

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**EL PODER CONSTITUYENTE Y LA REFORMA DE
LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Cuaderno de Trabajo N° 17

José Omar Cairo Roldán
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

Septiembre, 2010

Décimo séptimo Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”

© José Omar Cairo Roldán

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Primera Edición
Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2010-11666
ISBN: 978-612-4057-22-9

Impreso en los Talleres de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Septiembre, 2010

INTRODUCCIÓN

Omar Cairo Roldán ()*

La democracia constitucional es un sistema político cuya finalidad es la protección de los derechos de las personas. En cada país, este sistema se individualiza en estructuras organizativas concretas (denominadas **formas de gobierno** o **regímenes políticos**) contenidas en su **Constitución**. Este instrumento normativo, además, contiene el reconocimiento de los derechos a ser protegidos mediante el funcionamiento de las instituciones constitucionales.

Debido a que la democracia constitucional es un sistema que expresa el autogobierno de las personas, uno de sus elementos fundamentales es el **Poder Constituyente**, es decir, la atribución que corresponde a los gobernados de elaborar la **Constitución** de su sociedad política. Esta **Constitución** puede ser objeto de modificaciones motivadas por los cambios que se producen en dicha sociedad. El instrumento para realizarlas es la **Reforma Constitucional**.

En el presente **Cuaderno de Trabajo** revisaremos, en primer lugar, el tratamiento que el Tribunal Constitucional peruano le ha brindado tanto al **Poder Constituyente** como a la **Reforma Constitucional**. Con este punto de partida, intentaremos una aproximación al significado de estos dos conceptos fundamentales del Derecho Constitucional.

*El autor es Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor Ordinario Asociado de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Lima, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y Abogado Asociado del Estudio Monroy Abogados.

I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER CONSTITUYENTE:

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado las siguientes afirmaciones concernientes al significado del Poder Constituyente:

1. Que suele considerarse Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional.¹
2. Que el Poder Constituyente no excluye la existencia previa de un Estado y que, en tales supuestos, más que una fuente de creación, es una fuerza de transformación.²
3. Que el Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es **único**, **extraordinario** e **ilimitado**. Sostiene el Tribunal que es un poder **único** como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Afirma que es un poder **extraordinario**, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional y que, como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución). Considera que es un poder **ilimitado**, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.³
4. Que el Poder Constituyente por principio no está sujeto a límites jurídicos.⁴
5. Que al Poder Constituyente no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder *extra ordinem*, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.⁵
6. Que la elaboración de la Constitución no se encuentra sujeta a normas que disciplinen su proceso de creación (pues es algo que se autoimpone el Poder Constituyente; no es más que mero voluntarismo de autorrestricción sin consecuencias jurídicas).⁶
7. Que el Poder Constituyente no puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Sin embargo, el Tribunal sostiene que esto no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución, pues ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional.⁷

¹ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 58)

² Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 59)

³ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 60)

⁴ Sentencia del Expediente N° 014-2003-AI/TC (Fundamento 4)

⁵ Sentencia del Expediente N° 014-2003-AI/TC (Fundamento 17)

⁶ Sentencia del Expediente N° 014-2003-AI/TC (Fundamento 19)

⁷ Sentencia del Expediente N° 014-2003-AI/TC (Fundamento 17)

8. Que la razón fundamental por la que se admite una concentración de facultades alrededor del Poder Constituyente responde al objetivo de regular jurídicamente al Estado sobre la base de una Constitución, norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe.⁸
9. Que el Poder Constituyente, durante su misión constructora, puede incurrir en omisiones, pues por principio, si sus criterios y proyecciones devienen como producto de un momento histórico determinado y no de una permanente voluntad evolutiva, el resultado constitucional viene siempre impregnado de una cierta dosis de relatividad histórica.⁹
10. Que el artículo 32 inciso 1) de la Constitución Política del Perú ha constitucionalizado la función constituyente¹⁰, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, pero no ha previsto quién la pueda ejercer.¹¹
11. Que no es lo mismo hablar de la constitucionalización de la **función constituyente**, prevista en el artículo 32 de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el **poder constituyente**. Sostiene el Tribunal que la primera alude a una capacidad de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional, mientras que la segunda alude, en cambio, al sujeto o al órgano titular de esa función, esto es, al **Poder** que está autorizado a llevarla a cabo.¹²
12. Que el Poder Constituyente no sólo puede expresarse mediante una Asamblea Constituyente, esto es, a través de un órgano de representación, sino también en forma directa.¹³
13. Que, si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano *ad hoc* es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo.¹⁴
14. Que, el referéndum es la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente.¹⁵

⁸ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 64)

⁹ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 67)

¹⁰ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 102)

¹¹ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 106)

¹² Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 104)

¹³ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 110)

¹⁴ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 112)

¹⁵ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 115)

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN:

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha realizado las siguientes afirmaciones respecto al significado de la Reforma de la Constitución:

1. Que el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado.¹⁶
2. Que el carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio.¹⁷
3. Que el que se asuma que el poder de reforma constitucional tiene connotaciones formales, no significa que se excluya la legitimidad de aquellas reformas a las que la doctrina califica de informales o de auténticas “**mutaciones constitucionales**”. El Tribunal Constitucional también sostiene que se trata de distinguir entre mutación (reforma informal legítima) y desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto constitucional.¹⁸
4. Que, los límites que caracterizan al órgano reformador pueden ser formales y materiales.¹⁹
5. Que los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. El Tribunal afirma que, en esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

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

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

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental.”²⁰

¹⁶ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 35)

¹⁷ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 69)

¹⁸ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 70)

¹⁹ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 72)

²⁰ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 72)

6. Que los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución, y que con ellos se indica la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.²¹
7. Que los límites materiales están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Según el Tribunal, estos límites materiales puede ser de dos clases:

“i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquellos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, el artículo 183° de la Constitución de 1839, el artículo 142° de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la “destrucción” de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.”²²

8. Que desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Para sustentar esta afirmación el Tribunal cita a Carl Schmitt en los siguientes términos:

“(…). Como expresa Carl Schmitt (Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid 1982, Pág. 119), “Una facultad de ‘reformar la Constitución’, atribuida a una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: La facultad de reformar la Constitución contiene pues, tan solo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional”.²³

9. Que el artículo 206 de la Constitución Política del Perú no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales.²⁴
10. Que el artículo 32 de la Constitución Política del Perú constitucionaliza que la reforma pueda ser total.²⁵

²¹ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 74)

²² Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 76)

²³ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 79)

²⁴ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 87)

²⁵ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 88)

11. Que, en cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal, el factor numérico de los artículos no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total, y tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por tanto, el Tribunal considera que ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama “núcleo duro” de la Constitución (o la Constitución histórica) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.²⁶
12. Que, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993; en cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquella que no modifica tales principios y fundamentos.²⁷
13. Que, si la competencia de reformar parcialmente la Constitución tiene límites, de cuya observancia depende su validez, éstos no pueden extenderse a la hipótesis de la reforma total.²⁸
14. Que una cosa es que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre impedido de aprobar *per se* una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un “proyecto” de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza.²⁹
15. Que, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse mediante una Asamblea Constituyente soberana, o con la instalación de una Asamblea Constituyente, pero condicionando su obra a la aprobación del Poder Constituyente, ello no impide que, en un ordenamiento como el peruano, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum.³⁰

²⁶ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 122)

²⁷ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 123)

²⁸ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 100)

²⁹ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 109)

³⁰ Sentencia del Expediente N° 0014-2002-AI/TC (Fundamento 113)

III. EL PODER CONSTITUYENTE:

III.1. EL SIGNIFICADO DEL PODER CONSTITUYENTE:

III.1.1. EL PODER CONSTITUYENTE COMO SUSTENTO DE CUALQUIER SISTEMA POLÍTICO:

Algunos autores consideran al **Poder Constituyente** como un elemento que fundamenta la existencia de cualquier sistema político. Desde esta perspectiva, Riccardo Guastini comprende al Poder Constituyente en los siguientes términos:

“La noción de poder constituyente – si es oportunamente depurada de incrustaciones ideológicas – se define, simplemente, por oposición a la de poder constituido.

Se llama “constituido” a todo poder “legal”, es decir, conferido y disciplinado por normas positivas vigentes (y ejercidas de conformidad con ellas). Las normas que provienen de un poder constituido encuentran su fundamento de validez en las normas sobre la producción jurídica vigentes.

Se llama por el contrario “constituyente” al poder de instaurar una “primera” Constitución.

Llamo “primera Constitución” a toda Constitución que no encuentre su fundamento de legitimidad en una Constitución precedente. Una primera Constitución es en suma una Constitución emanada extra ordinem – fruto de una revolución – y por tanto privada de fundamento de validez en normas (las eventuales normas sobre la producción constitucional) propias del ordenamiento constitucional precedente.”³¹

El concepto de Constitución que Riccardo Guastini utiliza – correspondiente con su idea de Poder Constituyente - es el siguiente:

“En general, se puede convenir en que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: a) las que determinan la llamada “forma de Estado”; b) las que determinan la “forma de gobierno”; y c) las que disciplinan la producción normativa.

Es evidente que, desde este punto de vista, todo Estado tiene necesariamente su propia Constitución. Puede tratarse de una Constitución liberal o iliberal. Puede tratarse de un conjunto de normas escritas o consuetudinarias. Estas normas, si son escritas, pueden estar o no recogidas en un único documento. Pero, en todo caso, todos los Estados están provistos de una Constitución de cualquier tipo.

Este concepto de Constitución es característico del positivismo jurídico moderno, y es el que habitualmente se adopta hoy día por los estudiosos del derecho público.

A diferencia del originario, este concepto de Constitución (“Constitución” en sentido liberal) es un concepto políticamente “neutro”: una Constitución es tal con independencia de su contenido político (liberal, iliberal, democrático, autocrático, etcétera).”³²

Esta opción interpretativa de los significados del Poder Constituyente y de la Constitución no es nueva. A comienzos del siglo XX, Carl Schmitt sostuvo que 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 propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”*³³. Y como punto de

³¹ GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. En: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 23-24.

³² GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. En: Op. Cit., p. 18.

³³ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 93-94.

partida de esta definición utilizó un concepto de Constitución, según el cual ésta contiene sólo *“la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política”*³⁴. Esta forma de conjunto, según Schmitt, puede corresponder a cualquier sistema político. Así, Carl Schmitt afirmó que en Rusia (1918) se presentó con la mayor claridad *“el carácter de la Constitución como una decisión consciente”*³⁵ y que la *“Constitución francesa de 1852 contiene la decisión del pueblo francés a favor del Imperio hereditario de Napoleón III”*³⁶

Esta concepción del **Poder Constituyente** es incompatible con el sistema democrático constitucional. Por eso, Gonzalo Ramírez Cleves precisa que Carl Schmitt *“tilda de meras concepciones ideales (Constitución ideal) a toda la dogmática que pretenda justificar el fenómeno constitucional desde la perspectiva de la soberanía democrática y del Estado de Derecho”*³⁷. Afirma, además, que la confianza en el decisionismo exacerbado, presente en la Teoría de la Constitución de Schmitt, *“en últimas pretende soslayadamente crear la duda de la legitimidad de un sistema basado en democracia, que autorizaría, con base en la decisión política fundamental, cualquier sistema político así se encuentre este al margen del Estado democrático de derecho”*³⁸. Finalmente, explica que, utilizando las perspectivas de Carl Schmitt, *“la constitución material, por ejemplo del Volk alemán sería la voluntad de un FÜHRER, o la del popolo italiano sería encarnada en un Duce, con lo que se niegan por completo los presupuestos básicos para el entendimiento de una Constitución: la democracia y la libertad, esta última conformada por la garantía de los derechos y la división del poder”*³⁹.

III.1.2. EL PODER CONSTITUYENTE COMO SUSTENTO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.:

La formulación de la teoría del **Poder Constituyente** fue realizada por Emmanuel Sieyes. En su obra *“¿Qué es el Tercer Estado?”* afirmó que la nación es un *“cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura”*⁴⁰. Sostuvo que estos asociados – iguales entre sí – *“se ponen de acuerdo acerca de las necesidades públicas y los medios para satisfacerlas”*⁴¹, pero debido a que *“son demasiado numerosos y se hallan repartidos en una superficie demasiado extensa como para ejercer por sí mismos fácilmente la voluntad común”*⁴², definen *“lo necesario para velar y proveer a las ocupaciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional, y por tanto, de poder, a algunos de entre ellos”*⁴³. De esta manera, estos asociados crean un *“gobierno ejercido por procuración”*⁴⁴.

³⁴ SCHMITT, Carl. Op. Cit., p. 46

³⁵ Ibid.

³⁶ SCHMITT, Carl. Op. Cit., p. 47.

³⁷ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2003, pp. 36-37.

³⁸ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Op. Cit., pp. 37-38.

³⁹ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Op. Cit., p. 38.

⁴⁰ SIEYES, Emmanuel. ¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 90.

⁴¹ SIEYES, Emmanuel. Op. Cit., p. 142.

⁴² Ibid.

⁴³ SIEYES, Emmanuel. Op. Cit., pp. 142-143.

⁴⁴ SIEYES, Emmanuel. Op. Cit., p. 144.

Sobre la base de esta idea de nación, Sieyes desarrolló su teoría del **Poder Constituyente**. En primer término, explicó lo que debe entenderse por “*constitución política*”⁴⁵ de una nación y “*como definir sus justas relaciones con la propia nación*”⁴⁶. Afirmó que la **constitución** de un cuerpo es la organización, las formas y las leyes propias para el cumplimiento de las funciones a las que ha sido destinado⁴⁷, y sostuvo que es evidente que “*todo gobierno comisionado debe tener su constitución*”⁴⁸. Esta **Constitución**, compuesta por las leyes llamadas fundamentales, según Sieyes, “*no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente*”, razón por la cual dichas leyes no pueden ser modificadas por los cuerpos que existen y actúan a través de ellas⁴⁹.

Desde la perspectiva de Sieyes, los miembros de una sociedad política pueden modificar la Constitución que ellos mismos han aprobado, porque “*una nación no puede ni alienarse, ni prohibirse el derecho de querer algo; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla si su interés lo exige*”⁵⁰.

Respecto del significado que tuvo Emmanuel Sieyes para la construcción de la teoría del **Poder Constituyente** del pueblo, R. Carré de Malberg explica lo siguiente:

*“Pero, más que ninguno, el gran teorizante de la soberanía constituyente del pueblo, en esa época, fue Sieyès. Según Sieyès, la soberanía popular consiste esencialmente en el poder constituyente del pueblo. Por la Constitución, el pueblo delega efectivamente algunas partes de su potestad en las diversas autoridades constituidas, pero conserva siempre para sí mismo el poder constituyente. Resulta de ello esta doble consecuencia: 1º si la soberanía, desde el punto de vista de su ejercicio, se divide y reparte separadamente entre las diversas autoridades constituidas, su unidad indivisible queda retenida originariamente en el pueblo, fuente constituyente única y común de todos los poderes públicos (ver nº 289, supra); 2º el pueblo, al conservar en sus manos el poder constituyente, no queda obligado por la Constitución: ésta podrá obligar a las autoridades constituidas, pero no puede encadenar al soberano mismo, o sea al pueblo, que siempre es dueño de cambiarla.”*⁵¹

La teoría formulada por Sieyes permite comprender la diferencia entre los conceptos de **Poder Constituyente** y **Poder Constituido**. El **Poder Constituyente** es la atribución de los

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Sieyes realizar la explicación acerca de la creación de la Constitución por parte de la Nación, en ejercicio del Poder Constituyente, en los siguientes términos:

“Pero que se nos diga según qué criterios, según qué interés habría podido otorgarse una constitución a la *nación* misma. La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella sólo existe el derecho *natural*. Si queremos hacernos una idea justa de la serie de leyes positivas que pueden emanar de su voluntad, vemos en primera línea las leyes *constitucionales* que se dividen en dos tipos: unas regulan la organización y las funciones del cuerpo *legislativo*; otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos *activos*. Estas leyes son llamadas *fundamentales*, no porque puedan llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan a través de ellas no pueden modificarlas. En ambos casos, la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo las condiciones de su delegación. Las leyes constitucionales son, en ese sentido, *fundamentales*. Las primeras, las que establecen la legislatura, son *fundadas* por la voluntad nacional antes de toda constitución; suponen su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa *especial*. Así, todas las partes del gobierno se remiten y dependen, en último término, de la nación. No planteamos aquí más que una idea fugaz, pero exacta”. (SIEYES, Emmanuel. Op. Cit., pp. 145-146).

⁵⁰ SIEYES, Emmanuel. Op. Cit., p. 148.

⁵¹ CARRÉ DE MALBERG R. Teoría General del Estado. Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 1165.

miembros de una sociedad política para adoptar una Constitución, es decir, el ordenamiento jurídico fundamental que contiene la estructura organizativa concreta del sistema constitucional en dicha sociedad. El **Poder Constituido**, en cambio, es el poder político que ejerce cada uno de los órganos que integra dicha estructura, de conformidad con las reglas previstas en la Constitución. Actualmente, en el Perú, por ejemplo, las funciones que ejercen el Congreso, el Presidente de la República y el Poder Judicial, de conformidad con la Constitución peruana vigente, son expresiones no del **Poder Constituyente** sino del **Poder Constituido**.

La teoría del **Poder Constituyente** elaborada por Sieyès es parte del sustento de la Revolución Francesa, un movimiento social y político que condujo al establecimiento del sistema democrático constitucional. Uno de los elementos fundamentales de este sistema político es el reconocimiento de los derechos de la personas. Los otros son la distribución del ejercicio de las funciones políticas entre distintos órganos y el control de este ejercicio, como instrumentos para la protección de aquellos derechos. Estableciendo el vínculo inescindible entre la Constitución de una sociedad política y estos elementos del sistema democrático constitucional, Sieyès sostuvo en la Asamblea Nacional Constituyente francesa lo siguiente:

*“La Constitución abraza al mismo tiempo la formación y la organización interior de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria, y su independencia recíproca. En fin, las precauciones políticas de las que es inteligente rodearlos con la finalidad de que, siendo siempre útiles, no puedan jamás convertirse en peligrosos. Tal es el verdadero sentido de la palabra Constitución: el relativo al conjunto y a la separación de los poderes públicos.”*⁵²

*“Nosotros tenemos por principio fundamental y constitucional que la legislatura ordinaria no podrá en ningún caso ejercitar el poder constituyente ni tampoco el poder ejecutivo. Esta separación de poderes resulta de la más absoluta necesidad. (...)”*⁵³

El reconocimiento de estos elementos del sistema constitucional quedó inscrito en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ahí se estableció que *“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”*.⁵⁴

La estructura organizativa concreta (denominada **régimen político** o **forma de gobierno**) del sistema democrático constitucional en una sociedad política se encuentra contenida en su Constitución. Así, por ejemplo, en un país se puede adoptar un régimen presidencial (como en EE.UU.), un régimen parlamentario (como en el Reino Unido) o cualquier otra forma de gobierno correspondiente a este sistema político (en el Perú, por ejemplo, está previsto en la Constitución un régimen semipresidencial). Por lo tanto, el Poder Constituyente resulta un elemento fundamental del sistema democrático constitucional, porque permite a las personas decidir cual es la estructura organizativa concreta de este sistema que van a utilizar para el gobierno de su sociedad.

⁵² Citado por Roberto L. BLANCO VALDÉS, en: El Valor de la Constitución. Separación de poderes, Supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal. Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 218.

⁵³ Citado por Roberto L. BLANCO VALDÉS, en: Op. Cit., p. 220.

⁵⁴ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en: Textos Constitucionales Históricos. F. Javier Díaz Revorio (compilador). Palestra Editores, Lima, 2004, p. 219.

Como se puede apreciar, el Poder Constituyente es una expresión de autogobierno. Por consiguiente, no puede ser el sustento para que las personas renuncien a la posibilidad de decidir libremente acerca de la organización de su gobierno. Esta renuncia se produciría si los integrantes de una sociedad política, invocando el ejercicio de este poder, adoptaran un sistema autocrático, es decir, una organización en la cual el ejercicio de más de una función política se encontrara en manos de un solo órgano del Estado. Se trataría de una renuncia a la posibilidad futura del ejercicio del Poder Constituyente, porque la concentración de las funciones políticas en un solo órgano cancela la posibilidad material de que las personas decidan de forma auténtica y libre acerca de la estructura organizativa de su gobierno. En esta hipótesis – utilizando los términos de Sieyes – las personas estarían prohibiéndose “el derecho de querer algo” y de cambiar “si su interés lo exige”.

III.2. LAS FORMAS DE EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE:

Si bien es cierto que la elaboración teórica del Poder Constituyente (es decir, su definición como la atribución de los integrantes de una sociedad política para elaborar la Constitución que contenga la estructura organizativa concreta del sistema constitucional en dicha sociedad) la realizó Sieyes en 1789, este poder ya se venía ejerciendo con anterioridad, en la práctica, en Norteamérica. Así lo explica Gonzalo Ramírez Cleves en los siguientes términos:

“Como vemos, aunque no se produjo en Estados Unidos un estudio dogmático constitucional en donde se presentara la figura del poder constituyente, sí se dieron las bases prácticas y filosóficas para que SIEYÈS en Francia se encargara de la elaboración teórica que otorga a la soberanía popular la categoría de poder constituyente, (...).”⁵⁵

Ramírez Cleves afirma que la Constitución del Estado de Massachusetts de 1780 es la primera expresión de una Constitución que es resultado del ejercicio del Poder Constituyente del pueblo:

“En el tema que nos compete, la Constitución del Estado de Massachusetts de 1780 será el primer modelo de Constitución de la historia que adopta la actuación popular en la elaboración y aprobación de una Constitución, dando lugar a la elaboración de un poder constituyente democrático conformador.”⁵⁶

En cuanto a la determinación del origen de la doctrina del Poder Constituyente, Pedro de Vega afirma lo siguiente:

“(...). No se necesita demasiado talento, sin embargo, para percatarse - como con toda agudeza advirtió Bryce - de que no se puede hablar de una creación americana o francesa de la doctrina del poder constituyente, sino que, en cuanto respuesta a las exigencias de la realidad y de la historia, dicha doctrina surge simplemente como resultado obligado de las condiciones sociales y políticas que determinaron la aparición de la democracia representativa en el momento de las revoluciones burguesas. De esta suerte, dijimos ya, que fue, por un lado, la forzosa separación entre gobernantes y gobernados, propia de la democracia representativa, y, por otro lado, la necesidad de someter a la ley la voluntad

⁵⁵ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005, p. 206.

⁵⁶ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2005, p. 203.

*del gobernante, lo que condujo a consagrar la noción de poder constituyente para, en nombre de la voluntad soberana del pueblo, estatuir una Ley Suprema que obligara por igual a gobernantes y gobernados. (...)."*⁵⁷

Sin embargo, según explica este mismo autor⁵⁸, el ejercicio del Poder Constituyente se ha realizado, durante la historia, tomando como referencia dos modelos básicos: el modelo norteamericano y el modelo francés. Veamos en que consiste cada uno de estos modelos:

1. El modelo norteamericano de ejercicio del Poder Constituyente:

Pedro de Vega sostiene que los colonos puritanos de Norteamérica propiciaron la tesis "según la cual el ejercicio del poder constituyente requiere siempre la participación directa del pueblo como efectivo titular de la soberanía"⁵⁹. Precisa que fue "en la tradición de los Estados miembros de Norteamérica - y no precisamente en el derecho constitucional federal"⁶⁰, "donde se forjó la más correcta interpretación de las formas de operatividad concreta del poder constituyente"⁶¹; y explica esta tradición en los siguientes términos:

*"(...). Siguiendo la vieja idea religiosa puritana, a tenor de la cual la fundación de una congregación venía determinada por un contrato en el que se estatúan las reglas del culto, los primitivos colonos pensaron que, de igual manera que libremente podía organizar la comunidad religiosa, también podían libremente organizar la comunidad política. El llamado pacto de la gracia puritano se transformó así en pacto político. Y, de esta suerte, procedieron a redactar los covenants, que eran auténticos contratos sociales, suscritos por los colonos en nombre propio y en el de sus familias, y en los que se fijaban las normas a tenor de las cuales la colonia debía funcionar. No hace al caso recordar los covenants más notables, entre los que sin duda destacan las Fundamental orders of Connecticut de 1639⁶², suscritas por los puritanos de Massachusetts. Lo que importa señalar es que, en la elaboración de los covenants, subyacen las dos ideas fundamentales que posteriormente habrían de caracterizar toda la construcción constitucional americana. Por un lado, que el acto constitucional se identifica en cierta medida con el contrato social. Y, por otro lado, que el ejercicio de la potestad constituyente - y esto es lo que ahora más nos interesa -, por tratarse de una potestad inalienable, no puede efectuarse a través de representantes."*⁶³

⁵⁷ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución y de la Democracia. En: Revista Peruana de Derecho Público, Año 7, Número 13, julio - diciembre de 2006. Editora Jurídica Grijley, Lima - Perú, p. 45.

⁵⁸ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 29-30.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² "Entretanto, dos pequeñas repúblicas permanentes surgieron en el suelo norteamericano, Rhode Island y Connecticut. El primer desbordamiento desde la bahía de Massachusetts había establecido varias poblaciones en el valle inferior del Connecticut. En 1639, sus ciudadanos se reunieron en Hartford y redactaron las Órdenes Fundamentales de Connecticut, que fue la primera Constitución escrita, concebida por una comunidad norteamericana por sí misma, la primera, por cierto, en el mundo occidental. Dispuso el establecimiento de un gobernador, de un cuerpo de ayudantes y de una cámara baja constituida por cuatro diputados por cada población, todos de elección popular. (...)." (NEVINS Allan y STEELE COMMAGER Henry con MORRIS, Jeffrey. Breve historia de los Estados Unidos, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994, pp. 23-24).

⁶³ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 30-31.

Al respecto, Carlos Sánchez Viamonte presenta la siguiente narración de Charles Borgeaud sobre el ejercicio del poder constituyente en las colonias de Norteamérica:

“Desde entonces (desde el pacto del Mayflower⁶⁴) se encuentran, durante la primera época de colonización, una serie de actos semejantes, denominados “pactos de establecimiento” (plantation covenants), en virtud de los cuales los colonos de Nueva Inglaterra⁶⁵ organizan comunidades políticas. Uno de esos pactos debía pronto tomar la forma de una verdadera Constitución. Es el Estatuto Fundamental de Connecticut, fechado en 1639, y anterior, como se ve, en algunos años al agreement de los demócratas ingleses. Las mismas ideas religiosas han precedido su elaboración.”⁶⁶

Según Pedro de Vega, en el modelo norteamericano la imposibilidad de delegación del ejercicio del poder constituyente se traduciría “en el hecho de que, puesto que la soberanía del pueblo no puede ser representada, las Convenciones creadas para elaborar los Proyectos de Constitución, no podrían tampoco ser consideradas, en ningún caso, depositarias o titulares del poder constituyente”⁶⁷. Por eso, precisa este autor, cualquier “proyecto de Constitución elaborado por las Convenciones o Asambleas designadas al efecto, exigiría”⁶⁸ “la ratificación ulterior, bien de las *town meetings*, bien del pueblo mismo”⁶⁹. Ramírez Cleves explica que las **town meetings** eran asambleas de las ciudades de los Estados⁷⁰.

2. El modelo francés de ejercicio del poder constituyente:

Pedro de Vega sostiene que Sieyes introdujo este modelo “en el proceso revolucionario francés”⁷¹, y que la primera corrección que éste realizó al planteamiento norteamericano “es la que viene determinada por la sustitución del concepto de **soberanía popular** por el de **soberanía de la Nación**”⁷²:

“Al ser la Nación un ente abstracto, que sólo puede expresar su voluntad a través de representantes, la potestad constituyente sólo podrá actuarse a través del mecanismo de la representación. El poder constituyente deja de ser entonces el poder en el que el pueblo

⁶⁴ Acerca del Pacto del Mayflower, Pedro Planas explica lo siguiente: “La historia de los famosos “padres peregrinos” – calvinistas ingleses que negaban la supremacía eclesiástica del Rey – fue inmediatamente posterior. En 1620, se dirigían hacia Virginia a bordo del *Mayflower*. Allí, habrían sido acogidos por los miembros de la Cámara de los Burgueses. Pero, una fuerte tempestad les distrajo la ruta y propició su inesperado desembarco – muchas millas antes de su destino – en Cabo Cod (Massachusetts). Exploraron el territorio y resolvieron quedarse. Como carecían de concesión, nada los ligaba formalmente con la Corona ni con compañía alguna. La única formalidad corría por cuenta de ellos mismos: celebraron un espontáneo “contrato social” (en el *Mayflower*). En ese pacto se comprometieron a sumar esfuerzos en pro del bienestar común y a elegir autoridades que serían respetadas y obedecidas por ellos. John Carver fue elegido Gobernador. Así se establecieron en Plymouth, más tarde incorporada a la colonia (británica) de Massachusetts.” (PLANAS, PEDRO. Regímenes Políticos Contemporáneos. Fondo de Cultura Económica, Lima – Perú, 1997, p. 410)

⁶⁵ “La organización del ejercicio del poder constituyente, tal cual la consagran actualmente las legislaciones americanas, pertenece por entero a la Nueva Inglaterra. Está basada no sólo sobre el principio de que la autoridad constituyente pertenece al pueblo, sino también sobre esta otra concepción traída al derecho moderno por la reforma puritana: que esta autoridad no puede ser representada.” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Derecho Constitucional. Tomo I, Poder Constituyente. Editorial Kapelusz & Cia. Buenos Aires – Argentina, 1945, p. 104).

⁶⁶ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. Derecho Constitucional. Tomo I, Poder Constituyente. Editorial Kapelusz & Cia. Buenos Aires – Argentina, 1945, p. 82.

⁶⁷ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 31.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 31-32.

⁷⁰ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 2005, p. 203.

⁷¹ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 32.

⁷² Ibid.

*directamente participa, como titular indiscutible de la soberanía, para convertirse en el poder de las Asambleas, en las que la Nación delega sus competencias”.*⁷³

Carlos Sánchez Viamonte, recuerda que Sieyes proclamó “el principio de la representación, no sólo para el cuerpo legislativo, sino también para el cuerpo constituyente, de modo que su criterio difiere del de Rousseau, quien no admite la delegación ni la representación de la voluntad general en cuanto es voluntad constituyente.”⁷⁴ Según Pedro de Vega, “fue en el propio proceso revolucionario francés donde se formularon las primeras y más duras críticas a la concepción de Sieyes”⁷⁵:

*“Asignar a una Asamblea el ejercicio del poder constituyente – se dijo – y, en nombre de los principios del régimen representativo, escamotear todo tipo de intervención directa del pueblo (las town-meetings y los referéndums americanos), lo que en realidad comportaba era establecer una ficticia soberanía de la Nación, y una real y efectiva soberanía de las Asambleas. Por eso, Laboulaye llegaría a sostener que ‘Sieyès lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo’ ”*⁷⁶.

Al respecto, Gonzalo A. Ramírez Cleves manifiesta lo siguiente:

“En segundo lugar, por los seguidores de ROUSSEAU se critica que SIEYÈS sostenga el principio representativo en detrimento de la democracia directa, que en últimas relativiza el principio de la soberanía popular o principio democrático.

*Esta extensión de la representación a la labor constituyente se considera como ilógica desde los tiempos de SIEYÈS. Por ejemplo, LA FAYETTE contraponen la concepción de poder constituyente representativo francesa a la norteamericana de tradición puritana con intervención directa del pueblo que se practicaba en los town-meetings y referéndums directos. El principio representativo en SIEYÈS no sería más que otorgar una ficticia soberanía de la Nación y una real y efectiva soberanía de las Asambleas.”*⁷⁷

Respecto del funcionamiento de las Asambleas Constituyentes en Francia, André Hauriou explicó que tradicionalmente éstas asumieron, además, funciones legislativas ordinarias:

“Las Asambleas de la Revolución, que establecieron Constituciones, fueron a la vez constituyentes y legislativas (Asamblea Nacional, Convención).

*Lo mismo sucedió para la Asamblea Nacional francesa de 1848, para la de 1871 y para las de 1945-1946. Es cierto que en 1945 se habían tomado precauciones en una Constitución provisoria para hacer que a pesar de la acumulación del Poder constituyente y el legislativo ordinario, la Asamblea no fuese omnipotente.”*⁷⁸

⁷³ Ibid.

⁷⁴ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. Op. Cit., pp. 262-263.

⁷⁵ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 32.

⁷⁶ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 32-33.

⁷⁷ RAMÍREZ CLEVEZ, Gonzalo A. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 2005, p. 211.

⁷⁸ HAURIOU, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, pp. 322-323.

Finalmente, sintetizando la experiencia histórica del uso de los procedimientos para el ejercicio del Poder Constituyente – no sólo en el caso de Francia –, Karl Loewenstein afirmó lo siguiente:

“De acuerdo con las teorías de la soberanía del pueblo y del pouvoir constituant originario del pueblo soberano, se ha generalizado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la constitución escrita: un asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano. La ratio de esta exigencia es que la ley fundamental adquiere una mayor solemnidad a través de la aprobación por el pueblo soberano (...).”⁷⁹

III.3. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO INSTRUMENTO PARA EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE:

Nicola Matteucci explica que uno de los elementos en los que se basa la legitimidad de una Constitución escrita es su fuente formal, “por emanar de la voluntad soberana del pueblo a través de una asamblea constituyente y, a veces, de un referéndum”⁸⁰. Sin embargo, es necesario tener presente que las Asambleas Constituyentes también pueden ser utilizadas como instrumentos al servicio de sistemas autocráticos. No olvidemos que la dictadura en la Rusia Soviética empezó su marcha con la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que había sido reclamada por los bolcheviques desde 1903⁸¹. Por su parte, George LIET-VEAUX recuerda que el programa del partido fascista “conducía a la abolición del Senado y la convocatoria de una Asamblea Constituyente”⁸².

Para evitar que una Asamblea Constituyente se convierta en el punto de partida de sistemas autocráticos es imprescindible, en primer lugar, que su convocatoria sea resultado del consenso. Este consenso consiste en la común intención de las tendencias políticas presentes en una sociedad de crear una estructura organizativa completa para el sistema constitucional o de revisar totalmente la organización existente pero – debido a circunstancias especiales – prescindiendo de los mecanismos que la Constitución establece para su reforma. No podrá ser, por lo tanto, el resultado de la imposición de una mayoría política eventual, por más considerable que sea su dimensión numérica. Al respecto Pedro Planas explica que toda Constitución “por antonomasia, debería ser una norma de consenso, en tanto se trata de un pacto institucional de carácter supra-gubernamental, ubicado más allá de las tendencias eventuales de un partido mayoritario o del gobierno de turno”⁸³, y que los requisitos para considerar que una Constitución es de consenso son: **a)** en el escenario electoral: la plural participación de las fuerzas políticas, **b)** en el escenario político: la autonomía garantizada de la labor constituyente frente al gobierno y a los deseos y necesidades del poder y **c)** en la labor constituyente: el

⁷⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1986, pp. 160-161.

⁸⁰ MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 25.

⁸¹ CARR, E.H. La Revolución Bolchevique (1917-1923). I. La conquista y la organización del poder, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1985, p. 103.

⁸² LIET-VEAUX, George. El “Fraude a la Constitución”. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia, en: Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional, N° 10, enero-junio 2005, Editorial Jurídica Grijley, Lima-Perú, p.18.

⁸³ PLANAS, PEDRO. La Constitución peruana de 1993 ¿Es una Constitución de consenso? En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 1999, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 557.

libre debate, con vocación de diálogo y acuerdo entre las fuerzas políticas participantes⁸⁴. Gonzalo Ramírez Cleves, por su parte, explica, en cuanto a la convocatoria de de las asambleas constituyentes que, aunque en la mayoría de los casos éstas “no se proclaman a sí mismas, y surgen de circunstancias críticas o revolucionarias, se sostiene que en las elecciones en que se nombre a los representantes constituyentes se debe observar el cumplimiento de los derechos y libertades civiles y políticas, dándose una representación proporcional que dé cabida a las minorías políticas”⁸⁵. Además, este autor afirma que “la participación efectiva del pueblo como sujeto del poder constituyente se deduce cuando se comprueba que durante la etapa previa, en el proceso constituyente y en la incorporación final de la normatividad constitucional – con referéndum o sin él – se pusieron en práctica las garantías y principios propios del ejercicio de la democracia”⁸⁶.

Un ejemplo de la realización de una Asamblea Constituyente en un clima de consenso se produjo en el Perú, en los años 1978 y 1979. Entonces, según explica Pedro Planas, con prescindencia de encontrarse en el ejercicio del poder político un gobierno militar de facto, se presentaron las siguientes condiciones favorables para el ejercicio genuino del Poder Constituyente: **a)** Ninguna agrupación política obtuvo mayoría absoluta en la Asamblea y **b)** No hubo intervención alguna del poder político que obstaculizara la reflexión institucional⁸⁷. Además, Pedro Planas recuerda que, en ese momento, el régimen militar se encontraba de salida y “que con la convocatoria a la Asamblea Constituyente de 1978, el gobierno de Morales Bermúdez cumplía el compromiso asumido en el Plan “Tupac Amaru” de iniciar el proceso de transferencia del poder”^{88 89}. Asimismo, en mayo de 1977, es decir, tiempo antes de la aprobación de este Plan, el gobierno había iniciado un diálogo con diversos partidos, concerniente a la forma en que debía finalizar el régimen dictatorial que, en ese momento, se encontraba en funcionamiento⁹⁰.

A pesar de lo expuesto, se ha pretendido objetar el carácter consensual de este proceso político. Se afirmó, en primer lugar, que la ausencia de Acción Popular (partido que, entonces, contaba con amplio respaldo popular) en las elecciones para la Asamblea Constituyente significó el desconocimiento de su legitimidad. Por otra parte, se ha sostenido que esta deslegitimación radica en el hecho que los representantes constituyentes de los partidos de izquierda se negaron a firmar el texto constitucional aprobado por la Asamblea.

⁸⁴ PLANAS, PEDRO. La Constitución peruana de 1993 ¿Es una Constitución de consenso? En: Op. Cit., pp. 557-558.

⁸⁵ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2005, pp. 274-275.

⁸⁶ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2005, p. 276.

⁸⁷ PLANAS, PEDRO. La Constitución peruana de 1993 ¿Es una Constitución de consenso? En: Op. Cit., pp. 558-559.

⁸⁸ PLANAS, PEDRO. La Constitución peruana de 1993 ¿Es una Constitución de consenso? En: Op. Cit., p. 559.

⁸⁹ En el contenido del Plan “Tupac Amaru” se indicó que uno de los objetivos generales para lograr su finalidad era “Institucionalizar, a través de una Constitución, las reformas estructurales haciéndoles los indispensables reajustes que la experiencia aconseja” (Plan de Gobierno Tupac Amaru. Aprobado por Decreto Supremo N° 020-77-PM de 4 de octubre de 1977. Período 1977-1980, Edición No Oficial, Extracto del *Diario Oficial El Peruano*, p. 7).

⁹⁰ “En el diálogo el APRA planteó la necesidad de elecciones municipales, elecciones para una Asamblea Constituyente a mediados de 1978 y elecciones generales para 1980. Acción Popular Belaundista señaló la necesidad de realizar elecciones el próximo año y entregar el poder el 28 de julio. El Partido Popular Cristiano planteó un Poder Legislativo que funcione entre 1978 y 1980, y que la Fuerza Armada quede a cargo del Ejecutivo hasta 1980 en que sea renovado medio Congreso y el Ejecutivo. El Partido Comunista, Acción Popular Socialista y la Democracia Cristiana no hicieron un planteo sobre elecciones y esta última advirtió que si el regreso al poder de los civiles significase el retroceso o la liquidación de la revolución ‘sería preferible que siga el régimen actual’ ”. (PEASE GARCÍA, Henry. Los Caminos del Poder. Tres años de crisis en la escena política. DESCO. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima-Perú, 1979, p. 213).

Respecto de la abstención de Acción Popular, es imprescindible recordar que este partido inicialmente tuvo la intención de participar en las elecciones para la Asamblea Constituyente de 1978-1979. Así, según informó el diario La Prensa, el 8 de enero de 1978 en un mitin realizado en el Cuzco, Fernando Belaúnde Terry - líder de este partido político - “dijo que la próxima Asamblea Constituyente debe inaugurar un nuevo gobierno democrático y civil para empezar la reconstrucción de nuestra economía”⁹¹. Pocos días después - el 11 de enero del mismo año -, Belaúnde Terry indicó “que, a pesar de las limitaciones de la Asamblea Constituyente su partido ha tomado la convocatoria como un reto y *‘vamos a participar de todas maneras en las elecciones’*”⁹². Posteriormente, de forma sorpresiva, Acción Popular decidió “no participar en las elecciones para la Asamblea Constituyente”⁹³. Según el comunicado leído en conferencia de prensa, por el dirigente de este partido Fernando Schwalb López Aldana, esta decisión se debió a que “el Gobierno no aclaró debidamente las dudas en torno a la Asamblea Constituyente”⁹⁴. Sin embargo, Manuel Ulloa - también dirigente de Acción Popular - sostuvo que esta abstención “no significa boicotear las elecciones”⁹⁵.

Como se puede apreciar, la abstención de Acción Popular no significó un rechazo intransigente que produjera la deslegitimación del funcionamiento de la Asamblea Constituyente de 1978-1979. Por el contrario, Fernando Belaúnde Terry, durante el funcionamiento de esta Asamblea, envió al Presidente de su Comisión Principal de Constitución un “Memorándum sobre la Reforma Constitucional”, en el cual agradeció la comunicación mediante la cual se le habían solicitado sugerencias y propuestas para el proyecto de Constitución a cargo de dicha Comisión, e incluyó un documento que contenía sus puntos de vista respecto a las enmiendas, supresiones y adiciones que, en su opinión, debía sufrir la Constitución de 1933⁹⁶. Además, posteriormente, Acción Popular participó decisivamente en la construcción del consenso posterior favorable a la Constitución elaborada por esta Asamblea. Así, según explica Pedro Planas, pese a que Acción Popular no participó en la Asamblea Constituyente de 1978-1979, Fernando Belaúnde Terry “como Presidente de la República, cumplió, juró cumplir y desarrolló legislativamente la Constitución de 1979”⁹⁷. De este modo - continúa Pedro Planas - “Fernando Belaúnde y AP se integraron y fortalecieron el consenso constitucional de la Asamblea Constituyente, haciendo converger sus propias iniciativas y voluntades en la legitimación jurídica, política y social de la Constitución de 1979, como también sucedió con algunos sectores de izquierda, inicialmente distantes respecto al texto constitucional de 1979”⁹⁸.

En cuanto a los partidos de izquierda en el Perú, cuyos representantes rechazaron firmar el texto de la Constitución de 1979, es necesario tener presente que muchos de ellos contribuyeron también a consolidar el consenso posterior favorable a este ordenamiento constitucional. Así, no sólo participaron en mayo de 1980 en las elecciones generales para

⁹¹ En: PERÚ 1978. Cronología Política. Tomo VII, DESCO, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima - Perú, 1980, p. 2939.

⁹² Op. Cit., p. 2946.

⁹³ Op. Cit., p. 2999.

⁹⁴ Op. Cit., p. 3000.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial. Constitución: Fuentes e Interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979, Mesa Redonda Editores, Lima-Perú, 1988, pp. 199-205.

⁹⁷ PLANAS, PEDRO. La Constitución peruana de 1993 ¿Es una Constitución de consenso? En: Op. Cit., p. 573.

⁹⁸ Ibid.

elegir al Presidente Constitucional de la República y a los Diputados y Senadores, previstos en la Constitución de 1979, sino que, además, en 1983, Alfonso Barrantes Lingán, candidato de la Izquierda Unida, postuló y resultó elegido Alcalde Metropolitano de la ciudad de Lima, en las elecciones municipales realizadas de conformidad con este ordenamiento constitucional.

A esta circunstancia de consenso, propicia para la convocatoria de una Asamblea Constituyente que asuma la tarea de construir una estructura organizativa del sistema constitucional o de modificarla prescindiendo de los requerimientos formales establecidos en la Constitución vigente, se le denomina **momento constituyente**. Este **momento constituyente** estuvo presente también en 1990, cuando fue elegida la Asamblea que aprobó la Constitución vigente actualmente en Colombia. Según explica Pedro Planas, en esa oportunidad la convocatoria a elecciones constituyentes estuvo precedida por un consenso ciudadano y fue posible por la iniciativa de estudiantes universitarios⁹⁹.

Esta iniciativa consistió en la propuesta de incluir una “séptima papeleta” en apoyo de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, en las elecciones del 11 de marzo de 1990, en las cuales “se elegirían: alcaldes, concejales, diputados, representantes a la Cámara, senadores y candidato liberal por consulta popular”¹⁰⁰. El resultado inmediato fue de “dos millones doscientos mil electores que votaron por la Constituyente”¹⁰¹. Posteriormente, el 3 de mayo de 1990, el gobierno expidió el decreto de estado de sitio N° 927 que facultaba a la Registraduría para contabilizar los votos que se emitieran en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 “en torno a la Convocatoria de una Asamblea Constitucional”¹⁰². Tres días antes de las elecciones (en las que resultó elegido Cesar Gaviria como presidente de Colombia), la sentencia N° 59 de la Corte Suprema declaró constitucional este decreto, y, una vez que se realizaron los comicios, el resultado a favor de la convocatoria a una Asamblea Constitucional fue contundente “con un 89% de votos por el *Si*”¹⁰³. Luego de ello, el presidente electo convocó a las demás fuerzas a un acuerdo político, el cual se firmó, determinándose ahí el procedimiento de conformación, la composición, el temario y los controles a la asamblea¹⁰⁴. El acuerdo se ratificó semanas después de que Gaviria asumiera el gobierno y al día siguiente el presidente expidió el decreto de estado de sitio N° 1926, convocando a elecciones constituyentes¹⁰⁵. La Corte Suprema, el 9 de octubre de 1990, declaró parcialmente constitucional este decreto, porque sostuvo que eran inexecutable (inconstitucionales) las limitaciones introducidas en cuanto al temario, “pues consideró que la nación como constituyente primario era soberana y no se le podía coartar su iniciativa en cuanto a la determinación de su Carta Constitucional y las reformas que a ella considerara necesario hacerle; la Corte ratificó la prohibición de modificar el período de los elegidos en 1990 y las inhabilidades de los constituyentes para aspirar electoralmente a cargos populares en 1992 y 1994. En pocas palabras, el fallo de la Corte dio pie para que de ahí en adelante se hablara de Asamblea

⁹⁹ PLANAS, PEDRO. Regímenes Políticos Contemporáneos. Fondo de Cultura Económica, Lima – Perú, 1997, p. 496.

¹⁰⁰ DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés. El Frente Nacional y el proceso constituyente del 91. Universidad de los Andes, CESO, Departamento de Ciencia Política, Alfaomega Colombiana, 2002, p. 113.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés. Op. Cit., p. 114.

¹⁰³ DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés. Op. Cit., pp. 114-115.

¹⁰⁴ DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés. Op. Cit., p. 116.

¹⁰⁵ DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés. Op. Cit., p. 118.

Constituyente”¹⁰⁶. Después de esta declaración de la Corte Suprema, el 9 de diciembre de 1990 fueron elegidos los 70 miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC)¹⁰⁷ que elaboró la Constitución colombiana actualmente en vigencia.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL:

IV.1. CONCEPTO, FUNCIONES Y DENOMINACIÓN:

El poder de Reforma Constitucional consiste en la atribución de revisar la Constitución, con la finalidad de modificar su contenido, siguiendo el procedimiento expresamente previsto para ello en el ordenamiento constitucional¹⁰⁸. La reforma será **parcial** cuando se encuentre dirigida a modificar un parte de la Constitución, y será **total** cuando sea emprendida para someter a revisión la totalidad del contenido del ordenamiento constitucional. En el Perú, - como ocurre en España, de conformidad con el artículo 168 de su Constitución¹⁰⁹ -, se encuentra permitida la reforma total de la Constitución¹¹⁰. Sin embargo, es necesario tener presente que, tal como ocurre con el ejercicio del Poder Constituyente, el poder de Reforma Constitucional en ningún caso puede ser utilizado válidamente para destruir el sistema democrático constitucional.

Según Pedro de Vega, la reforma constitucional en la moderna organización democrática cumple tres funciones básicas: **a)** sirve “como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política”¹¹¹, **b)** constituye un “mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado”¹¹² y **c)** representa una “institución básica de garantía”¹¹³. Karl Loewenstein, por su parte, sostiene que no es posible establecer criterios generales acerca de cuales son las circunstancias en que es necesaria o es motivada la reforma constitucional¹¹⁴:

“(…) En primer lugar, las modificaciones que experimentan las relaciones sociales, económicas o políticas son las responsables de que una norma constitucional, que

¹⁰⁶ DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés. Op. Cit., pp. 118-119.

¹⁰⁷ PLANAS, PEDRO. Regímenes Políticos Contemporáneos. Fondo de Cultura Económica, Lima – Perú, 1997, p. 496.

¹⁰⁸ “Técnicamente, una reforma constitucional solamente puede efectuarse cuando se añade algo al texto existente en el momento de realizar la modificación – suplemento -, o bien se suprime algo – supresión – o bien se sustituye el texto existente por otro – cambio -. El procedimiento puede extenderse a varios artículos o tan solo a uno, a una parte de un artículo (párrafo o frase) o a varias palabras, o tan solo a una palabra dentro de una frase.” (LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit., pp. 175-176)

¹⁰⁹ CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA: “Artículo 168:

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección Primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.
2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas cámaras.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.”

¹¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ: “Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y
4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.”

¹¹¹ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 67.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit., p. 170.

parecía razonable y suficiente en el momento de crear la constitución, haya perdido su capacidad funcional y tenga que ser, por lo tanto, completada, eliminada o acoplada de alguna otra manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político. Pero de una casuística no se puede deducir, teórico-constitucionalmente, una lista de categorías generales sobre la causalidad de la reforma constitucional.”¹¹⁵

Acerca de los orígenes de este poder de reforma, Javier Pérez Royo sostiene que, fueron los Estados Unidos “los que introdujeron la técnica de la reforma constitucional como instrumento democrático de protección de la supremacía de la Constitución sobre los poderes constituidos”¹¹⁶. Respecto de las circunstancias fundacionales de esta institución, Roberto Blanco Valdés, por su parte, explica que la Constitución norteamericana de 1787 “supuso la definición en la teoría de la Constitución del poder de reforma constitucional, como un poder político específico, distinto por su naturaleza y significación de los poderes ordinarios (constituidos) del Estado”¹¹⁷.

En cuanto a la denominación utilizada históricamente para designar a este poder político, Domingo García Belaúnde explica que “en los Estados Unidos se usa la palabra ‘enmienda’ tanto en el ámbito federal como en el de los Estados (si bien esto con matices), y referido básicamente al cambio, adición o modificación de un texto constitucional preexistente”¹¹⁸. Según este mismo autor, en “otros países como es el caso de Italia, se prefiere la palabra ‘revisión’ (*revisione*)”¹¹⁹, mientras que “en lo relacionado con los países de habla castellana incluido España, se prefiere la palabra ‘reforma’ ”¹²⁰. Con este panorama, García Belaúnde afirma que “lo que cabe advertir en estos tres usos o sea, enmienda, revisión y reforma, es que todos apuntan a lo mismo: una modificación a un texto preexistente”¹²¹ y que, “según los casos puede ser total o parcial, dependiendo de diversas posturas doctrinarias u opciones normativas (así la Constitución puede adoptar una tesis permisiva amplia o simplemente señalar que apartados normativos no son susceptibles de revisión, reforma o enmienda... O incluso permitir modificaciones totales agravando el proceso para determinados artículos)”¹²². Finalmente, sostiene que, en “síntesis, bajo diversos nombres se esconde una sola realidad, ya que las palabras no difieren mayormente en su significado, y si se introducen diferencias entre ellas es solamente en el ámbito de la dogmática, como una clara opción política, pero no por nada que sea más profundo de lo que ella misma significa”¹²³.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ PÉREZ ROYO, Javier. La reforma de la Constitución, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 23.

¹¹⁷ BLANCO VALDÉS, Roberto. El valor de la Constitución. Separación de poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal. Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 120. Este autor explica, además, que por “más que sea posible encontrar antecedentes remotos a tal poder de reforma y aun antecedentes próximos en algunas de las Cartas de los Estados previas a la Unión, es lo cierto que cualquiera de ellos carecerá de la entidad irradiante que iba a tener hacia el futuro el artículo V de la Constitución norteamericana”, norma en la cual se encuentran regulados sus procedimientos de reforma. (Op. Cit., pp. 120-121).

¹¹⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año VI, N° 10, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 24.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

¹²³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año VI, N° 10, Buenos Aires – Argentina, 2007, p. 25.

IV.2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL:

Desde el punto de vista del procedimiento necesario para la modificación de su contenido, las Constituciones se clasifican en dos tipos: **Constituciones rígidas** y **Constituciones flexibles**. El contenido de las primeras no puede ser modificado ni total ni parcialmente, mediante el procedimiento correspondiente a la modificación de las leyes ordinarias. Las **Constituciones flexibles**, en cambio, sí pueden ser modificadas mediante este procedimiento¹²⁴. También existen, aunque son muy pocas, las **Constituciones inmodificables**. Veamos con un poco más de detalle en que consisten estos tipos de Constitución.

IV.2.1. LAS CONSTITUCIONES INMODIFICABLES:

Pedro de Vega sostiene que la prohibición expresa de cualquier tipo de reforma constitucional “además de suponer un atentado a las más elementales necesidades del cambio histórico, implicaría una desvirtuación radical del propio concepto de poder constituyente y del significado del Estado Constitucional”¹²⁵. Afirma, además, que la “sacralización de la obra constituyente a través de una cláusula en que toda reforma resultara prohibida, constituiría una operación, desde el punto de vista histórico, absurda y, desde el punto de vista de la lógica del sistema constitucional, irracional (Weyr) e inadmisibles (Espósito)”¹²⁶. Finalmente, considera que, “por tratarse de una hipótesis más propia de la elucubración jurídica que de la praxis histórica constitucional, no merece la pena detenerse en otros distingos ni consideraciones sobre ella”¹²⁷. Alessandro Pace expresa una opinión diferente, pues afirma que “la mayor o menor frecuencia de las hipótesis de constituciones absolutamente inmodificables en vía expresa no exime de considerar el fenómeno en sede teórica”^{128 129}. Al mismo tiempo presenta dos casos concretos de constituciones absolutamente inmodificables: “la Constitución del Imperio de Etiopía de 1931, que se definía ‘perpetua e inmutable’ en el decreto de otorgamiento

¹²⁴ “De la distinción anteriormente expresada se deriva, además, la difundida diferenciación entre las *constituciones rígidas* (o, con mayor exactitud, modificables solo con los procedimientos más complejos antes mencionados) y las *constituciones flexibles* (cuando todas las *normas constitucionales sustanciales* son modificables por medio del procedimiento legislativo ordinario). Finalmente, es claro que, en el primer caso, surge también la posibilidad de ejercer un adecuado *control de constitucionalidad de las leyes ordinarias*, al autorizar a los órganos de la jurisdicción ordinaria o a una jurisdicción constitucional especial de naturaleza político-jurídica para negar la aplicación o anular, con eficacia general, las leyes ordinarias que contradigan alguna norma formalmente constitucional.” (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional Comparado y 1988-1990: Un trienio de profundas transformaciones constitucionales en occidente, en la URSS y en los estados socialistas del este europeo. Fondo de Cultura Económica, Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, 1997, p. 500)

¹²⁵ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 82.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ PACE, Alessandro. La “natural” rigidez de las constituciones escritas. En: PACE, Alessandro y VARELA SUANZES, Joaquín. La rigidez de las constituciones escritas. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 16.

¹²⁹ Hans Kelsen, respecto a la declaración de invariabilidad contenida en una Constitución que “se declare a sí misma ‘eterna’ ” afirma lo siguiente: “Esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna, puesto que, de hecho, no podrá imponerse una constitución que no está de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero, jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella, como a toda norma referente a la creación normativa. No es, pues, un fenómeno específico de las normas constitucionales, sino propio de todos los dominios del Derecho, el hecho del “cambio de constitución”, consistente en que el manejo de las normas constitucionales va variando paulatinamente e insensiblemente, ya atribuyendo a las palabras invariables del texto constitucional un sentido que no es el primitivo, ya formándose una práctica constitucional en contradicción notoria con el texto y con todo sentido posible de la constitución.” (KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editora Nacional, México D.F., p. 332).

previo a la misma”¹³⁰ y la Constitución finlandesa de 1919 que “se autocalificaba ‘ley fundamental irrevocable en su totalidad’”¹³¹. Esta Constitución, según explica Pace, “no podría ser ‘modificada, sometida a interpretación auténtica o derogada’; únicamente podrían darse ‘excepciones’ según el procedimiento especial establecido en general para las leyes fundamentales (art. 95)”¹³².

Más frecuentes que las Constituciones perpetuamente inmodificables son las Constituciones que establecen la prohibición temporal de su reforma. Alessandro Pace menciona dos supuestos: “la Constitución polaca de 1791, que preveía la posibilidad de modificaciones sólo por obra de una ‘Dieta Constitucional extraordinaria’ que debería convocarse cada veinticinco años”¹³³ y “la Constitución española de 1812 (Constitución de Cádiz), que prescribía, en el art. 375, que no podría proponerse ninguna ‘alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos’ hasta pasados ocho años desde su entrada en vigor”¹³⁴. En el caso del Perú, Domingo García Belaúnde recuerda dos constituciones que contenían la prohibición temporal de su modificación: la Constitución de 1826 y la Constitución de 1828. Respecto de la primera, afirma que ésta prescribía en su artículo 138¹³⁵ que “durante cuatro años no podrá reformarse”¹³⁶. Acerca de la segunda, explica que “esta Carta de 1828 señala en su artículo 176¹³⁷ que ella se conservará sin reformas ni alteraciones durante cinco años, desde la fecha de su publicación”¹³⁸, que su “artículo 177¹³⁹ indica que en julio de 1833 se reuniría una Convención Nacional para examinar y reformar en todo o en parte la Constitución, en vista de la experiencia institucional durante ese período”¹⁴⁰ y que, con todo, “el artículo 178¹⁴¹ indicaba que si antes del periodo prefijado circunstancias muy graves exigían el examen y reforma de ella, el Congreso podrá adelantar el tiempo en que debe reunirse la Convención Nacional”¹⁴².

IV.2.2. LAS CONSTITUCIONES RÍGIDAS:

A diferencia de las **Constituciones flexibles**, las **Constituciones rígidas** sólo pueden ser modificadas, total o parcialmente, mediante procedimientos más difíciles de realizar que

¹³⁰ PACE, Alessandro. La “natural” rigidez de las constituciones escritas. En: Op. Cit., p. 15.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1826

“138. Si pasados cuatro años después de jurada la constitución, se advirtiere que algunos de sus artículos merece reforma; se hará la proposición por escrito, firmada por ocho miembros al menos, de la cámara de Tribunales, y apoyada por las dos terceras partes de los miembros presentes en la cámara.”

¹³⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Reforma Constitucional? En: La Constitución Diez años después. Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann, Lima – Perú, 1989, p. 342.

¹³⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1828

“Art. 176.- Esta Constitución se conservará sin alteración ni reforma por cinco años, desde la fecha de su publicación.”

¹³⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Reforma Constitucional? En: La Constitución Diez años después. Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann, Lima – Perú, 1989, p. 342.

¹³⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1828

“Art. 177.- En julio del año de mil ochocientos treinta y tres se reunirá una Convención Nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta Constitución.”

¹⁴⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Reforma Constitucional? En: La Constitución Diez años después. Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann, Lima – Perú, 1989, p. 342.

¹⁴¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1828

“Art. 178.- Si antes del período prefijado, circunstancias muy graves exigieren el examen y reforma de que habla el artículo anterior, el Congreso podrá anticipar el tiempo en que debe reunirse la Convención Nacional.”

¹⁴² GARCÍA BELAUNDE, Domingo. ¿Reforma Constitucional? En: La Constitución Diez años después. Constitución y Sociedad, Fundación Friedrich Naumann, Lima – Perú, 1989, p. 342.

los procedimientos de aprobación de leyes ordinarias. En cuanto a los procedimientos correspondientes a la reforma de las Constituciones rígidas, Pedro de Vega sostiene que el “Derecho comparado ofrece un conjunto tan abigarrado y complejo de sistemas de organización de los procedimientos de reforma constitucional, que se hace muy difícil cualquier intento de ordenación sistemática de los mismos”¹⁴³. Sin embargo, afirma que “cabría explicar los distintos supuestos de agravación del procedimiento de reforma constitucional, en relación a los procedimientos de elaboración de las leyes ordinarias desde una doble perspectiva: por un lado, estarían los sistemas que atribuyen la reforma a órganos especiales, diferentes de los legislativos ordinarios, y, por otro lado, aparecerían los sistemas que, confiriendo la competencia de la reforma al órgano legislativo ordinario, establecen, sin embargo, un procedimiento más agravado, difícil y complejo para la revisión constitucional.”¹⁴⁴

Respecto del primer supuesto (atribución de la reforma a órganos especiales), Pedro de Vega afirma que se podrían recordar como modalidades más significativas¹⁴⁵: 1) “La creación de una Asamblea especial o Convención”¹⁴⁶; 2) “La formación de una Asamblea Nacional, a través de la reunión en sesión conjunta de las dos Cámaras del Parlamento”¹⁴⁷ ¹⁴⁸; y 3) “El sometimiento a referéndum obligatorio de todo proyecto de reforma constitucional”¹⁴⁹, lo que “significa que el pueblo, organizado como electorado, complementa la función de las Asambleas como órgano legislativo ordinario”¹⁵⁰ ¹⁵¹. Respecto del segundo supuesto – “procedimiento de agravación asumido por los órganos legislativos ordinarios”¹⁵² –, Pedro de Vega considera que, entre las distintas modalidades que presenta, cabría señalar¹⁵³: 1) “El establecimiento de mayorías cualificadas en el Parlamento”¹⁵⁴ ¹⁵⁵ ; 2) “La doble aprobación en intervalos sucesivos o en momentos

¹⁴³ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 94.

¹⁴⁴ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 95-96.

¹⁴⁵ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 96.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Una expresión de esta modalidad se presentó en Francia según explica André Hauriou: “En Francia, durante la III República, la revisión era operada por la Cámara de los Diputados y el Senado reunidos en una sola asamblea, que recibía el nombre de Asamblea Nacional.” (HAURIOU, André. Op. Cit., p. 325).

¹⁴⁹ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 96.

¹⁵⁰ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 96-97.

¹⁵¹ Karl Loewenstein sostiene que en “lo que hace referencia a la intervención del electorado en el procedimiento de reforma constitucional, se dan dos posibilidades: por una parte, la disolución del parlamento tras la aprobación de la reforma por el mismo, la celebración de nuevas elecciones y la nueva aprobación por el nuevo parlamento, y, por otro lado, la propia actitud del electorado expresada en un referéndum.” (LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit., p. 179).

¹⁵² DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, p. 97.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Karl Loewenstein sostiene que esta modalidad de reforma constitucional ha dejado probada su eficacia: “La técnica para dificultar la reforma constitucional que, introducida preferentemente desde el principio de las constituciones escritas, ha dejado probada ampliamente su eficacia, ha sido la de exigir mayorías parlamentarias cualificadas para la adopción de la ley enmendando la constitución. Con ello, no sólo se alcanzará un consenso más amplio entre los partidos elegidos en el parlamento y entre las fuerzas sociales representadas por ellos, elevando así el grado de la legitimidad de la reforma, sino que también se concederá a la minoría disidente un veto que puede jugar el papel de un eficaz control intraórgano. Esta técnica supone un cerrojo frente a las manipulaciones abusivas de la mayoría parlamentaria, radicando aquí un regulador de la dinámica política cuya importancia difícilmente puede ser exagerada.” (LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit., p. 177).

temporales distintos de una misma legislatura”¹⁵⁶; y 3) “La doble aprobación de la reforma en dos legislaturas diferentes, mediando, por tanto, entre una y otra la celebración de elecciones generales, que adquieren por ello un significado referendario evidente”¹⁵⁷.

Según Paolo Biscaretti di Ruffia, contemporáneamente, la gran mayoría de constituciones de los Estados pertenecen a la categoría de constituciones rígidas:

*“Puede precisarse desde ahora que la gran mayoría de las constituciones de los Estados contemporáneos son rígidas - aun cuando varían notablemente, en los casos particulares, las dificultades de los procedimientos establecidos para su revisión -, pues debe tenerse en cuenta de manera especial el hecho de que los mismos motivos que por costumbre llevan a traducir en normas escritas y precisas las reglas fundamentales de la convivencia social (las llamadas constituciones escritas) impelen también a conferirles una eficacia mayor que la que corresponde a las leyes ordinarias. (...).”*¹⁵⁸

IV.2.3. LAS CONSTITUCIONES FLEXIBLES:

Como se explicó anteriormente, las Constituciones flexibles son aquellas que permiten su modificación mediante el procedimiento correspondiente a la aprobación de las leyes ordinarias. El ejemplo más conocido de **Constitución flexible** es la constitución británica. Se trata de un ordenamiento constitucional que no se encuentra reunido en un texto normativo unitario. Por el contrario las reglas de funcionamiento del estado constitucional en el Reino Unido se encuentran dispersas en un conjunto de leyes ordinarias, convenciones y costumbres constitucionales¹⁵⁹. A su vez, la ausencia de una disposición normativa que prohíba la modificación total o parcial de esta constitución mediante el procedimiento de aprobación de una ley ordinaria es, en la sociedad política británica, un símbolo de la convicción de que el hecho de realizar modificaciones constitucionales mediante este mecanismo es jurídicamente válido¹⁶⁰.

¹⁵⁶ DE VEGA, Pedro. La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, p. 98.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op. Cit., p. 500.

¹⁵⁹ “La Constitución británica no es un código escrito, como es usual en el moderno Derecho Constitucional. Ni siquiera es escrita. Si bien está conformado por derecho escrito, su fuente principal se deriva de usos, costumbres y convenciones. Es, por tanto, una Constitución predominantemente consuetudinaria. Además, es a la vez permanente y atemporal. Se nutre - por igual - de viejos pactos y de muy tradicionales declaraciones y cartas de libertades, como de convenciones no escritas, leyes ordinarias, tratados o fallos judiciales, que forman un conjunto jurídico de cierta organicidad y en constante evolución, adaptando sus prácticas al funcionamiento de las instituciones británicas. Esta amalgama jurídica, que adquiere cierta insospechada rigidez en los hechos a pesar de su formal flexibilidad, es la base del derecho constitucional en el Reino Unido. Como no se puede analizar la estructura de un texto no codificado, es común indagar por las fuentes que nutren el derecho constitucional británico.” (PLANAS PEDRO. Regímenes Políticos Contemporáneos. Fondo de Cultura Económica, Lima -Perú, 1997, p. 136.). “Pero un Estado sin constitución escrita no es en absoluto un Estado carente de constitución. Aunque Gran Bretaña tradicionalmente ha desdeñado la unificación de sus convenciones constitucionales en un documento único y específico, la mayor parte del orden fundamental británico está articulada en forma de ley, empezando con la legislación del tiempo de la *Glorious Revolution* hasta la serie de Representation of People Acts tras 1872, Parliament Acts de 1911 y 1949, y Ministers of the Crown Act de 1937 y otras.” (LOEWENSTEIN, Karl. Op. Cit., p. 207)

¹⁶⁰ “Por el carácter flexible de la Constitución británica, el parlamento concentra en sus manos un supremo poder, inimaginable en la organización constitucional de otras naciones. Es conocida la vieja frase que resume su gran poder: que el parlamento británico “*puede hacer cualquier cosa, excepto convertir a un hombre en mujer*”. Mediante una ley puede, en efecto, abolir la Monarquía, destituir a todos los jueces o prorrogar su mandato treinta años. No se concibe un acto inconstitucional del parlamento británico. Acaso por ello, un estudioso norteamericano como Burgess llegó al extremo de considerar al gobierno parlamentario inglés como un “gobierno ilimitado”. Lo que ordene el parlamento sería lo constitucional”. (PLANAS PEDRO. Regímenes Políticos Contemporáneos. Fondo de Cultura Económica, Lima - Perú, 1997, p. 166).

Sin embargo, la constitución británica no es la única expresión de Constitución flexible en el derecho comparado. Por el contrario, según explica Alessandro Pace, existen constituciones flexibles que – a diferencia de la constitución británica – consisten en un texto normativo unitario, en el cual se establece de manera explícita su carácter flexible, es decir, la posibilidad válida de su modificación mediante el procedimiento legislativo ordinario:

“(...). Pues bien, ejemplos de constituciones escritas explícitamente flexibles son la Constitución española de 1808 (Constitución de Bayona), art. 146, 1; la Constitución de Nueva Zelanda de 1852, tal como aparece modificada por New Zealand Constitution Amendment Act de 10 de diciembre de 1947; la Constitución de la Unión Sudafricana de 1909, art. 152 (que preveía, sin embargo, un procedimiento especial de revisión para determinadas normas: así, para los arts. 33, 34, 35, 137, al igual que para el propio art. 152); la Constitución de la Unión Sudafricana de 1961, que proclamaba explícitamente tanto la autoridad legislativa soberana del Parlamento, cuyos actos se declaraban exentos de control judicial (art. 59), como la modificabilidad general por el Parlamento de todas las disposiciones de la Constitución excepto el artículo relativo a las lenguas oficiales del Estado (art. 108) y el referente a la modificabilidad general constitucional (art. 118); estos dos últimos artículos habrían podido ser modificados por el Parlamento pero mediante un procedimiento especial (aprobación de la modificación en sesión ordinaria de las dos Cámaras con la mayoría de dos tercios en la tercera lectura).

Finalmente, también la Constitución de la República Sudafricana de 1983 puede ser calificada como flexible. En efecto, dicha Constitución se limitaba a exigir una mayoría de dos tercios para modificar el art. 89 (sobre la igualdad de las lenguas oficiales) y una mayoría absoluta para modificar otras disposiciones en materia de organización constitucional (art. 99.3). Parámetro del control de constitucionalidad era no sólo la Constitución, sino ésta “in connection with any law which is expressed to be enacted by the State President and Parliament or by the State President and any House” (art. 34.2), lo que confirma la ausencia de superioridad formal de la Constitución en relación con las leyes.”¹⁶¹

¹⁶¹ PACE ALESSANDRO, La “natural” rigidez de las constituciones escritas. En: Op. Cit., p. 17.

CONCLUSIONES:

1. El **Poder Constituyente** no es un órgano, sino una atribución de las personas que les permite adoptar la estructura organizativa del sistema democrático constitucional para el gobierno de su sociedad política.
2. La **Constitución** contiene la estructura organizativa concreta que adopta el sistema democrático constitucional para el gobierno de una sociedad política específica. Por lo tanto, el **Poder Constituyente** se ejerce cuando se aprueba la **primera Constitución** de una sociedad política y también cuando se decide reemplazar una **Constitución vigente** por una **nueva Constitución**.
3. Cuando se realiza el reemplazo de una **Constitución vigente** por una **nueva Constitución**, mediante el ejercicio del **Poder Constituyente**, no se utilizan los mecanismos procedimentales que la Constitución reemplazada establece para su propia modificación.
4. Los procedimientos empleados históricamente para el ejercicio del **Poder Constituyente** han tenido como referencia a dos modelos básicos: el modelo francés y el modelo norteamericano.
5. El **referéndum** no es la única forma como puede expresarse directamente el **Poder Constituyente**. En el derecho comparado, otro mecanismo de expresión directa de este poder es la ratificación realizada por las **town-meetings**.
6. El **Poder Constituyente** tiene como límite la imposibilidad de suprimir válidamente el contenido de la democracia constitucional. Este contenido está conformado, en primer término, por el reconocimiento de los derechos de las personas. También forman parte de este contenido la distribución del ejercicio de las funciones políticas en distintos órganos y el control de este ejercicio, como instrumentos de protección de aquellos derechos.
7. El **Poder Constituyente** es un derecho de autogobierno de las personas. No se fundamenta, por lo tanto, en las "**valoraciones sociales dominantes**" porque éstas, en determinados momentos, pueden ser contrarias al reconocimiento de este derecho y favorables a la instalación de regímenes políticos autocráticos.
8. La **Reforma Constitucional** consiste en la modificación del contenido de la Constitución, utilizando los mecanismos que, para tal modificación se encuentran reconocidos en el ordenamiento constitucional vigente.
9. Desde el punto de vista de los procedimientos necesarios para su modificación total o parcial, las **Constituciones** pueden ser **rígidas** o **flexibles**.
10. Las **Constituciones rígidas** son aquellas que no pueden ser modificadas total ni parcialmente mediante el procedimiento correspondiente a la aprobación de leyes ordinarias. Las **Constituciones flexibles**, en cambio, sí pueden ser modificadas válidamente mediante este procedimiento.

11. La **Reforma Constitucional** sirve para adecuar el ordenamiento constitucional a las modificaciones políticas, económicas, culturales o de otra índole relevante, que se producen en la sociedad.
12. La **Reforma Constitucional** puede ser total o parcial.
13. La realización de una **Reforma total** de la Constitución no es una manifestación del ejercicio del **Poder Constituyente**.
14. La Constitución peruana vigente es una **Constitución rígida**.
15. La Constitución peruana vigente permite la realización de una **reforma constitucional total**.
16. La participación del pueblo, mediante el referéndum, en la aprobación de una **reforma total** de la Constitución peruana vigente, de conformidad con las reglas previstas en este ordenamiento constitucional, no es una manifestación del ejercicio del **Poder Constituyente**.