja práctica que emplea la Constitución federal norteamericana de 1787, en actual vigencia, y que precisamente a la fecha tiene 27 enmien-

(*) En las largas y provechosas conversaciones que he tenido con Domingo García Belaunde, acerca del tema, me ha puesto de relieve que, en su opinión, la diferencia que hay entre *reforma* y *enmienda* es “artificial”.

das, las mismas que se incluyen *al final de su texto*, y no dentro del propio cuerpo constitucional.

Los Estados Unidos ofrecen un ejemplo típico –recuerda el maestro Adolfo G. Posada– de cómo se produce, evolutiva y expresamente a la vez, una transformación constitucional por obra de la acción interpretativa de la jurisprudencia, tan poderosamente iniciada por el juez John Marshall, y de los hombres de Estado, como Alexander Hamilton, Andrew Jackson, Thomas Woodrow Wilson..., y especial y principalmente merced al cambio de potencialidad de los elementos políticos y sociales con sus órganos los partidos y los grupos representativos de los intereses colectivos⁽⁴⁷⁾.

El artículo 5 de la Constitución federal norteamericana señala: “El Congreso, siempre que dos tercios de ambas Cámaras lo consideren necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución o, a pedido de las Legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará a una convención para proponer enmiendas, las cuales en ambos casos serán válidas para todos los fines y propósitos de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las Legislaturas de las tres cuartas partes de los diversos Estados, o convenciones reunidas en tres cuartas partes de los mismos, según uno u otro modo de ratificación haya sido propuesto al Congreso; ello siempre que antes del año mil ochocientos ocho no se haga ninguna enmienda que de cualquier manera afectara las cláusulas primera y cuarta de la novena sección del artículo primero y que ningún Estado, sin su consentimiento, sea privado de la igualdad de sufragio en el Senado”⁽⁴⁸⁾.

Es, sin embargo, la actual Constitución de Venezuela, recogiendo la experiencia de la anterior, aprobada mediante el refrendo constituyente, a los 15 días del mes de diciembre de 1999 la que establece claramente la diferencia entre

⁽⁴⁷⁾ *Vid.*, en tal sentido, el libro clásico de Adolfo G. Posada: *La reforma constitucional*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1931, pág. 11. En Estados Unidos es una garantía de utilización escasa, puesto que es siempre preferible operar, hasta donde se pueda, mediante la *interpretación constitucional* para conseguir la adaptación progresiva de la norma suprema a las exigencias de la nueva realidad. *Cfr.* Antonio Torres del Moral: *Principios de Derecho Constitucional español*, 4ª. edición renovada y abreviada, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, pág. 128.

⁽⁴⁸⁾ Sobre el tema, *vid.* C. Herman Pritchett: *La Constitución americana*, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965, págs. 49-61. También, Tania Groppi: “La reforma constitucional en los Estados federales entre pluralismo territorial y no territorial” en José María Serna de la Garza (Coordinador): *Federalismo y regionalismo*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, D.F., 2002, págs. 197-209.

enmienda constitucional y reforma constitucional. Al respecto, el artículo 340 apunta lo siguiente: “La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental”. A su turno, el artículo 342 prescribe: “La reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”. La Constitución de Brasil de 1988 también merece ser recordada.

VI. LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Suele afirmarse que, si bien la función reformadora de la Constitución resulta especialmente gravitante en un Estado sustentado en el principio de soberanía popular, ello no significa que sus alcances operen de la misma forma de aquellos otros que sirven de marco para el ejercicio de la función constituyente.

En efecto, aún cuando el poder creador de la Constitución puede considerarse especialmente amplio en dirección a los horizontes de creación dentro de los cuales discurre, dicha situación no es exactamente igual a la que se produce en relación con el llamado *poder de reforma*. Una cosa es pues, *crear* una Constitución, instaurar los cimientos de un determinado Estado de Derecho o los parámetros dentro de los cuales este discurre; y otra distinta, *variar* determinados criterios o establecer ciertas pautas diferenciales de la Carta originalmente creada en relación con aquella otra Carta, que tras un proceso de reforma, se busca obtener⁽⁴⁹⁾.

En la lógica de que todo proceder reformatorio no es igual que un proceso de creación constitucional, aparece como lógica deducción, que el poder que le sirve de sustento, no es como el constituyente, eminentemente potencial, sino por esencia limitado. La discusión, en todo caso gira, alrededor de precisar a qué clase de límites nos estamos refiriendo.

Sobre tal supuesto la doctrina suele considerar que los límites al poder de reforma son por lo general de dos clases: formales y materiales⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ *Vid.* Fausto Rodríguez: “¿Qué es el poder reformador de la Constitución?”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n° 28, México, D.F., 1957, págs. 24 y sgtes.

⁽⁵⁰⁾ *Cfr.* Luis Sáenz Dávalos: “Los límites materiales de una reforma constitucional”, en *El Jurista. Revista Peruana de Derecho*, Año II, n° 5, Lima, 1992, págs. 72 y sgtes.

A) Límites formales

Los límites formales se suelen asociar a los procedimientos especiales que, según la Constitución, necesariamente se deben seguir para poder cumplir la reforma. Dichos procedimientos, en rigor, se encuentran identificados con la presencia de votaciones calificadas o trámites especiales que debe cumplirse al interior del Congreso y que resultan, por la propia naturaleza y trascendencia de la norma involucrada, mucho más complejos que los que se utilizan para aprobar una ley ordinaria. En tanto y en cuanto la Constitución impone reglas reforzadas para que la reforma pueda materializarse, puede considerarse que la omisión o distorsión de cualquiera de las mismas, convierte el proceso así configurado en uno de carácter inconstitucional⁽⁵¹⁾.

B) Límites materiales

Los llamados límites materiales, en cambio, se encuentran vinculados con la existencia de determinados principios o valores que sirven de soporte material o sustento básico a la totalidad del ordenamiento constitucional. De aplicarse una reforma sobre tales directrices, evidentemente no se estaría produciendo una simple modificación, sino una verdadera transformación en los supuestos de base de todo el ordenamiento. Como dice Carl Schmitt, reformar no es destruir la Constitución.

Los límites materiales, pueden considerarse entonces como verdaderas cláusulas sobreprotegidas. Su importancia está por encima del carácter fundamental, que ya de por sí, acompaña a toda la Constitución, por lo que su presencia e inmutabilidad es garantía de que la Constitución no deja de serlo terminando por sustituirse en una totalmente distinta⁽⁵²⁾. Ejemplos de este tipo de límites lo

⁽⁵¹⁾ *Vid.*, al respecto, Segundo V. Linares Quintana: “¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?”, en *La Ley*, t. 34, abril-junio, Buenos Aires, 1944, págs. 1100-1107.

⁽⁵²⁾ Un estudio sistemático del tema lo encontramos en el libro de Benito Aláez del Corral: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 175 y sgtes. Del mismo autor, *vid.* : “La reforma constitucional como motor de las transformaciones actuales del Estado español”, en *Revista Aequum et Bonum*, Año 1, n° 1, Lima, 2003, págs. 81-100.

constituyen, entre otros, los principios relativos a la dignidad, al Estado democrático de Derecho, a la soberanía popular, etc.

Por consiguiente, allí donde la Constitución pretendiera ser modificada en tales cláusulas resultaría evidentemente inconstitucional, el contenido que como consecuencia de tal procedimiento, resultare incorporado⁽⁵³⁾. Algunos autores consideran incluso, que ello podría dar lugar a una verdadera producción de normas constitucionales inconstitucionales⁽⁵⁴⁾.

VII. LA POSICIÓN DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Como es de conocimiento público, el 26 de mayo de 2001 el Poder Ejecutivo nombró una Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, que instalada el 6 de junio, terminó sus labores el 16 de julio. Dicha Comisión, compuesta de 28 miembros, debatió largamente todos los temas de la agenda, los que fueron finalmente aprobados por consenso y en mayoría. El último tema, relativo al procedimiento de reforma constitucional, corrió a cargo de Domingo García Belaunde, Vicepresidente de la Comisión, y fue presentado al seno de la Comisión, y que luego de ser debatido, se aprobó con algunas modificaciones, que en realidad no cambian el sentido básico de la propuesta (y así figura en el informe oficial publicado por el Ministerio de Justicia). El proyecto original había quedado inédito en los archivos, y por eso es que ahora se publica con la autorización del autor para difundirlo con fines estrictamente académicos. Tiene el tenor literal que sigue:

PROCEDIMIENTOS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

- La Comisión ha estimado conveniente presentar un conjunto de posibilidades para la reforma constitucional, teniendo como base la Constitución de 1979, pero a su vez aceptando como realidad que el país desde 1993 se rige por la

⁽⁵³⁾ *Vid.* Segundo V. Linares Quintana: “¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?”, citado.

⁽⁵⁴⁾ *Cfr.* Otto Bachof: *Normas constitucionais inconstitucionais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994, págs. 11 y sgtes.

Constitución sancionada ese año, no obstante encontrarse totalmente deslegitimada.

- Por eso plantea algunos caminos a seguir, que sin ánimo exhaustivo, podemos enumerar de la siguiente manera.

1. Primera alternativa

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 poner en vigencia la de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida, son las 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.
- Que adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificado por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.
- Que 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 los derechos humanos, perdiendo así cualquier eventual 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).

Sin embargo, en el mismo acto, deben aclararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia a su revisión futura, en caso de que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten.

Expresamente debe señalarse que:

- Se mantienen 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 seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución del Defensor del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Debe mantenerse el nombre del 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 correspondan. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, 45 pasarán a formar el Senado (por sorteo), y los 35 restantes se incrementarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 115 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido, lo es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados serán sancionados por un referéndum posterior.
- Se mantienen las prerrogativas del Consejo Nacional de la Magistratura en lo que se refiere a la ratificación.
- Se establecerán las disposiciones transitorias que sean necesarias.

2. Segunda alternativa

Utilizar los propios medios que la actual Constitución señala en su artículo 206, y mediante ella, proceder a la modificación constitucional en todo aquello que se considere pertinente. Utilizando este mecanismo, pueden introducirse las modificaciones que correspondan y se puede tener como resultado una Constitución de 1993 actualizada, mejorada sustancialmente y sobre todo, legitimada.

Con todo, queda el problema de mantener su estructura y sobre todo los nombres de los que usurparon funciones y que aparecen como firmantes del documento, así como quien lo promulgó, lo cual no es lo más recomendable. Es cierto que para efectos prácticos de trata de un nuevo texto democrático y legítimo, pero queda la impronta autoritaria, que no es lo más adecuado.

3. Tercera alternativa

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

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

4. Cuarta alternativa

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

5. Quinta alternativa

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.

Lima, agosto de 2001.

VIII. LA DECLARACIÓN DE HUARAZ: LA JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DEL PERÚ

Durante los días 30 y 31 de agosto y 1º de septiembre de 2002, la ciudad de Huaraz sirvió de sede a la nueva Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. La ocasión, no hubiera pasado de tener ribetes estrictamente gremiales, si no fuera porque en aquella oportunidad el tema central de la convocatoria tuvo que ver con un hecho de vital trascendencia para el Estado de Derecho: la posición de los abogados frente al entonces impulsado (en realidad impuesto) proyecto de nueva Constitución.

A estas alturas, bien podría pensarse que no tendría mucho sentido comentar este acontecimiento, cuando es harto sabido el fracaso con que terminó el tan enarbolado proyecto. Sin embargo, y como quiera que los hechos sucedidos merecen ser rescatados en su real y justa dimensión, conviene recordar que por aquellos días en que se auspiciaba la elaboración de una nueva Carta, promovida al compás de un grupo de políticos, los máximos representantes de los abogados de todo el Perú, alzaron su voz de alerta.

Y no es naturalmente que resulte inadmisibles el que en algún momento nuestra sociedad política opte por una nueva Carta, pero es evidente que tal decisión, además de responder a circunstancias jurídicas y socio-políticas muy concretas, tampoco puede ser impuesta desde afuera, como ha ocurrido en este caso, sino que tiene que responder a la decisión del real soberano, que no es otro que el pueblo mismo.

La Declaración, en síntesis, recuerda que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no puede arrogarse las atribuciones propias del poder constituyente. Es cierto que ejercer el poder de reforma, en tanto función limitada desde la propia Constitución, pero no puede, en cambio, dar un vuelco total o diferente a la totalidad de la estructura constitucional. Queda claro que si esto último sucediera, el único órgano legitimado para tal efecto, sería el mismo poder constituyente, representado a través de una Asamblea Soberana o Constituyente.

A diferencia de lo que sucede con los poderes constituidos, la Asamblea Constituyente, obraría sin ningún tipo de limitación en su ejercicio, pues sus funciones nacen de la decisión directa del pueblo, a diferencia de lo que sucede con el Congreso, a quien no se ha elegido para que elabore una nueva Constitución, sino para las tareas legislativas (leyes ordinarias) y fiscalizadoras propias de su naturaleza.

La Declaración, recuerda, que aunque el Congreso puede sentir una serie de temores o ser pasible de una serie de perjuicios, ello no justifica para nada el que pretenda sustituirse a la Asamblea. El tema resulta tanto más vital, cuando el Poder Legislativo no está en condiciones de definir, con auténtica imparcialidad, temas tan importantes como la prohibición de reelección para todos los cargos a los que se acceda mediante votación popular, o la posibilidad de incorporar la revocatoria irrestricta para todo tipo de cargos, incluidos los de los propios congresistas. Como es evidente sus intereses inmediatos, no van a poder desligarse de decisiones tan necesarias como las señaladas.

La ausencia de conocimientos jurídicos sobre diversos *items*, como el tratamiento de las instituciones electorales, el de las fuentes del Derecho, el de la impartición de justicia, el de la seguridad social o el del sistema de remuneraciones en la función pública, exige definiciones claras que vengan desde un órgano desvinculado de intereses inmediatos. El Congreso, en definitiva, no estaba en condiciones de asumir tales responsabilidades pues en la práctica y desde hace mucho ha demostrado indiferencia en tales campos.

Por último, de haberse proseguido con el Proyecto, la Declaración de Huaraz advertía el grave riesgo político en el que se colocaba el Estado, pues una decisión impuesta unilateralmente al pueblo, hubiese corrido la suerte de lo que éste vía referéndum, determinara. Si como era previsible (y todos los sondeos y encuestas de opinión así lo indicaban) se sometía el Proyecto a la aprobación o desaprobación del pueblo, un eventual y casi seguro rechazo, hubiese abierto las puertas a una absoluta inseguridad e incertidumbre de insospechadas y gravísimas consecuencias.

En suma, la Declaración de Huaraz tuvo el mérito de colocar un toque de cordura y sentido de responsabilidad en un momento de difícil coyuntura política. Mientras tanto, el tiempo no ha hecho otra cosa que confirmar lo que entonces se dijo. Queda claro que su valor fue más que episódico, demostrando a ciencia cierta que la opinión bien sustentada, puede, bajo ciertas circunstancias, neutralizar decisiones políticas impuestas inconsultamente.

El texto es el que sigue:

JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DEL PERÚ

DECLARACIÓN DE HUARAZ

Los Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, reunidos en Junta Nacional en la Ciudad de Huaraz, los días 30, 31 de agosto y 1° de setiembre del año en curso, ante la persistencia del Congreso de la República de dar una nueva Constitución, para lo cual no está facultado, so pretexto de reformar la vigente, emiten el siguiente pronunciamiento:

1. El Congreso de la República, Poder Constituido, no puede atribuirse la facultad de dar una nueva Constitución, poder que le corresponde al pueblo por medio de sus representantes reunidos en Asamblea Constituyente. Los peruanos no hemos elegido un Poder Constituyente sino a un Poder Legislativo para que dé las leyes que con urgencia necesita el país, fiscalice a los otros poderes del Estado y, también, modifique parcialmente la Constitución observando el procedimiento establecido en el artículo 206 de la misma.
2. Nada impide al pueblo peruano adoptar un nuevo pacto social mediante una Constitución que establezca la nueva estructura política del Estado y consagre los derechos fundamentales con rango constitucional. No es cierto como sostienen algunos que una nueva Constitución solamente nace como consecuencia de un gobierno *de facto*.
3. La Asamblea Constituyente, cualquiera fuere la denominación que se le dé, es el poder de poderes, sin limitación alguna en sus atribuciones. Entendemos que el actual Congreso de la República tenga justificado temor frente a ese poder, porque podría disponer su disolución para elegir otro conforme a la nueva Constitución. Esta es la razón de fondo para no convocar a una Asamblea Constituyente, por lo que cualesquiera otras razones que se invoquen no son más que simples pretextos.
4. El interés de la mayoría de los Congresistas está en conflicto con el interés general de la Nación, por lo que el Poder Legislativo, no está en condiciones de resolver en una nueva Constitución problemas tradicionales que aquejan al Perú, como son:
 - Establecer la prohibición de la reelección para todos los cargos a los que se accede mediante votación popular, sin excepción alguna;
 - Consagrar constitucionalmente la facultad del titular del Poder, o sea el Pueblo, de revocar los cargos a los cuales se accede mediante elección popular, cuando los representantes no cumplan con el programa con el que fueron elegidos o hacen un mal uso del poder.

5. Debido a la existencia de intereses partidarios, el Poder Legislativo no está en condiciones de resolver problemas creados con la Constitución vigente, como es el caso del órgano electoral, ahora con tres cabezas, solamente para beneficiar económicamente a determinadas personas, aún cuando se transgreda la Constitución histórica del Perú.
6. El actual Congreso ha demostrado que no está en aptitud de afrontar en una nueva Constitución problemas de naturaleza técnico jurídica, como por ejemplo, haber consignado en su proyecto de Constitución como fuente formal supletoria de primer grado a los Principios Generales del Derecho, ignorando que el Derecho Positivo nace y se desarrolla en la sociedad mediante usos y costumbres y tiene como destino final a la sociedad.
7. El Congreso de la República ha dado claras muestras que no está en aptitud de establecer en forma eficaz la gratuidad de la administración de justicia, como un servicio fundamental al que tienen derecho todos los peruanos y no solamente los que cuentan con recursos para afrontar las tasas judiciales.
8. Del último informe de Transparencia Internacional aparece que la corrupción en nuestro país se ha incrementado. Solamente hace pocos días, los peruanos hemos recibido con estupor la noticia sobre un hecho de corrupción al más alto nivel de la Administración Pública, como es el haber utilizado el Poder para favorecer a un reducidísimo número de pensionistas comprendidos en la Ley 20530 a quienes se les ha pagado sumas millonarias por concepto de devengados, con un absoluto desprecio por los miles y miles de cesantes y jubilados a quienes no se les paga o se les otorga sumas irrisorias por concepto de pensiones. Dudamos que el Congreso de la República tenga la voluntad de solucionar a nivel constitucional la absurda distinción legal entre trabajadores y pensionistas del Estado en base a la fecha de ingreso al trabajo.
9. No es ético que un pequeño sector de funcionarios y servidores públicos gocen de remuneraciones sumamente altas en un país empobrecido como el nuestro, so pretexto de que se trata de técnicos de alto nivel, cuando en realidad, en la mayoría de los casos se trata del pago de favores políticos, mal histórico de nuestro país, mientras que los maestros, policías, médicos, entre otros servidores del Estado, perciben sumas irrisorias que no les permiten vivir dignamente, lo que hace que se sientan excluidos del Estado de Derecho y de la democracia. En consecuencia, reiteramos nuestro pedido al Poder Legislativo, para que en vez de estar discutiendo la dación de una nueva Constitución para lo cual no está facultado por las razones antes expuestas, se avoque urgentemente a dar una nueva ley de remuneraciones y pensiones que comprenda a todos los funcionarios y servidores del Estado, sean elegidos, designados, nombrados o contratados, comenzando por el Señor Presidente de la República hasta el servidor de último nivel.
10. La pretensión de dar una nueva Constitución por un órgano no facultado para ello, estaría generando una grave inseguridad jurídica y política en el País, no percatándose los señores Congresistas que al someter a referéndum esa nueva Constitución, podría

obtener un rechazo mayoritario de la ciudadanía con graves e imprevisibles consecuencias para el Estado de Derecho.

Si un gobierno *de facto* sin ninguna autorización constitucional ni legal puede convocar a una Asamblea Constituyente, con mayor razón un gobierno democrático, por la especial situación que vive el País, debe convocar a la elección del órgano constituyente o consultar al pueblo mediante referéndum para que decida sobre si desea o no una nueva Constitución. Si el pueblo responde por el sí, será él quien libremente elija a los miembros de la Asamblea Constituyente.

Huaraz, 1° de setiembre de 2002.

Firmas:

Tika Luizar Obregón

Jacinto O. San Martín Arcayo

Aníbal Torres Vásquez

José Meza Untiveros

Marco Sánchez Ponte

Javier Cueva Caballero

Jaime V. Zelada Bartra

Miguel Ali Beltrán Díaz

Aquiles Niño De Guzmán

Tito Leandro García Alfaro

Máximo Sánchez Zamora

Ricardo Vinatea Medina

Luis F. Salvador Gómez

Edwin Sevillano Altuna

IX. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El tema de la reforma constitucional decididamente ha sido afrontado por el Tribunal Constitucional con motivo de la sentencia emitida en el Expediente N° 014-2002-AI/TC. A raíz del proceso de reforma constitucional anunciado hace algunos meses atrás, el Colegio de Abogados del Cusco promovió una Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27600, norma que precisamente había dispuesto autorizar a una Comisión del Congreso a proponer un proyecto de reforma total de la Constitución.

Aunque el petitorio de la demanda se había orientado alrededor de algunos otros aspectos colaterales⁽⁵⁵⁾, queda claro que el principal de ellos consistía en

⁽⁵⁵⁾ En efecto, conforme se desprende del petitorio de la demanda correspondiente, se invocan cuatro aspectos: a) que la norma impugnada no había sido aprobada, como Ley

cuestionar la capacidad del Congreso para proponer el consabido proyecto de reforma, pues se alegaba por los recurrentes que tal atribución sólo podía corresponderle al poder constituyente y específicamente a una Asamblea especial elegida para tal efecto.

El Tribunal Constitucional, a la larga, terminaría por convalidar la Ley cuestionada aunque interpretándola dentro de determinados alcances⁽⁵⁶⁾. Por de pronto, no es que el Congreso se encuentre habilitado para efectuar una reforma constitucional, sino que únicamente *lo está para preparar un proyecto de reforma*. Dicho proyecto, por lo demás, no será un documento final ni mucho menos vinculante, sino tan sólo un elemento a meritarse por parte del titular del poder constituyente, que no es otro que el pueblo mismo.

Con la lógica descrita, queda claro que el pueblo puede, o aprobar el proyecto que se le somete a su conocimiento, o efectuarle añadidos o supresiones, o simplemente rechazarlo de modo definitivo, pues queda claro que la función constituyente recae sobre aquél y no, como equívocamente se ha pensado por algunos, sobre el Congreso de la República.

De otro lado se deja plenamente establecido que aunque el proyecto a elaborarse se puede orientar a la reforma total de la Carta, ello no significa que se ignore la llamada Constitución histórica y en particular los principios reconocidos en la recordada Carta de 1979, con lo cual, resulta evidente que el Alto Tribunal hace suyas las consideraciones en torno a los llamados límites materiales que toda reforma inexorablemente supone.

Orgánica; *b*) que su artículo 1° despromulgaba la Carta de 1993, tras haberse retirado la firma de quien la promulgó; *c*) que su artículo 2 establecía un procedimiento de reforma total de la Constitución que sólo podía ser realizado por una Asamblea Constituyente; y *d*) que so pretexto de reformar la Carta de 1993, se pretendía dictar una nueva Constitución.

⁽⁵⁶⁾ De los comentarios existentes a dicha sentencia pueden mencionarse los trabajos de Luis Sáenz Dávalos: “La posición del Tribunal Constitucional frente a la reforma constitucional. (Reflexiones sobre los alcances, limitaciones e incidencias de la sentencia emitida en el Expediente n° 014-2002-AI/TC)”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, n° 24, febrero, Trujillo, 2003, págs. XXXI-XC; ahora completamente revisada en la *Revista Aequum et Bonum*, Año I, n° 1, Lima, 2003, págs. 325-343; y también el de Eloy Espinosa-Saldaña Barrera: “Análisis crítico de la sentencia emitida sobre la Ley de reforma total de la Constitución”, en Susana Castañeda Otsu (Coordinadora), *Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima, 2003, págs. 535-561.

El Tribunal Constitucional no cree en un proceso de ruptura radical con el pasado constitucional y prefiere apelar a la terminología de “Constitución nueva”, con lo cual acepta la posibilidad de que el proceso de reforma termine en una Constitución distinta, pero sin que ello signifique que la misma represente una reforma total, con todas las implicancias que supone.

En síntesis, el Tribunal, ha querido ser especialmente cuidadoso en su sentencia. No ha cerrado la posibilidad de un cambio, pero tampoco lo ha concebido como una transformación desvinculada absoluta de ciertos referentes de principio o valoración social.

X. LA DECLARACIÓN DE PUNO: LA JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DEL PERÚ

Posteriormente, la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú realizada en la ciudad de Puno los días 8, 9 y 10 de febrero de 2003 acordó (*) que la sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27600, es “aberrante”, entre otras razones por lo siguiente:

- El Tribunal Constitucional ha validado la Ley N° 27600 que dispone la derogatoria de la Constitución vigente, violando el principio elemental de Derecho que dice que una norma jurídica se deroga por otra de igual o de superior nivel.
- Al declarar el Tribunal Constitucional infundada la demanda ha convertido al Congreso de la República en Asamblea Constituyente. De acuerdo con esta sentencia, en el futuro los Congresos van a considerar que ya no solamente son Poderes Legislativos sino Poderes Constituyentes con facultades para dar nuevas constituciones.
- Se incurre en el absurdo de denominar al poder del pueblo, que es el poder soberano, como Poder Constituido.
- Se afirma que la promulgación de la Constitución o de la Ley no es constitutiva sino declarativa, simbólica y accesorio, ignorando que la promulgación

(*) *Vid.* “La voz del Abogado”. Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Edición especial por el día del Abogado, Año VII, Edición N° 22, Lima, 2003.

de una norma jurídica es la última etapa de su creación y que una norma jurídica no hace otra cosa que mandar, ordenar, disponer o permitir algo, todo lo cual se deriva precisamente de la promulgación.

- Sostener que no se trata de una Constitución distinta si es que el Proyecto elaborado por el Congreso respeta el “núcleo duro” de la Constitución histórica y la del 79, es como afirmar que la única Constitución que ha tenido el Perú es la de 1823 y que las otras constituciones son simples reformas de aquella o que el Código Civil peruano de 1984 no es más que una simple reforma del Digesto de Justiniano. No se puede así burlar la inteligencia del pueblo peruano, porque es como decir que si una persona construye una casa con materiales de otras casas destruidas, la que se construye no es una casa nueva sino las mismas casas destruidas.

A continuación se incluye el texto:

JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DEL PERÚ

DECLARACIÓN DE PUNO

Los Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, reunidos en Junta Nacional en la Ciudad de Puno, los días 08, 09 y 10 de febrero del año en curso, emiten la siguiente declaración.

I. REFORMA CONTITUCIONAL

El poder del Estado emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones, formales y materiales, y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

El Congreso de la República es un Poder Constituido que ejerce la representación del titular del Poder Soberano, o sea el Pueblo. Está facultado para legislar y reformar parcialmente la Constitución, pero no para dar nueva Constitución. Porque no es Poder Constituyente.

Los peruanos constatamos que el Congreso de la Republica no está modificado tal o cual artículo o capítulo de la Constitución vigente, sino que está redactando un nuevo texto constitucional sin ser Asamblea Constituyente. No es ético decirle al pueblo peruano que se está modificando la Constitución cuando lo que se pretende es dar una nueva Constitución.

La Constitución de 1993, fue promulgada por un ciudadano extranjero y además es el producto de un referéndum fraudulento. Si bien es cierto que el Congreso de la República puede elaborar su Proyecto de Constitución, también es verdad que este Proyecto de Constitución al ser sometido al veredicto popular va a ser rechazado por el pueblo peruano que está

tomando conciencia de sus derechos, de los cuales ahora no se le podrá arrebatar. En todo caso, una Constitución creada por el Congreso de la República tendría una duración efímera. Por ello, es necesario contar con una nueva Constitución que elimine males históricos y que contribuye a la construcción de un Estado de Derecho para todos los peruanos, Constitución que cuente con la estabilidad política, jurídica, económica y social. Esa Constitución no puede ser creada sino por un Poder Constituyente cuyos integrantes deberán ser elegidos soberanamente por el pueblo.

La sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27600, es aberrante, entre otras razones, por lo siguiente:

- a) El Tribunal Constitución ha validado la Ley N° 27600 que dispone la derogatoria de la Constitución vigente, violando el principio elemental de Derecho que dice que una normal jurídica se deroga por otra de igual o superior nivel.
- b) El Tribunal Constitucional, no obstante reconocer que solamente compete a una Asamblea Constituyente el dar una nueva Constitución, al declarar infundada la mencionada demanda ha convertido al Congreso de la República en Asamblea Constituyente. De acuerdo con esta sentencia, en el futuro los Congresos de la República van a considerar que ya no solamente son Poderes Legislativos sino Poderes Constituyentes con facultades para dar nuevas constituciones.
- c) Se incurre en el absurdo de denominar al poder del pueblo, que es el poder soberano, como Poder Constituido.
- d) Se afirma que la Promulgación de la Constitución o de la Ley no es constitutiva sino declarativa, simbólica y accesorio, ignorando que la promulgación de una norma jurídica es la última etapa de su creación y que una norma jurídica no hace otra cosa que mandar, ordenar, disponer o permitir algo, todo o cual se deriva precisamente de la promulgación.
- e) Sostener que no se trata de una Constitución distinta si es que el proyecto elaborado por el Congreso respeta el “núcleo duro” de la Constitución histórica y la del 79, es como afirmar que la única Constitución que ha tenido Perú es la de 1823 y que todas las otras constituciones son simples reformas de aquella o que el Código Civil peruano de 1984 no es más que una simple reforma del Digesto de Justiniano. No se puede así burlar la inteligencia del pueblo peruano, porque es como decir que si una persona construye una casa con materiales de otras casas destruidas, la que se construye no es una casa nueva sino las mismas casas destruidas.

Rendimos homenaje al Magistrado Manuel Aguirre Roca quien en su voto singular, en forma irrefutable, sostiene: “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”. El Congreso, según el

Art. 206, tiene atribuciones para introducir cambios en la Constitución vigente; pero si se trata de preparar una nueva Constitución, el Congreso no tiene facultades necesarias para elaborarla y aprobarla. Quien la tiene, en tal caso, es el pueblo, el mismo 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.

Una Asamblea Constituyente, cualquiera sea la denominación que se le de, crea una nueva Constitución con miras a que tenga una larga duración, no para que sea sustituida prontamente por otra. Por tanto, el Constituyente, como sucedió con el Congreso Constituyente de 1993, cuando habla de reforma es para que se haga enmiendas en su Constitución y no para que se sustituya por una nueva. Esta es la razón por la que los Congresos Constituyentes, excepto algunos, no establecen la forma por la cual debe ser sustituida la Constitución.

Por las razones precedentes y considerando que si el pueblo en la consulta popular rechaza el Proyecto de Constitución elaborado por el Congreso, estamos seguros que así será, quedará vigente la Constitución del '93, que por su origen espurio debe ser sustituida por otra, razón por la que la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú **TOMA LA DECISIÓN DE INICIAR LA RECOLECCIÓN DE FIRMAS CON MIRAS A LA CONVOCATORIA DE UNA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.**

...

Puno, 10 de febrero del año 2003.

Luis Alberto Mena Núñez

Aníbal Torres Vásquez

Héctor Estrada Choque

Marco Sánchez Ponte

Ladislao Sotomayor Paniagua

James Fernández Salguero

Norma Huanchuari Palomino

Tito García Alfaro

Federik R. Rivera Berrospi

José Meza Untiveros

Dante Gutiérrez Martínez

Miguel A. Arana Cortez

Ricardo Vinatea Medina

Miguel Ali Beltrán Díaz

Elizabeth Rodríguez Moretti

XI. CONCLUSIONES PROVISIONALES

A la vista de lo que venimos diciendo, y tomando como norte los dictados constitucionales, importa señalar, amén de otras, las siguientes conclusiones:

1. Desde un punto de vista sistemático, no quepa duda alguna que la técnica de la reforma constitucional (como concepto derivado del de Constitución, decía Carl Schmitt) es un ejercicio más de la democracia representativa, en la inteligencia que los actores políticos (parlamentarios, constituyentes) respeten el sentido y la voluntad de la norma y de la realidad constitucional.
2. El *modus operandi* de la reforma constitucional, como un procedimiento normativamente regulado, adapta el texto constitucional a la cambiante dinámica realidad política, producto de la actividad de los agentes sociales (como únicos depositarios de la soberanía nacional) a través de la Constitución material. Por ello, la iniciativa de la reforma debe respetar el sentir del poder constituyente originario, y de sus manifestaciones de voluntad.
3. El mecanismo de la reforma constitucional⁽⁵⁷⁾ se propone desarrollar un balance permanente y positivo entre las necesidades de una verdadera estabilidad jurídico-constitucional y los permanentes requerimientos de cambio político. Para ello se debe tener presente que la norma constitucional no nace *in vitro*, sino al fluir de las exigencias de la comunidad política, quien ostenta –verdadero privilegio– la legitimidad democrática.
4. También resulta preciso señalar que la Constitución, en tanto es Ley suprema, incluye dentro de su seno las vigas maestras del ordenamiento jurídico, y sobre este edificio tendrá que construirse el tan ansiado *Estado Constitucional*. Y si la reforma constitucional, en el orden práctico, no ha respetado –error antidemocrático– el mecanismo a seguir, dicha Constitución está inevitablemente sentenciada a desaparecer.

⁽⁵⁷⁾ Según Carl Schmitt, lo cual nos parece acertadísimo, la palabra “reforma constitucional” (revisión) es inexacta porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones *legal*-constitucionales. Sin embargo, el teórico alemán recomienda conveniente consignar la expresión por ser usual hoy.

5. La reforma constitucional ⁽⁵⁸⁾ no puede obviar el proceso de mundialización de las ideas democráticas y las transformaciones (una suerte de eclosión dirá Néstor Pedro Sagüés) del Derecho Constitucional, el cambio político y la revertebración del orden constitucional y que se pueden traducir en los siguientes aspectos: *a)* la globalización, *b)* la apertura de fronteras, *c)* la relativización de los términos “Constitución” y “soberanía”, *d)* el despegue del Derecho Internacional de los derechos humanos, y como tal, el reconocimiento y cumplimiento de los Estados-parte de los tratados, pactos, protocolos, convenios, convenciones o instrumentos donde se reafirman en definitiva, el principio de dignidad de la persona humana como el valor moral más importante que tiene el hombre, y *e)* la función creadora y poderes absolutos del juez de la constitucionalidad, en su condición de operador intérprete *per se*, sobre la base de la actividad jurisdiccional que le toca desarrollar, mediante la integración y la creación (*iuris dictio*) del Derecho.
6. En buena medida, el principio democrático de la participación popular como basamento en los procesos de reforma constitucional, mejor dicho, la participación del pueblo (como titular del poder constituyente) es fundamental, ora en el momento de la iniciativa, ora en el momento de la ratificación a través del referéndum, sin trastocar el entramado organizativo.
7. Finalmente, parafraseando a José Ortega y Gasset: “Si las constituciones deben ser como el galgo, o sea piel y huesos, ¿a qué llenarlas de tejido adiposo?”. Tal aserto es válido al momento de llevar adelante el procedimiento de la reforma constitucional, y como consecuencia de ello afianzarse el sentimiento constitucional (*Verfassungsgefühl*).

⁽⁵⁸⁾ Una visión completa y exhaustiva se puede consultar en Javier Pérez Royo: *La reforma de la Constitución*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. El capítulo 1º de dicho libro se ha publicado con el siguiente título: “La reforma de la Constitución en la tradición americana”, en Revista *Aequum et Bonum*, Año I, nº 1, Lima 2003, págs. 51-62. Del mismo autor sevillano se puede revisar los comentarios que realiza a los artículos 166, 167, 168 y 169 de la Constitución de España de 1978, en Oscar Alzaga Villaamil (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, págs. 413-513. También, *vid.* Pablo Pérez Tremps: “El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España”, en AA.VV. *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, t. II, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 873-888, en especial el desarrollo de la función que le tocó desempeñar al Tribunal Constitucional en su día.

APÉNDICE § I

La reciente reforma constitucional en Cuba del 26 de junio de 2002: un caso singular ^(*)

Un caso bastante especial es el que nos ofrece el modelo de reforma adoptado por la Constitución cubana de 1976 hace unos pocos meses. En efecto, una rápida ojeada de los contenidos que se propugna, a través de la consabida Ley de Reforma Constitucional del 26 de junio de 2002, nos permite apreciar que dicho país ha incorporado a sus técnicas reformatorias las llamadas *cláusulas pétreas, eternas* o de *intangibilidad*, disposiciones que como bien se sabe, apuntan a garantizar un estado de invulnerabilidad o irreversibilidad en los contenidos constitucionales. Prueba irrefutable de que dicho esquema es adoptado por el modelo en mención se corrobora desde la sola supresión a toda referencia de las llamadas reformas totales o parciales originalmente reconocidas como opciones modificatorias en el texto primigenio del artículo 137 de la Constitución cubana y su sustitución por un texto genérico, que a pesar de reconocer la capacidad reformatoria, la somete a evidentes condicionamientos.

Si cabe hablar así para el nuevo texto, queda claro que si bien la Constitución puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, tal procedimiento de ninguna forma puede recaer sobre el *sistema político, económico y social*, cuyo carácter irrevocable ha quedado establecido en el artículo 3 del Capítulo I. Dicho sea de paso, tampoco y por otra parte se puede aventurar una reforma cuando ésta pretenda desconocer la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

(*) Acerca de los textos constitucionales en el devenir de su historia, *vid.* Andrés M^a. Lazcano y Mazón: *Las constituciones de Cuba*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952. Antecede Prólogo de Manuel Fraga Iribarne. También, el libro: *Constituciones cubanas desde 1812 hasta nuestros días*, edición e introducción de Leonel-Antonio de la Cuesta y recopilación bibliográfica de Rolando Armando Alum Linera, Ediciones Exilio, New York, 1974. La Constitución de 1901 se puede consultar también en *Constituciones de Europa y América*, t. II, selección de textos vigentes, traducción y notas de Nicolás Pérez Serrano y Carlos González Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, págs. 39-75. Antecede Estudio preliminar de Adolfo G. Posada.

Que, como complemento a lo expuesto, la Ley de Reforma Constitucional haya establecido que: “El socialismo y el sistema político y social revolucionario... probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido... es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo” (adición al texto del artículo 3) o que: “Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera” (adición al texto del artículo 11); no hace sino reflejar, al margen del calibrado matiz ideológico (explicado y entendido, dadas las peculiares características gubernamentales, todavía vigentes, de dicho país) una férrea voluntad de dotar a la Constitución cubana de mecanismos que aseguren su pervivencia de fondo, por encima de eventuales procedimientos de modificación futura.

Si, en todo caso, la opción acogida no es practicable —engañosa, por tanto, sino errónea— dependerá en buena medida no sólo de la existencia de mecanismos jurídicos complementarios (un eventual control constitucional de las reformas, hasta hoy inexistente en dicho país) sino de la propia concepción de *soberanía popular* que en un futuro no muy lejano se maneje. Sin embargo, eso es algo en lo que por ahora no se puede hacer mayores especulaciones, salvo las que aparecen objetivamente en el documento examinado.

He aquí el texto:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE CUBA DEL 26 DE JUNIO DE 2002

Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular

HAGO SABER: Que la Asamblea Nacional del Poder Popular en Sesión Extraordinaria celebrada el día 26 del mes de junio de 2002, en votación nominal, conforme a las reglas que establece en su Capítulo XV, Artículo 137, la Constitución de la República, adoptó por unanimidad el Acuerdo No. - mediante el cual habilitó la siguiente Ley de Reforma Constitucional:

POR CUANTO: El pueblo de Cuba, titular del poder soberano del Estado y por ende del poder constituyente de la nación, que se traduce en la Constitución vigente cuyo anteproyecto original, discutido y analizado por millones de personas que aportaron sus ideas y modificaciones al texto presentado, posteriormente aprobada en referendo nacional mediante el voto

libre, directo y secreto del 97,7% de los electores que acudieron a las urnas y proclamada el 24 de febrero de 1976.

...

POR CUANTO: El pueblo de Cuba, en un proceso plebiscitario popular, puesto de manifiesto en la Asamblea Extraordinaria de las direcciones nacionales de las organizaciones de masas, actos y marchas a todo lo largo y ancho del país, donde participaron más de nueve millones de personas y luego mediante la firma pública y voluntaria de 8'198,237 de electores, han solicitado a la Asamblea Nacional del Poder Popular reformar la Constitución de la República.

POR TANTO: La Asamblea Nacional del Poder Popular, expresando la voluntad del pueblo de Cuba y en uso de la potestad que le confiere el Artículo 70 y en correspondencia con el inciso *a*) del Artículo 75 y el Artículo 137, todos de la Constitución de la República, acuerda la siguiente:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo 1: Se modifica el Capítulo I, Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado del modo que sigue:

- a*) Adicionar un párrafo al final del Artículo 3.
- b*) Adicionar un párrafo al final del Artículo 11.

Los que quedan redactados de la forma siguiente:

Artículo 3.- En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes.

Ricardo Alarcón leyó el proyecto que fue aprobado en la sesión extraordinaria.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución.

El socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en esta Constitución, probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido y habiendo demostrado su capacidad de transformar el país y crear una sociedad enteramente nueva y justa, es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo.

Artículo 11.- El Estado ejerce su soberanía:

- a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre éstos se extiende;
- b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;
- c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional.

La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial.

Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier otro Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Artículo 2: Se modifica el Capítulo XV, Reforma Constitucional, en la forma siguiente:

- a) Suprimir en el Artículo 137, primer párrafo, las palabras: "...total o parcialmente..." y en el segundo párrafo, las palabras: "...es total o...".
- b) Adicionar al final del primer párrafo del Artículo 137: "...excepto en lo que se refiere al sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el Artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera".

El cual queda redactado de la manera que sigue:

Artículo 137.- Esta Constitución solo puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, excepto en lo que se refiere al sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el Artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

Artículo 3 : Adicionar al final del texto constitucional, luego del Capítulo XV, Artículo 137, una Disposición Especial, que exprese lo siguiente:

DISPOSICIÓN ESPECIAL.- El pueblo de Cuba, casi en su totalidad, expresó entre los días 15 y 18 del mes de junio de 2002, su más decidido apoyo al proyecto de reforma constitucional

propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de todas sus direcciones nacionales que había tenido lugar el día 10 del propio mes de junio, en el cual se ratifica en todas sus partes la Constitución de la República y se propone que el carácter socialista y el sistema político y social contenido en ella sean declarados irrevocables, como digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos el 20 de mayo de 2002.

Todo lo cual fue aprobado por unanimidad, mediante el Acuerdo No. - adoptado en sesión extraordinaria de la V Legislatura, celebrada los días 24, 25 y 26 del mes de junio de 2002.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA: Teniendo en cuenta las modificaciones realizadas por esta Ley de Reforma Constitucional, corriójase en lo pertinente e imprímase íntegramente en un solo texto con carácter oficial la Constitución de la República de Cuba con las reformas aquí aprobadas y en el correspondiente texto único consígnese las fechas y demás datos de la presente Reforma.

SEGUNDA: Se derogan cuantas disposiciones legales se opongan al cumplimiento de lo establecido en la presente Ley.

TERCERA: Esta Ley de Reforma Constitucional comenzará a regir a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.

Dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Palacio de las Convenciones, Ciudad de La Habana, a los 26 días del mes de junio de 2002, “Año de los Héroes Prisioneros del imperio”.

APÉNDICE § II

Comisión Andina de Juristas

Pronunciamiento (*)

RETOMAR EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA CONSOLIDAR LA DEMOCRACIA

Ante el Proyecto recientemente presentado por el Poder Ejecutivo a fin de impulsar una reforma constitucional con el objetivo de modificar determinados

(*) Diario “El Comercio”, 26 de abril de 2004.

aspectos del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, la Comisión Andina de Juristas expresa a la opinión pública lo siguiente:

1. Criterios de justicia y equidad, hacen aconsejable y necesarias las modificaciones constitucionales que hagan posible un régimen pensionario equilibrado, distributivo y financiado, de modo que sin perjuicio de los derechos adquiridos, se halle una fórmula que atienda a todas las personas que acceden a derechos pensionarios, sin perder de vista que éstos pertenecen al campo de los derechos humanos.
2. Al mismo tiempo, la CAJ estima que conviene a la salud democrática del país, retomar el proceso de reforma constitucional impulsado a partir de la Ley N° 27600, que fuera suspendido “temporalmente” el 24 de abril del 2003. Desbloquear el citado proceso y avanzar en una reforma constitucional que supere las graves deficiencias y limitaciones de la Constitución de 1993, es una condición razonable para el fortalecimiento de la institucionalidad en el Perú.
3. No concluir con el proceso de reforma constitucional en marcha significa, en la práctica, prolongar innecesariamente la transición democrática con la consiguiente inestabilidad jurídica, política, económica y social que ello supone.
4. Es un atraso y un riesgo para el país que el gobierno que resulte elegido en las elecciones del año 2006 tenga que ejercer sus competencias en el marco político de la Constitución autoritaria de 1993, Constitución originada de un golpe de Estado y subordinada a la perpetuación en el poder del entonces gobernante Alberto Fujimori. El Perú no merece pasar por la vergüenza de mantener por más tiempo una Constitución antidemocrática. Está en manos de la clase política evitar que ello ocurra.

Lima, 26 de abril del 2004.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

– A –

Aguilar Mendoza, Narda Rosa: 31.
Aguirre Roca, Manuel: 68.
Aja, Eliseo: 44 (n. 34).
Aláez, Benito: 55 (n. 52).
Alberdi, Juan B.: 14.
Alum Linera, Rolando Armando: 72 (n.).
Alva Orlandini, Javier: 9, 30 (n. 1).
Álvarez Thomas, Ignacio: 12.
Alzaga Villamil, Oscar: 71 (n. 58).
Amadeo, Mario: 13 (n. 1).
Arana Cortez, Miguel A.: 69.
Ayala, Francisco: 36 (n. 12 y 14).

– B –

Bachof, Otto: 56 (n. 54).
Balaguer Callejón, Francisco: 33 (n. 8), 34.
Baratta, Alessandro: 39 (n. 21).
Barile, Paolo: 43.
Bartole, Segio: 50 (n. 45).
Beltrán Díaz, Miguel Ali: 64, 69.
Bergareche Gros, Almudena: 48 (n. 41).
Bidart Campos, Germán J.: 37 (n. 17), 39 (n. 20), 40 (n. 24), 41 (n. 25), 42 (n. 27).
Brewer-Carías, Allan R.: 25 (n. 22).

Bryce, James: 44 (n. 32).
Burgoa, Ignacio: 44 (n. 33).

– C –

Cabo Martín, Carlos de: 34 (n. 9).
Carbonell, Miguel: 33 (n. 6).
Carpio Marcos, Edgar: 29 (n.).
Carrié, Julio: 23 (n. 18).
Castañeda Otsu, Susana Inés: 65 (n. 56).
Chasey, Harold W.: 15 (n. 9).
Corwin, Edward S.: 15 (n. 9), 22 (n. 17).
Cuesta, Leonel-Antonio de la: 72 (n.).
Cueva Caballeros, Javier: 64.

– D –

Dalla Vía, Alberto Ricardo: 36 (n. 13).
Delgado Azañero, Elio: 30.
Ducat, Craig R.: 15 (n. 9).
Dworkin, Ronald: 19, 20 (n. 13).

– E –

Easton, David: 22.
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: 65 (n. 56).

Estrada Choque, Héctor: 69.
Eto Cruz, Gerardo: 32 (n. 4), 36.

– F –

Fayt, S.: 13 (n. 4).
Fernández Salguero, James: 69.
Fernández Segado, Francisco: 29.
Fix-Fierro, Héctor: 32 (n. 4).
Förster, Christian: 46 (n. 37).
Fraga Iribarne, Manuel: 72 (n.).
Fujimori Fujimori, Alberto: 8, 77.

– G –

García Alfaro, Tito Leandro: 64, 69.
García Belaunde, Domingo: 7 y ss., 29 (n.), 31 (n. 3), 52 (n.), 56.
García de Enterría, Eduardo: 37 (n. 17), 39 (n. 20 y 21), 40 (n. 24), 43 (n. 28 y 30).
Goldschmidt, Werner: 16 (n. 10).
González Posada, Carlos: 72 (n.).
Grimm, Dieter: 39 (n. 21).
Groppi, Tania: 53 (n. 48).
Guastavino, Marta: 20 (n. 13).
Gutiérrez Martínez, Dante: 69.

– H –

Häberle, Peter: 32 (n. 4), 46.
Hamilton, Alexander: 53.
Henríquez Franco, Humberto: 31 (n. 3).
Hesse, Konrad (Conrado): 13, 22.
Hsü Dau-Lin: 46.
Huancahuari Palomino, Norma: 69.

– I –

Idrogo Delgado, Teófilo: 9, 30 (n. 1).

– J –

Jackson, Andrew: 53.
Jellinek, Georg: 46.

– K –

Kelsen, Hans: 38 (n. 19), 50.

– L –

Laband, Paul: 46.
Lassalle, Ferdinand: 44, 45.
Lazcano y Mazón, Andrés M^a: 72 (n.).
Leal, Aníbal Carlos: 15 (n. 9), 22 (n. 16), 64.
Lege, Joachim: 37 (n. 16).
Linares Quintana, Segundo V.: 13 (n. 1, 3 y 4), 14 (n. 6), 23 (n. 18), 55 (n. 51), 56 (n. 53).
Lincoln, Abraham: 14.
López Pina, Antonio: 13 (n. 2).
Lucas Verdú, Pablo: 33 (n. 7), 44 (n. 32), 46 (n. 36 y 37).
Luizar Obregón, Tika: 64.

– M –

Mac-Mahon, Edme Patrice Maurice: 47.
Marsahll, John: 13, 40 (n. 23), 53.
Medina Medina, Wilson Vitaliano: 31.
Mena Núñez, Luis Alberto: 69.
Mendoza Escalante, Mijail: 29 (n.).
Meza Untiveros, José: 64, 69.
Mortati, Costantino: 48, 49, 51.

– N –

Nacarino Carrión, Julio Javier: 31.
Nieto, Alejandro: 41 (n. 26).
Niño de Guzmán, Aquiles: 64.

— O —

Oloque Labastida, José J.: 14 (n. 7).
 Orbegoso Venegas, Sigifredo: 36 (n. 15).
 Ortega y Gasset, José: 71.
 Otto Pardo, Ignacio de: 39 (n. 21), 41 (n. 24),
 43 (n. 28 y 30).

— P —

Pace, Alessandro: 33 (n. 7).
 Palomino Manchego, José F.: 7, 8, 29 y ss.
 Pantoja Morán, David: 36 (n. 12).
 Paz Soldán, Mariano Felipe: 30 (n. 2).
 Paz Soldán, Mateo: 30.
 Pérez Royo, Javier: 39 (n. 21), 41 (n. 24), 71
 (n. 58).
 Pérez Serrano, Nicolás: 35, 72 (n.).
 Pérez Tremps, Pablo: 71 (n. 58).
 Pilatos, Poncio: 16.
 Pina, Rolando E.: 42 (n. 27), 43 (n. 29).
 Posada, Adolfo G.: 53 (n. 47), 72 (n.).
 Pritchett, Herman: 53 (n. 48).

— R —

Raitzin, Mario: 23 (n. 19).
 Rivera Berrospi, Federik R.: 69.
 Roces, Wenceslao: 44 (n. 34).
 Rodríguez, Fausto: 54 (n. 49).
 Rodríguez Moretti, Elizabeth: 69.
 Rouzaut, Adolfo R.: 36 (n. 13).
 Rubio Llorente, Francisco: 39 (n. 21).

— S —

Sáenz Dávalos, Luis: 29 (n.), 54 (n. 50), 65 (n.
 56).
 Sagüés, Néstor Pedro: 7, 11 y ss., 21 (n. 15),
 22 (n. 16), 23 (n. 20), 24 (n. 21), 25 (n.
 23), 30 (n. 1), 42 (n. 27), 46 (n. 36), 71.

Salvador Gómez, Luis F.: 64.
 San Martín, José de: 12.
 San Martín Arcayo, Jacinto O.: 64.
 Sánchez Ponte, Marco: 64, 69.
 Sánchez Viamonte, Carlos: 40.
 Sánchez Zamora, Máximo: 64.
 Schmitt, Carl: 35, 55, 70 (n. 57)
 Schwartz, Bernard: 14.
 Serna de la Garza, José María: 53 (n. 48).
 Sevillano Altuna, Edwin: 64.
 Sieyès, Emmanuel: 36.
 Smend, Rudolf: 46 (n. 38).
 Sotomayor Paniagua, Ladislao: 69.

— T —

Tajadura Tejada, Javier: 29 (n.).
 Torres del Moral, Antonio: 53 (n. 47).
 Torres Vásquez, Aníbal: 35 (n. 11), 69.

— V —

Valadés, Diego: 32 (n. 4), 36 (n. 13).
 Valle-Riestra, Javier: 31 (n. 3).
 Vanossi, Jorge Reinaldo A.: 36 (n. 13).
 Varela, Joaquín: 33 (n. 7).
 Vega, Pedro de: 46.
 Vernengo, Roberto J.: 38 (n. 19).
 Vidal, Gore: 8.
 Villacorta Michelena, Alberto: 31 (n. 3).
 Vinatea Medina, Ricardo: 64, 69.

— W —

Wilson, Thomas Woodrow: 22, 23 (n. 18), 53.

— Z —

Zagrebelsky, Gustavo: 48 (n. 39 y 41), 51 (n.
 46).
 Zelada Bartra, Jaime V.: 64.

Notas

Notas

Notas

Notas

Este libro se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
(E-mail: grijley@terra.com.pe),
el día 19 de abril de 2005, al conmemorarse el
aniversario del fallecimiento († Berkeley, 19-IV-1973)
del jurista Hans Kelsen (n. Praga, 11-X-1881).

VIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

22 - 23 - 24 / SETIEMBRE
AREQUIPA, 2005

Comisión organizadora

- Domingo García Belaunde
- José F. Palomino Manchego
- Luis Velando Puertas
- Enrique Angulo Paulet
- Jorge Luis Cáceres Arce
- Gerardo Eto Cruz
- Eloy Espinosa-Saldaña Barreda
- Edgar Carpio Marcos
- Walter Márquez Camacho
- Jhonny Tupayachi Sotomayor

Organizan:

- Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María - Arequipa
- Colegio de Abogados de Arequipa

Auspicia:

- Asociación Peruana de Derecho Constitucional



APDC

