

La reforma constitucional

Víctor García Toma

I) POSTULADOS

El texto fundamental de un Estado es, en puridad, un instrumento que corresponde a su propia organización, mediante el cual se expresan fundamentalmente las relaciones de poder de una sociedad en un tiempo determinado; valiéndose para ello de la formalización jurídica que todo acto de derecho contiene.

La Constitución deviene en el formato legal en donde aparecen los aspectos centrales de la vida ciudadana, tales como los derechos y garantías personales; la participación en los asuntos políticos y en el goce de la riqueza nacional; la ordenación del funcionamiento del aparato estatal el concierto de las relaciones socio-económicas, etc. En esta perspectiva, la Carta Básica tiene como sello particular el ser mandato jurídico formal e imperativo y, por consiguiente, inherente a las funciones tuitivas y coactivas del Estado. Mas, sin embargo, de manera paralela y revestida por lo jurídico, ella expresa una naturaleza política entre los distintos sectores sociales.

Ello obliga al Legislador Constituyente a correlacionar el texto fundamental con una realidad concreta: a determinar de manera clara las aspiraciones sociales y las responsabilidades específicas de los ciudadanos en el forjamiento del bien común.

Una Constitución necesita recoger los recados emanados de la historia, lo privativo y natural del quehacer social a efectos de establecer un

connubio sólido, estable e integrado. Es dable agregar la necesidad de que sea dictada por consenso a fin de preservar, normativamente, todos los intereses generales de las distintas capas del pueblo.

En nuestro caso, en particular, los peruanos, a lo largo de 168 años de vida republicana, hemos vivido haciendo y deshaciendo Constituciones. El germinar de un texto cada diez años nos muestra, a las claras, que ellos no provinieron ni del mandato de la historia, ni de las exigencias de una realidad puntual y precisa, ni muchos menos fue corolario del consenso social.

El acreditado exceso constitucionalista es fruto, a la postre, de un evidente defecto de apreciación de la realidad que llevó a gobernantes y políticos a cambiar tantas veces lo que por su carácter de *fundamental* exige de por sí estabilidad.

Las dogmáticas preocupaciones de facción, las situaciones políticas transitorias consideradas como definitivas; y, sobre todo, la ingenua deformación mental que encarga a la ley la "creación de la realidad" llevaron al país a tantos y en gran parte inútiles esfuerzos constitucionales.

Así, la práctica constitucional muestra el conflicto entre la "Constitución Formal" y la "Constitución Real". Ello obligó a nuestros doctores a descubrir sus ambigüedades y silencios. Aplicadas parcialmente o simplemente no aplicadas, terminaron negadas por la praxis diaria de los gobernantes de turno. Las "mutaciones" constitucionales mostraron ese contraste que derogó "de *FACTO*" los distintos textos constitucionales.

Como bien plantea la escuela alemana, la mutación constitucional designa el fenómeno que se genera en los Estados cuyas cartas escritas, sin someterse a la reforma formal, adquieren un sentido distinto, nuevo, un contenido diferente, una interpretación inédita, o llegan a perder eficacia por un uso contrario.

En simbólica batalla frontal, unas veces, o en guerra de guerrillas en otras, los hechos y los textos, son, en la historia republicana del Perú como la tesis y la antítesis de una dialéctica exorcisante. Los hechos han ido perfilando períodos oscuros, convulsiones anárquicas, tumultos, motines y despreciables dictaduras pretorianas. A cambio de ello, nuestros textos constitucionales nos dejaron utopías vehementes y fervores testarudos, amén de los antiguos anhelos de libertad y bienestar ciudadano, del

respeto franco a la ley y el decoro en la conducta pública. (1)

Lo expuesto devela que el divorcio prematuro del país legal con el país real y profundo, gestado a los pocos días de dictada nuestra primera Carta Republicana, nos ha perseguido como una sombra cada vez que nos hemos encaminado a la dación de otro texto fundamental.

Como bien afirmó Víctor Andrés Belaunde: *'En la historia del Perú, el alma nacional dormita sin querer nada o despierta para orientarse en el sentido de lo irrealizable o lo equivocado siendo nuestra vida una triste sucesión de antagonismos'* (2).

Por ello, aparecen la hipocresía legislativa o el alegre deporte del trasplante y la copia de instituciones jurídicas extrañas a nuestra identidad y modo de ser. Como bien expresara un estudioso de nuestra literatura: "En el Perú nuestra producción escrita no es más que ecos de ecos y reflejos de reflejos".

En resumen, nuestras Cartas Políticas sólo fueron catecismos llenos de dogmas republicanos y listín de promesas; pero sin creyentes ni adeptos convencidos. Don Toribio Pacheco, en sus certeras "Cuestiones Constitucionales", al respecto, decía: *'Forjamos una Constitución y no nos volvemos a acordar de ella: proclamamos los derechos y garantías que todo hombre debe gozar en una sociedad medianamente autorizada, y no los respetamos en los otros, ni exigimos que ellos la respeten en nuestra propia persona; establecemos autoridades y tampoco las respetamos; nos burlamos de ellas, las desacreditamos y las derogamos el día que se nos antoja'* (3).

Este dramático cuadro fue tomado en parte, en cuenta, por los miembros de la Asamblea Constituyente de 1979; los cuales, dispuestos a no repetir los viejos errores, intentaron ligar no siempre con éxito su texto a la realidad, aprobarla previo y serio consenso, adecuar a nuestra idiosincracia las instituciones emanadas del derecho comparado y, sustancialmente, hacer de la Constitución un espejo en donde el pueblo se mire a sí mismo con esperanza.

-
1. Enrique Chirinos Soto. *La Nueva Constitución al alcance de todos*. Edit. Andina, Lima 1979.
 2. José Pareja Paz Soldán. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Edit. Justo Valenzuela, Lima 1980.
 3. José Pareja Paz Soldán, Ob. cit.

La Constitución de 1979, diez años después de promulgada, tiene aun el reto enorme de vencer el escepticismo. Ante esto, debemos recordar el chascarrillo del mejor humorista boliviano, quien al enterarse de la aprobación, de un nuevo texto fundamental, con circunspección, dijo lo siguiente: *"Se acaba de aprobar una nueva Constitución; por ello, yo mando se registre, se publique y se archive"*. Por ende, la reforma Constitucional sigue siendo una opción válida para acercar más el texto básico a la realidad, evitando que sólo sea papel mojado en tinta; o un libro amarillento olvidado por los que alguna vez se llamaron sus lectores.

II) NOCION GENERAL DEL PODER CONSTITUYENTE

El Poder Constituyente es una facultad de acción que deriva del atributo originario de una colectividad a proveerse de manera autónoma una organización político-jurídica, a través del dictado de una Constitución. Representa la asociación de la voluntad con la fuerza para adoptar una decisión en conjunto, sobre su modo y forma de existencia política.

En lo genérico, la presencia de un poder supone siempre una *competencia*; es decir, la facultad legal para otorgar o confirmar actos jurídicos. La naturaleza de ese poder, así como su extensión, la modalidad de su ejercicio, etc., se encuentran determinadas por una regla anterior; de modo tal que se liga armoniosamente con el derecho.

En cambio, en el caso del Poder Constituyente se le aprecia con una inevitable significación política. La autoridad que posee o encierra es rebelde a una integración total dentro de un sistema jerárquico de normas y competencias.

Ella entraña el ejercicio de la más alta manifestación del accionar político de una comunidad consciente de su personalidad histórica y es la suprema expresión de la voluntad nacional premunida de idoneidad creadora para forjar un nuevo orden jurídico.

Este poder se caracteriza por ostentar una prerrogativa superior, creativa, originaria y pre-existente, en relación a los otros poderes conocidos doctrinariamente como constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Ello es así porque el poder constituido sólo actúa en la esfera circunscrita por la labor del legislador constituyente. El marco constitucional es intocable e inmutable. Esta potestad es unitaria, indivisible, no susceptible de enajenación, absorción o consunción.

Este poder se manifiesta en dos instancias de distinto grado:

- a) El Poder Constituyente Originario; y
- b) El Poder Constituyente Derivado.

El Poder Constituyente Originario pertenece a lo que Jorge Reynaldo Vanossi denomina "Etapa de la Primigenidad" (4). Su estudio pertenece al campo de la Ciencia Política, la Filosofía y la Sociología.

Se trata de una noción o idea meta-jurídica o extra-jurídica, pues está más allá de toda o cualquier competencia; por eso mismo no es sujeto creado por el derecho, aunque sí es objeto de consideración circunstancial.

La expresión "*poder*" no está referida a la competencia o jurisdicción del derecho, sino a la potestad en cuanto a fuerza; energía política y vigor social.

Las expresiones en que puede dejar constancia de su presencia son

- Como expresión fundacional, al crearse un Estado y dictarse su primer Código Fundamental.
- Como expresión renovadora, al promover cambios en la fórmula política de un Estado, ya sea por la vía de una Asamblea o Congreso Constituyente o mediante un acto revolucionario.

Como puede observarse, la creación o recreación de un orden no proviene de reformas constitucionales, ni del marco político anterior; sino que crea "ex-novo" el orden político.

Su ejercicio se expresa a través de criterios no reglados y permite justificar la creación sui-géneris de normas constitucionales. es decir, por vías diferentes de los que la Constitución autoriza y al margen de las limitaciones que ella fija.

Las características del Poder Constituyente son las siguientes:

- *Es inicial*, ya que no existe sobre él ningún otro poder. Allí se expresa la voluntad del Constituyente que es la instancia más allá.

4. Jorge Reynaldo Vanossi. El Poder Constituyente, 2 tomos. Edit. Depalma, Bs. As.

- *Es autónomo*, porque ningún individuo o grupo puede invocar mérito o título alguno para presionar al Constituyente y mucho menos substituirlo.

- *Es condicionado*, en razón de que es libre de pronunciarse según las formas o modalidades que sólo el Constituyente está calificado para fijar.

La elaboración de este concepto tuvo su origen en la Revolución Francesa. Su formulación específica correspondió al abate Emmanuel Sieyes (5), quien atribuyó el Poder Constituyente a la Nación, y más exactamente al pueblo, al que identificaba con el Tercer Estado.

EL PODER CONSTITUYENTE COMO EXPRESION REVOLUCIONARIA

El tratadista Mario Cattaneo (6) sostiene que la revolución en su significado jurídico aparece como un cambio de las normas fundamentales, como una modificación de la Constitución, puesto que constituye una modificación de los preceptos básicos de un país, que son los que confieren validez a todas las demás normas del mismo ordenamiento. Es, por tal motivo, que puede afirmarse que no existen normas superiores a éstas, por las cuales pueda calificarse "legalmente", el cambio revolucionario.

Jorge Reynaldo Vanossi sostiene que existen tres clases de datos o exigencias para detectar y calificar un acontecimiento como de carácter revolucionario; a saber:

- Para las ciencias sociales en general (la sociología y la economía) impone cambios estructurales.
- Para la ciencia política, impone transformaciones institucionales

Para la ciencia jurídica, supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes legales; es decir que es aquel hecho que no puede ser comprendido utilizando un precedente normativo vinculatorio.

La revolución afecta al Derecho no como la simple infracción de algunas normas —caso de los ilícitos penales— sino que entraña la transfor-

5. Emmanuel Sieyes. ¿Qué es el Tercer Estado? Edit. Aguilar, Madrid, 1973.

6. Mario Cattaneo. El Concepto de revolución en la Ciencia del Derecho. Edit. Depalma Bs. As.

mación o cambio de aquello que el orden caduco había consagrado como válido y vigente en la vida social y política.

Ella implica, como hemos dicho, un quebrantamiento radical del ordenamiento jurídico y la instauración de otro nuevo, efectuado sin el cumplimiento y al margen de las normas pre-existentes. Es decir, se trata de un procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente de modo que la legalidad futura se asiente sobre bases distintas a las que existían con anterioridad a la revolución.

Los hechos revolucionarios tienen relación con el derecho en un doble sentido:

Constituyen formalmente una transgresión de las normas; y
En razón a su vigorosidad y fuerza, afirman nuevos valores considerados en la colectividad como "indispensables".

Ello es así porque en la "*opini6n juris necessitatis*" del grupo social reside el criterio de cualificaci6n de un fenómeno como jurídico y deriva que la revoluci6n sea una realidad normativa. No debe olvidarse que la fuerza del Estado no es suficiente para sostener, cierto derecho si es que no se apoya en el consentimiento del pueblo, fin supremo de la sociedad y el Estado.

La revoluci6n tiene significaci6n en cuanto es portadora de las exigencias de justicia ya que, forzando la situaci6n hist6rica de la involuci6n social —no resuelta jur6dicamente ni siquiera con la reforma constitucional— rompe violentamente con el orden vigente, pero caduco, para aspirar a instaurar principios de vida m1s justos.

Representa un momento cr6tico en la vida de los pueblos, en que la justicia se re-descubre con toda su grandeza, suprimiendo todo lo que obstaculiza su camino.

Cuando surgen los movimientos revolucionarios, los hombres que los acometen no se aferran a la valorizaci6n de una acci6n particular concreta y determinada, sino que tratan de investigar la hermen6utica deontol6gica de toda una situaci6n hist6rica completa. Se trata de enjuiciar el sistema jur6dico de un pa6s que, ante la insuficiencia vital para seguir su ritmo de evoluci6n, ha dejado de desarrollar sus principios normativos de acuerdo a las necesidades sociales, anquilos1ndose hasta el punto de haberse convertido en lastre: produci6ndose un desajuste entre la realidad jur6dica y la social.

Se torna entonces legítimo lo que John Locke denominó "*Apelación al cielo*", es decir, la lucha contra las leyes escritas en nombre las no escritas; la reivindicación del derecho natural contra el orden vigente que reniega de él.

La revolución como acto es, en esencia, un claro deber moral, porque implica el reconocimiento de un comportamiento determinado frente a la injusticia.

Este deber es una exigencia social, ya que no sólo significa un compromiso para consigo mismo, sino también para con los demás miembros de la colectividad que tienen una similar percepción del valor justicia.

Su génesis de responsabilidad moral se entronca con las declaraciones políticas del siglo XVIII, que por su acentuado valor moral les da expresión jurídica en textos tales como la Declaración de Independencia de los EE.UU. y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Esta inquietud del legislador de incorporar tal precepto en el mundo del derecho se basa en dos criterios:

- Asegurar la búsqueda y/o defensa del valor justicia; y
- Consolidar la ínsita responsabilidad moral del hombre en dicha tarea.

Este acontecer revolucionario, consistente en la pretensión de imponer un cambio en el sistema normativo básico vigente, nada tiene que ver con su extensión o bastedad, ya que lo importante y significativo es la profundidad de la acción para alterar las decisiones político-jurídicas fundamentales.

En razón de todo lo expuesto, se puede concluir que el cambio revolucionario, es decir, el ejercicio de la *potestad constituyente revolucionaria* se expresa en los siguientes aspectos:

- Promueve la abolición de una Constitución y su reemplazo por otra que no es consecuencia de aquélla.
- En el caso de una reforma constitucional sui-géneris, amerita que sea convalidada por los órganos supremos del Estado y reivindicada por la comunidad con su acatamiento.
- El comportamiento de los órganos encargados de la aplicación e interpretación del ordenamiento legal puede conseguir imponer

normas e interpretaciones preceptivas que por "*habilitación*" lleguen a significar la convalidación de una reforma por vía revolucionaria.

En tal virtud, existiría una posible clasificación de las revoluciones jurídicas, según sea que la ruptura de la lógica de creación se efectúe en la parte orgánica de la Constitución (la que determina el órgano del Estado que debe aplicarla) o en la parte material (la que determina que debe hacer el órgano como aplicación en materia política, social, económica, etc.); donde resultan las siguientes:

- Las puramente orgánicas, que aluden a la ruptura la lógica de creación normativa por el ejercicio *no formal* de un órgano del Estado (Gobierno de Facto);
- Las Mixtas, que se refieren a la ruptura por parte de un ejercicio no formal del órgano legisferante y cuya acción adicionalmente colisiona con la parte material de la Constitución;
- Las puramente materiales, que aluden a la ruptura de la lógica de creación normativa por parte de un órgano del Estado con origen legal, pero cuya acción trasgrede el ámbito material de la Constitución.

En este aspecto, al derecho se le presenta el problema de la asignación de validez; esto es, cuando se enfrenta a una norma sancionada "revolucionariamente". Al respecto, debe quedar claro que la validez no es un elemento o propiedad de las normas jurídicas, sino que se trata de una relación entre esos preceptos y el criterio interno que adopta el jurista para confrontar ordenamiento jurídico.

Es así que en el mundo del derecho, nos encontramos con una gama amplia de "*criterios*" para ponderar las pautas legales existentes en un ordenamiento. Por lo tanto, una norma en análisis puede resultar "válida" o "no válida" según el punto de vista que asuma el jurista. No obstante lo expuesto, esta diversidad de criterios, estos criterios no coexisten en un mismo plano de igualdad, ya que en cada ordenamiento jurídico predominará uno en especial, en virtud de su consagración oficial. Vale decir, con el respaldo del poder de coerción del Estado.

A grosso modo, aparecen como tales los surgidos de las canteras del jusnaturalismo, el racionalismo normativista, el sociologismo, la teoría egológica, etc.

En nuestro país, la tradición constitucional se ha inclinado casi siem-

pre por aceptar los criterios de validez jusnaturalista. Así, todas las constituciones peruanas, con excepción de las de 1860 y 1920, han dejado constancia expresa con sus introitos, de su adscripción al jusnaturalismo cristiano.

Al respecto, debe recordarse que el actual texto fundamental declara en su Preámbulo, "la creencia en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado".

IV EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Pertenece a lo que Jorge Reynaldo Vanossi (7) denomina "Etapa de la Continuidad". Su estudio corresponde exclusivamente a la ciencia jurídica, por ser típicamente un concepto de naturaleza jurídica.

Se trata de una competencia *extraordinaria o excepcional*, por cuanto se encuentra indicada por el propio ordenamiento constitucional (creada por el Poder Constituyente originario) a efecto de conseguir una modificación o redistribución de las demás competencias ordinarias del Estado. En su caso, no existe una solución de continuidad, tanto en su actuar como en su proceder.

Esta potestad derivada o instituida es la expresión de un orden ya existente que se manifiesta mediante ciertos procedimientos de reforma constitucional contempladas en la Ley Fundamental.

La facultad de reforma o revisión sólo puede considerarse como una forma propuesta de obrar al poder derivado, como una técnica oportuna pero nunca como una regla inexorable.

La revisión no tiene un valor en sí, se afirma sólo en la medida que es expresión parcial e imperfecta de la incondicionada potestad constituyente del pueblo. En síntesis, no la reemplaza sino que trata simplemente de conciliarla con las exigencias de la estabilidad jurídica de un Estado.

Es una verdad de perogrullo que toda Constitución necesita recoger permanentemente los recados emando de la vida social. Para ello se creó la institución de la revisión orgánica.

7. Ob. cit.

La reforma constitucional se encuentra ligada al proceso social que por tal es siempre dinámico y cambiante. Esa relación entre norma y realidad es, en muchos casos, esquivada e inexistente. Ya Vladimir Ilich Uliánov "Lenin" censuraba el lirismo jurídico sosteniendo que no debe olvidarse que *"los hechos son testarudos"*.

El propio General Charles de Gaulle planteaba, en sus memorias, que *"lo que está escrito, aunque sea sobre un pergamino, sólo vale por su aplicación"*.

La revisión contiene una situación de aplicación del derecho por vías del derecho mismo. Así nace de la propia Constitución y, por tanto, está comprendida en la especie de las normas constitucionales dado que se rige por una de ellas.

La revisión como noción jurídica es un aporte más del derecho constitucional norteamericano. Así, al influjo de hombres de la talla de Alexander Hamilton, James Madison y Jay, se insertó en el artículo V de la Constitución de 1787, la idea de que los cambios en su texto deberían de producirse de manera especial y reflexiva, antes que por el súbito y violento paroxismo legisferante.

Ellos esperaban y, acertaron, que las llamadas "ENMIENDAS" preservarían al gobierno de la excitación y turbulencia popular.

La aplicación de esta histórica concepción acredita la vitalidad y lozanía permanente del texto fundamental de nuestros vecinos del norte. Ellas provienen de las 26 enmiendas efectuadas a lo largo de dos siglos, y son las que han permitido encontrar adaptabilidad a las condiciones sociales imperantes a lo largo de dicho tiempo.

La robustez de la Constitución americana no proviene del texto de 1787; ella es la emanación de otra fuente que nosotros conocemos con el nombre de reforma.

Este poder se mueve al interior del orden jurídico pre-existente, opera dentro de una legalidad constitucional; es oriundo de un derecho ya establecido. Su adecuación deviene de su validez y eficacia.

Así, pues, en relación a ambas modalidades, debe señalarse que no se trata de poderes de distinta sustancia, sino de un entroncamiento de género a especie, que se presenta en dos momentos de la vida institucional: *el primero*, como creación o recreación de un orden constitucional;

el segundo, como reforma del mismo

A manera de síntesis, siguiendo a Alberto Spota (8), se puede distinguir conceptualmente el ejercicio de ambos poderes:

- a) El Poder Constituyente Originario es el que organiza y da asiento jurídico, por primera vez o nuevamente, a una comunidad. Su base de poder es político.

El Poder Constituyente Derivado es la consecuencia de una norma constitucional que faculta o permite la reforma del texto magno; por ende, dicho poder tiene un origen estrictamente jurídico.

Así, cuando una Constitución, a través de una de sus normas, anuncia la probabilidad y el procedimiento para su propia reforma, el poder que surge del cumplimiento de su precepto es uno de carácter constituido o instituido, o sea, es una potestad cuyo asiento tiene base legislativa.

- b) El Poder Constituyente Originario es una expresión que alude a potencia, fuerza o dominación política.

El Poder Constituyente Derivado se asocia con los conceptos de competencia, facultad, atribución o capacidad jurídica.

V. VISION HISTORICO-NORMATIVA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERU

Cronológicamente, esta materia ha recibido el siguiente tratamiento

La Constitución de Cádiz, de 1812, afirmó que la reforma debería efectuarse mediante la anuencia de las dos terceras partes de los miembros del Parlamento. No señalaba otro requisito adicional (Arts. 379-380).

La Constitución de 1823 expresaba que, al momento de ser aprobada, dicho texto quedaba sujeta a la ratificación o reforma en un Congreso General compuesto por los Diputados de todas las provincias libres o desocupadas al concluir el proceso emancipador. No establecía criterio alguno para modificaciones posteriores (Arts. 191-192).

La Constitución de 1826 expresamente señalaba que la propuesta

8. Alberto Spota, *Origen y Naturaleza del Poder Constituyente*. Ed. Bibliográfica Argentina. Bs. As.

debería ser efectuada por ocho miembros o más de la Cámara de los Tribunales y apoyada por las dos terceras partes.

En caso de que las Cámaras estuvieran convencidas de la necesidad de reforma, se expediría una ley para que los cuerpos electorales confiaran a los representantes legislativos, poderes especiales, indicando las bases sobre las que debería recaer la reforma.

En la Legislatura siguiente, la materia debería ser propuesta, discutida y resuelta, previa consulta al Poder Ejecutivo sobre la conveniencia.

La Constitución de 1828 fijaba que la propuesta debería surgir de la cuarta parte de los componentes de una cámara; su trámite era ordinario, y su aprobación requería la convocatoria de una convención nacional. No se establecía mayoría calificada.

La Constitución de 1834 enunciaba que la propuesta de modificación podría ser presentada en cualquiera de las Cámaras, bajo el respaldo de un tercio de sus miembros.

El Congreso era quien resolvía por una mayoría absoluta (Art. 178-187). La Constitución de 1839 utilizaba análogos procedimientos (Art. 184-193).

La Constitución de 1856 preveía la necesidad de que el proyecto fuere aprobado en tres legislaturas distintas, previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier iniciativa. No se exigía mayoría calificada (Art. 134).

La Constitución de 1860 afirmaba que la reforma se sancionaba en un Congreso Ordinario, y debería ser ratificada en la siguiente legislatura ordinaria (Art. 134).

La Constitución de 1867 mencionaba que su aprobación debería efectuarse en tres legislaturas distintas (Art. 131).

La Constitución de 1867 mencionaba que su aprobación debería efectuarse en Congreso Ordinario y ser ratificada en otra Legislatura Ordinaria; requiriéndose en ambas los dos tercios de los miembros de las Cámaras (Art. 160).

La Constitución de 1933 refería que la reforma debería ser aprobada por las Cámaras en Legislatura Ordinaria y debería ser ratificada en otra

de las mismas características.

La aprobación y la ratificación requerían de la mayoría de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras.

La iniciativa correspondía a los Diputados, Senadores y al Presidente de la República previa aprobación del Consejo de Ministros.

VI. LOS LIMITES DEL PODER CONSTITUYENTE

Como se ha afirmado líneas arriba, el estudio de los límites del Poder Constituyente Originario pertenecen al campo de la ciencia política, la filosofía y la sociología. Ello, en razón a que se trata de una noción o idea neta jurídica o extra-jurídica que se encuentra más allá de toda competencia.

La Ilimitación.— Desde una perspectiva legal es permanente y positiva, ya que consiste en el no reconocimiento de parámetros provenientes del derecho vigente, puesto que se encuentra ubicado fuera del ámbito jurídico; por lo que sería contradictorio pretender que al mismo tiempo estuviera comprendido en las limitaciones que de él emanan.

En cambio, adscritas a los predios de las disciplinas arriba mencionadas, y se encuentran "limitaciones" que no reposan en órganos o procedimientos jurídicos, sino básicamente en la conciencia del hombre y las convicciones de la comunidad (9).

En este sentido Julio Cueto Rua, afirma que "la más firme y sólida garantía de que una regulación constitucional repugnante a nuestros valores no se impondrá, está en el hombre mismo, y no fuera de él; ya que normalmente el constituyente se sentirá apresado por vallas invisibles de las que no podrá escapar porque él no vive en un trasmundo, sino que participa necesariamente de las valoraciones ambientales: su existir es un co-existir con lo demás en el tiempo".

Los límites que actúan "sobre" el constituyente con poder originario y que, lógicamente, afectan también al derecho, son los siguientes:

— *Los Ideológicos.*— Consistentes en creencia o valores que operan

9. Julio Cueto Rua. ¿Es posible declarar inconstitucional una Reforma Constitucional? Rev. Justicia Colegio de Abogados de Bolivia, 1986.

en el ámbito de la super estructura: y

— *Los Estructurales.* — Que conforman el ámbito social subyacente: como son el sistema productivo, las clases sociales, etc.

En cambio, el Poder Constituyente Derivado es estudiado por la ciencia del Derecho ya que expresa con claridad un concepto jurídico. La atribución de la reforma es expresión de una competencia y aun cuando sea extraordinario o excepcional en el sentido que puede modificar o redistribuir a las demás competencias ordinarias del Estado (10).

Al respecto, Carl Schmitt señala que la competencia para informar el texto fundamental no es una atribución normal sino, más bien, una prerrogativa de carácter extraordinario y limitada.

Es evidente que el Poder Constituyente Originario ostente formalmente competencia irrestricta; en tanto que el Poder Reformador se encuentra investido de una facultad que no siendo ordinaria, tampoco es ilimitada; y que ha recibido la denominación de '*Competencia de Competencias*'.

La facultad de reforma prescrita por una norma constitucional significa que una o varias reglas del texto fundamental pueden ser sustituidas, pero bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo.

La aptitud de reforma no se explica por sí misma; la competencia para ella no conlleva la utilización de una facultad usual (tal como dar leyes, conocer procesos judiciales, realizar actos administrativos); sino que se trata de una acción singular, con límites y objetivos muy precisos.

En razón de lo expuesto, la potestad de enmendar contiene, pues, tan sólo la atribución de practicar reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero bajo la restricción de mantener la fisonomía del texto. Para Schmitt la Constitución es intangible en aquello que es sustancial; en suma, la reforma de la Constitución no acarrea su destrucción.

Mediante la reforma se puede modificar pero no destruir la Constitución, caso contrario también su legitimidad como poder de revisión. Como tal, promueve a la "conservación" del texto magno mediante su permanente actualización con la realidad.

10. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Alianza Universidad, Madrid, 1982.

La Carta Magna intenta ser la completa regulación jurídica del incesante y diverso proceso renovador de la vida de un Estado. De allí se puede, en cierto modo, comprender su relativa permanencia. Una Constitución perdura en la medida que armoniza con los procesos reales, asumiéndolos, acomodándose a ellos, encauzándolos. Los cambios formales le afectan pero al integrarlos en su seno, se renueva, y por ende, continúa. De lo contrario, cuando es desbordada por los procesos es incapaz de asumirlos. Se rompe o incumple, abre paso sin importar su vigencia a la revolución o a otra nueva Constitución que emana de un modo de producción originario.

Conviene subrayar que la reforma tiene un carácter esencialmente integrador en la medida que intenta acomodar las normas con la realidad

Sin embargo, para que esa dimensión integradora sea cabal, existen un límite o límites que, en términos genéricos, podríamos denominar *fórmula política*, que no puede ser cambiada por la Reforma Constitucional. En caso contrario, se abandona el cauce de la legitimidad constitucional y se origina un proceso revolucionario.

La existencia de estos límites es indispensable para el mantenimiento mismo de la Constitución, para que conserve su identidad pese a las modificaciones realizadas en su contenido. De manera que, aunque se hayan reformado partes íntegras, se mantendrá la continuidad de la misma Constitución en tanto se hayan respetado tales límites.

La *fórmula política* de una Constitución se compone de un techo ideológico (liberal), democrático, socialista, fascista, etc.) está ajustada a unos supuestos económico-sociales (capitalismo privado, capitalismo de Estado, etc.) y se adscribe al influjo de determinados principios de organización política (federalismo, república, monarquía, etc.)

La fórmula está dirigida a determinar con claridad tres aspectos: *quién manda, cómo manda y para qué manda* en determinado Estado.

Ello es obra exclusiva del Poder Constituyente; alterarlo configuraría una *expresión resolutoria*, razón por la que está fuera de la competencia del poder o reforma.

La tarea, pues, del intérprete del derecho constitucional consiste en establecer los factores ideológicos, sociales y materiales que caracterizan a una fórmula política expresada por el Código Fundamental en cuestión. Esta labor simplifica, extraordinariamente, cuando se puede contrastar

de modo inmediato. Así, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución esclarece esos aspectos, ya que señala ciertas finalidades y convicciones políticas; e, incluso, puede recoger declaraciones y reconocer derechos.

A nuestro entender, la reforma total que equivale al "Cambio" de la Constitución, no sería doctrinariamente posible desde el momento mismo que la propia ley fundamental prevé su enmienda y corrección pero no sustitución.

El Poder Constituyente es inalienable, no enajenable, intransferible, de lo que resulta que este poder soberano no consiente que se le reemplace para el futuro en su titularidad primigenia; esto es, a decidir los valores a preservarse y la fórmula política a establecerse. Al ser inalienable no puede admitir su propia destrucción o aniquilamiento. El texto fundamental sólo puede ser abolido como totalidad o en su fórmula política mediante otro acto del Poder Constituyente Originario.

La facultad de reforma prevista en una norma fundamental no encuentra el privilegio de su cambio; por ello, la Constitución -Fuente del Poder Reformador- no nace, a su vez, del texto fundamental. Como bien afirma el tratadista alemán Carl Schmitt *"que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo, manifiesto"*.

Un análisis sesudo, desde el punto de vista histórico, acredita que la capacidad de cambios políticos de los pueblos por medio de sus representantes legales ordinarios es poco viable.

Por razones ajenas al Derecho, los pueblos prefieren el misterioso encanto de la ruptura y lo impredecible que permita operar ese cambio.

El encausamiento de los nuevos conceptos sociales en el andamiaje constitucional ofrece un ejercicio exitoso en los casos de enmiendas parciales, mas no en los casos de su renovación total.

Es falsa aquella tesis de que la imposibilidad conceptual y/o jurídica de la reforma total sea una invitación a la excitación temeraria de quienes sostienen la necesidad de la revolución. En períodos de eclosión histórica, la factibilidad de dicho cambio por medio del consenso es sólo atribución lírica.

La historia constitucional peruana ofrece la verificación de que la transformación constitucional ha emanado de la revolución y no de la norma fundamental; al extremo de que la reforma parcial ha sido un ins-

trumento jurídico exótico y despreciado

Para corroborar lo expuesto, presentamos la siguiente cronología histórica constitucional del Perú:

La Constitución de 1823 surgió del proceso emancipador y del Primer Congreso Constituyente convocado por el Libertador José de San Martín.

La Constitución Vitalicia de 1826 fue fruto de otra situación bélica y revolucionaria. El Libertador Simón Bolívar asumió todos los poderes del Estado que el propio Congreso Constituyente de 1823 le entregó para librar las victoriosas batallas de Junín y Ayacucho; y, dentro de esa situación, llamó a la ciudadanía para que refrendara dicho texto plebiscitariamente, al modo napoleónico.

La Constitución de 1828, a su vez, tiene su origen del hecho político que puso fin a la autoridad de Bolívar.

La Constitución de 1834 es la única que se elaboró de acuerdo con los cartabones que contiene la Constitución anterior.

Es de verse que en el artículo 176 se aprobó que esta Constitución se conservará sin alteración ni reforma por un plazo de cinco años, computable desde la fecha de publicación.

El Congreso de 1839, por medio de una simple ley, derogó la Constitución de 1834. Al respecto, tenemos que recordar que las revueltas provocadas por José Luis Orbegozo, Pablo Bermúdez, Felipe S. Salaverry, amén del conflicto internacional con Bolivia, hicieron que surgiera el segundo gobierno del Mariscal Agustín Gamarra, quien logró aprobar en Huancayo, en 1839, el texto fundamental que lleva el nombre de dicha ciudad.

La Constitución de 1856 tampoco se modificó conforme a las reglas de la Carta precedente. Su génesis se entronca con las acciones militares emprendidas por el Mariscal Castilla contra Rufino Echenique.

La Constitución de 1860 se genera de la sublevación de Ignacio de Vivanco contra la Constitución de 1856, por su texto libérrimo. Castilla, con la habilidad que la historia le reconoce, develó la insurrección y aprovechó la oportunidad para dictar una Constitución de corte conservador.

La Constitución de 1920 tiene su vinculación en el auto-golpe provocado por Augusto B. Leguía.

La Constitución de 1933 es consecuencia de la insurrección de Luis Sánchez Cerro contra Leguía.

La Constitución de 1979, nació de la situación revolucionaria iniciada el 3 de octubre de 1968. Al respecto, no debe olvidarse que fue, durante la denominada segunda fase del gobierno militar, que se convocó y eligió a los representantes de la Asamblea Constituyente.

VII. PROCEDIMIENTOS NO FORMALES DE REFORMA

El tratadista Karl Loewenstein (11) señala que la Constitución ideal sería aquella en que el orden conformador del proceso político y el desarrollo futuro de la comunidad (político como social, económico y cultural) pudiese ser previsto de tal manera que no fuese necesario un cambio en las normas. Sin embargo, es inexorable que ella no puede prever totalmente el derrotero o lo venidero.

La Constitución es un organismo vivo siempre en movimiento, como la vida misma, y sometida a la dinámica de la realidad. De esta última se develan procedimientos *no formales* que cambian el contenido de un texto fundamentado. No se trata aquí de justificar estos procedimientos sino tan sólo de explicarlos.

Estas inevitables acomodaciones del derecho constitucional a la realidad constitucional son tomadas en cuenta de dos maneras, a las que la Teoría General del Estado ha dado la denominación de Mutación Constitucional y Normas de Habilitación.

La Mutación Constitucional se produce por una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional. El texto de la Constitución permanece intacto.

Germán Bidart Campos (12) refiere que la doctrina ha usado corrien-

11. Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Edic. Ariel, Barcelona, 1965.

12. Germán Bidart Campos. *Derecho Constitucional*. Ediar S.A., Bs. As., 1968.

temente dicho término para designar el fenómeno que se produce en los Estados cuyas Constituciones escritas, sin someterse a la reforma formal, adquieren un sentido nuevo, un contenido distinto, ostentan una interpretación, o llegan a perder vigencia por un uso contrario. En suma, hay mutación cuando se amplía, se interpreta o se altera el texto de la Constitución escrita, al margen del procedimiento indicado para ello. En nuestro país esto es frecuente, es mucho mayor que las reformas constitucionales formales.

Este acontecimiento fruto de la "informalidad" es lo que motiva la aparición de una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional.

Conforme a la doctrina alemana —Jellinek, Loewenstein, Hsu Dan Lin, etc.— algunos supuestos generales que motivan esta suerte de *modificación no reglada*. Serían los siguientes casos:

- Cuando una práctica política, judicial o administrativa se efectúa contra las prescripciones de la Constitución y adquiere eficacia y tolerancia,
- Cuando es normalmente imposible ejercer determinados poderes atribuidos por la Constitución a un órgano específico del Estado; y
- Cuando se modifica la Constitución, interpretando de modo particular alguno de sus preceptos.

En nuestro sistema constitucional existen notorios ejemplos de mutaciones constitucionales. El más claro es el caso de los decretos leyes; los que a pesar de ser nulos por mandato constitucional, mantienen su vigencia y son aplicados, inclusive, por la Corte Suprema de Justicia (13).

Al respecto, el máximo organismo de justicia en una ejecutoria relacionada con un recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Decreto Ley No. 14823 denominado Ley de Reforma Agraria, dictado durante el gobierno militar de 1962, para solucionar el álgido problema creado por las guerrillas de La Convención, dirigida por Hugo Blanco Galdós,

13. El artículo 82 de la Constitución señala que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.

expuso que "Los Decretos Leyes que expiden los gobiernos de hecho que asumen la función legislativa, rigen hasta que sean derogados, abrogados o sustituidos por otra disposición" (14).

Con similar intención, la Cámara de Diputados, en la sesión del 30 de mayo de 1983, aprobó entre otras conclusiones contenidas en el dictamen de la Comisión de Constitución, el que los decretos leyes, actos administrativos y contratos celebrados por los gobiernos de facto, aunque adolecen de inconstitucionalidad formal, producen efectos válidos sin necesidad de ratificación, hasta que sean derogados, abrogados o rescindidos respectivamente, por el gobierno legítimo.

También puede citarse el uso desmesurado que se efectúa de los alcances del inc. 20 del Art. 211 de la Constitución para dictar los denominados Decretos de Necesidad y Urgencia que sólo debieran ser utilizados, por excepción, en el ámbito económico o financiero cuando así lo requiera inmediatamente el interés nacional. No es extraño a cualquiera, con mucha información legal, que muchos de estos dispositivos no tienen ninguna relación con los requisitos anteriormente expuestos. Asimismo, es dable mencionar el caso de la Novena Disposición General y Transitoria cuya interpretación auténtica o legislativa ha tenido visos claros de criterio político antes que lo específicamente jurídico, al momento de establecer el cómputo de los plazos para presentar el proyecto del Plan Nacional de Regionalización, su aprobación y fecha de creación de regiones (15).

También, puede mencionarse el caso del Tribunal de Garantías Cons-

14. Nuestro ordenamiento ha aceptado la denominación Teoría de la continuidad, que consiste en que los Decreto Leyes preservan o mantienen su validez durante la reinstauración del Estado de Derecho. Para que pierdan vigencia, el Congreso deberá dictar una nueva norma que los derogue, abrogue, modifique o sustituya según sea el caso.

15. Mediante Ley 25012, de fecha 09-02-84, se declaró que el plazo a que se refiere el segundo párrafo de la Novena Disposición General y Transitoria de la Constitución Política, rige a partir del día 5 de abril de 1983, fecha en que entró en vigencia la Ley de Bases de la Regionalización (Ley 24650).

Al respecto, debe señalarse que la disposición constitucional textualmente expresa lo siguiente:

"El Poder Ejecutivo presenta al Poder Legislativo, dentro del plazo máximo de tres años, el proyecto de Plan Nacional de Regionalización. En la misma legislatura, o en la siguiente, el Congreso se pronuncia sobre la aprobación o rechazo del texto del proyecto, sin alteraciones. Si no se pronuncia dentro del plazo mencionado, se tiene por aprobado. La aprobación requiere la mayoría de votos del número legal de miembros de cada Cámara. En caso de rechazarse el proyecto, el Poder Ejecutivo presenta en la misma legislatura, o en la siguiente, un nuevo proyecto que se tramita de la misma manera que el anterior".

La creación de las regiones se efectúa dentro de los cuatro años siguientes mediante leyes orgánicas. Dichos plazos rigen a partir de la instalación del Gobierno Constitucional".

titucionales al fijarle el artículo 303 de la Constitución, como sede la ciudad de Arequipa cuando, en realidad, funciona en la capital de la República.

Finalmente, tenemos las conocidas detenciones policiales *por sospecha* que se contraponen a aquel derecho provisto en el Inc. 2 g) del Art. 2do. del Texto Fundamental que señala que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito.

Asimismo, la idea que encierra la *Norma de Habilitación* se encuentra vinculada con el estudio de los problemas que se derivan de la aplicación de los alcances de la Pirámide Jurídica y, por ende, de los conflictos de significación opuesta o contradictoria entre pautas legales de jerarquía distinta.

Como es sabido, la relación fundamental entre los contenidos normativos consiste en que la significación de un precepto de grado inferior, no puede rebasar los "límites" que le impone la de mayor rango, ya que de lo contrario carecería de valor.

En virtud de ello, como *sanción* a dicho rebasamiento surge la nulidad de la norma por inconstitucional. Así se desprende tácitamente del Art. 87 del Texto Fundamental, que afirma que la "Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda otra norma de inferior categoría y así, sucesivamente, de acuerdo a su jerarquía jurídica".

Mas, sin embargo, puede acontecer la no aplicación de la consecuencia sancionadora prevista —la nulidad— sino que, por el contrario, se concrete la equiparidad del resultado de validez entre las normas en conflicto; de manera tal que el deber o derecho asignado en exceso no carecería de validez jurídico; esto es que no pierde su significación. Ello se produciría, por la merced de la Norma de Habilitación, que iguala a ambos, dejando de lado la sanción anulatoria. Dicho suceso se ampararía en la mera existencia de un hecho externo a la propia pirámide jurídica.

Al respecto, Fritz Schreier, (16) esgrime el siguiente enunciado sustentatorio:

16. Fritz Schreier, *Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*, citado por Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*. Edic. Ariel, 1983.

"Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación de grado superior, deben producirse las consecuencias establecidas para las normas nulas. Pero, mediante un rodeo a través de la norma de habilitación, el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido".

A nivel constitucional, ello podría producirse, entre otras razones, por la falta de un recurso, por la imposibilidad de impugnación, por la carencia de un medio que retire la validez a la norma de dignificación inferior que contradice a la superior, etc. Por esa vía —la inexistencia de un recurso que impida la habilitación— que evite la consumación de la consecuencia jurídica presunta (nulidad), se produce precisamente la habilitación.

En suma, ella equivale a la no impugnación o la imposibilidad de impugnación. Como bien afirma Jorge Reynaldo Vanossi, la habilitación proviene de la falta de control eficaz de constitucionalidad que anule el vicio o el exceso legislativo quedando, por tanto, convalidado.

Un ejemplo concreto podría presentarse en el caso que tanto el Poder Judicial como el Tribunal de Garantías Constitucionales no declarasen inconstitucional y, por ende, nulo un Decreto de Necesidad y Urgencia, bajo los argumentos del primero que se trata materialmente de una ley y que no se le puede impugnar mediante la acción popular (Poder Judicial) o, en el segundo, porque no se le puede aplicar la acción de inconstitucionalidad por tratarse de un Decreto (Tribunal de Garantías Constitucionales).

Más claro sería el caso de la Ley inconstitucional 23903 relativa al tópicico de los votos nulos y blancos que, a pesar de haberse presentado una acción de inconstitucionalidad, el Tribunal de Garantías Constitucionales no falló sobre el fondo del asunto, por no haberse alcanzado el número suficiente de votos para obtener resolución (17).

VIII) EL PROCESO DE REFORMA Y EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL

Toda Constitución, como cualquier obra humana, es en sí misma

17. No debemos dudar de que el artículo 203 de la Constitución Política señala que el Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

incompleta, máxime cuando es la consecuencia de un compromiso político asumido por las fuerzas sociales y grupos partidarios que participaron en su elaboración. En ese sentido, la expresión *sentimiento constitucional* es la que permite describir a aquella conciencia de la comunidad, que trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes —políticos y económicos, sociales, culturales, religiosos, etc.— integra y reúne a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio.

Este fenómeno que se consolida ante la necesidad de afirmar la seguridad jurídica, al bienestar general y una vocación de justicia en sentido lato, pertenece a los imponderables de la existencia nacional. Por ende, no puede ser producido racionalmente, aunque puede ser consolidado a través de la educación y la acción ejemplarizadora de los sectores políticos; sean estos del gobierno o de la oposición.

Su formación depende de diferentes factores irracionales, de la mentalidad y vivencia histórica de un pueblo. Como bien sabemos, el irracionalismo se caracteriza por la exaltación de los elementos no racionales en la acción.

El sentimiento constitucional no se encuentra asociado en lo absoluto con la denominada *conciencia nacional*. Existen pueblos en los cuales este sentimiento es vigoroso y otros en donde está débilmente desarrollado.

Los suizos, por ejemplo, se distinguen por una concepción clara y expresa del concepto Nación: lo que, sin embargo, no corresponde mirar la relación sentimental de su Constitución. La ciudadanía suiza no duda en reformar su documento constitucional cuando surge la necesidad para ello. Así, a lo largo de 89 años, se han ocupado de cambiarla más de cien veces por medio del referéndum constitucional. En cambio, los belgas, que solamente han efectuado seis enmiendas constitucionales en más de 130 años, poseen un fuerte sentimiento constitucional, que hasta pudo hacer frente a la crisis generada en torno al Rey Leopoldo III (1951) (18).

Finalmente, para los franceses cuya conciencia nacional no le va a la zaga a la de ningún otro pueblo, les es indiferente la Constitución que se

18. Se señala que en cierta oportunidad un acucioso abogado extranjero, hallándose en París, ingresó a una librería y pidió una Constitución; ante lo cual el propietario respondió lo siguiente: "Señor nosotros no vendemos publicaciones periódicas". Es de verse que a la fecha, Francia tiene 15 constituciones a lo largo de su historia.

encuentra en vigor. Ellos jamás han mostrado un auténtico sentimiento constitucional (19).

Este concepto se liga con la problemática de la reforma, en atención a las siguientes consideraciones:

Las reformas son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio o para corregir el error de apreciación del Constituyente al promover la vigencia de una norma fundamental; pero cada una de ellas es una *"intervención quirúrgica"* en un organismo viviente, que debe ser efectuada con gran cuidado y responsabilidad.

Toda reforma emprendida por razones oportunistas, para facilitar una gestión política, puede contribuir a una depredación del sentimiento constitucional o una traba para su enraizamiento definitivo en el corazón del pueblo. Ella debe promoverse con la anuencia o adhesión de la ciudadanía y no sólo ser fruto de una mayoría parlamentaria interesada en viabilizar un mejor manejo del Gobierno.

Es aceptable que se exponga que no se ha dado, todavía, el caso de un cuerpo político que haya colapsado por causa de una Constitución incompleta o necesitada de reforma, pero muchos regímenes han fracasado por el excesivo poder del grupo político que detentaba el poder.

Es más fácil vivir con una Constitución con lagunas que con una que se haya convertido en la pelota de juego del abuso de quienes detentan el poder. Finalmente, consideramos que toda participación popular en el proceso de reforma —sea como fuere su modalidad técnica— es una contribución a la educación cívica y un elemento de integración política. *Una Nación, vivirá democráticamente tan sólo cuando le esté permitido comportarse democráticamente.*

19. El Rey Leopoldo III gobernó desde 1934. Al producirse la invasión alemana en 1940, solicitó un armisticio con las fuerzas invasoras. Al término de la Segunda Guerra Mundial, sectores políticos de la izquierda del país se rebelaron ante la posibilidad de su retorno al poder. El Congreso belga había dictado la Ley, de 20 de julio de 1950, que daba por terminada la regencia impuesta después de la guerra, e invitaba al ex-monarca a reasumir sus funciones, para evitar la quiebra del orden, Leopoldo III abdicó en favor de su hijo Balduino.

IX) PRESUPUESTOS DOCTRINARIOS PARA EL PROCESO DE REFORMA

La revisión de la Constitución requiere, antes de ser llevada a cabo, el que de manera previa se observen algunos juicios de valor sobre su necesidad y oportunidad.

La necesidad de Reforma implica el tomar en cuenta el carácter de aquello que el legislador no puede dejar de prescindir o evitar al momento de discutir la probabilidad de una enmienda.

Ella se expresa bajo las siguientes consideraciones:

- La existencia de una crisis de legalidad;
- La presencia de usos políticos o interpretaciones normativas constitucionales ocasionadas por mutaciones;
- La subordinación de los preceptos constitucionales a las exigencias de quien depende la decisión política;
- La existencia de contradicciones entre los mandatos de la Constitución y las exigencias sociales.

La oportunidad de reforma es la que hace alusión a las circunstancias políticas adecuadas para llevar adelante el proceso de revisión constitucional.

En este caso, el tiempo propicio es aquél en que existen las condiciones sociales y materiales, así como el clima de libertad y política que permita a los ciudadanos y partidos el manifestarse con pleno albedrío sobre el rubro.

De otro lado, aparecen criterios vinculados muy estrictamente al proceso de la reforma constitucional. Ellos son los siguientes

- El plazo de espera para su modificación
- El plazo de estudios para la Reforma
- La existencia de disposiciones intangibles
- Las restricciones heterómanas; y
- La declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma.

1. *El Plazo de Espera.*— Consiste en que el legislador constituyente puede ordenar que su obra no sea sometida a ningún cambio antes del vencimiento de un lapso de tiempo pre-establecido. Ello, con el objeto de dar paso a que la Constitución se consolide, se enraíce con la realidad y

que el pueblo se familiarice con sus postulados.

Expresiones concretas las encontramos en la Constitución argentina de 1853, que fijaba un plazo de 10 años; la Constitución griega de 1927, que establece un período de cinco años.

En el Perú se aplicó, a través del artículo 375 de la Constitución de Cádiz (8 años), el artículo 138 de la Constitución de 1826 (4 años), conocida como "la Vitalicia" (4 años), el artículo 176 de la Constitución Liberal de 1828 (5 años).

2. *El Plazo de Estudios de la Reforma*. — Plantea la existencia de un tiempo de examinación exigida por la Constitución, a fin de confrontarla o cotejarla con la realidad.

Al respecto, son citables los casos del artículo 125 de la Constitución polaca de 1921 que fijaba dicho proceso cada 25 años; el artículo 176 de las Constituciones de 1933 y 1951, de Portugal, que establecía dicho proceso cada 10 años, reducibles a la mitad por disposición de la Asamblea Nacional.

3. *Las disposiciones Intangibles*. — Son aquéllas que tienen por finalidad librar radicalmente a determinadas normas constitucionales de cualquier tipo de modificaciones; es decir que existen preceptos que no son materia reformable.

Este tipo de normas pueden ser de dos clases:

- a) *Los de intangibilidad articulada*. — Que son los que se sustraen a cualquier enmienda por medio de su prohibición jurídica constitucional. En verdad, se trata de medidas concretas y explícitas para proteger instituciones inscritas en el magno texto.

La doctrina ha establecido que están referidas básicamente a la inderogabilidad de la Declaración de Derechos y de la División de los Organos del Poder Estatal, Irreversibilidad de la Forma de Gobierno del Telar o Espíritu de la Constitución. Así, en la parte in fine, del artículo 84 de la Constitución francesa de 1958, se dispone: "*La forma republicana de Gobierno no puede ser objeto de revisión*". Una disposición análoga se encuentra en el artículo 139 de la Constitución italiana de 1947.

A mayor abundamiento, presentamos un sintético cuadro ilustrativo:

Inderogabilidad de la Declaración de Derechos:

Constitución de Alemania Federal de 1949

Constitución de Puerto Rico

Irreversibilidad de la Forma de Gobierno:

Constitución de Alemania Federal de 1949 (Art. 49)

Constitución Griega de 1952 (Art. 108)

Constitución Brasileña de 1969 (Art. 171)

Constitución Australiana de 1900 (Art. 128);

Inalterabilidad de los principios fundamentales o del espíritu de la Constitución:

Constitución de Alemania Federal de 1949 (Art. 79)

Constitución Camboyana (Arts. 112-112)

Constitución Griega de 1927 (Art. 108)

En el ordenamiento legal peruano, la encontramos en el artículo 12 de la Constitución de Cádiz que estableció que la religión de la Nación era perpetuamente la católica, apostólica y romana. El artículo 183 de la Constitución de 1839 fijaba que era inalterable la forma de gobierno popular representativa fundada en la división e independencia de los poderes.

Más sugestivo aún era el artículo 142 de la Constitución de 1933 en donde textualmente se decía: "No hay reelección inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada".

- b) *Las de Intangibilidad Implícita.* — Son las que permiten garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución; las que no se encuentran expresados literalmente en la Constitución. Se trata de criterios sustantivos immanentes e inherentes al propio texto. (20) (21)

La prohibición de reforma se genera a partir del espíritu o telos de la carta, sin que aparezca una proclamación detallada en una pauta jurídica. En puridad, ellas afirman la existencia de límites no articulados o tácitos. Se trata de impedir que el legislador constitucional trasgreda los entornos que le son impuestos por

20. Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente.

21. Miguel S. Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Abeledo Perrot, Bs. As., 1973.

los valores insertos en una Constitución.

Ellos aparecen tras una labor deductiva indirecta de la fórmula política. Expresan el encumbramiento normativo y la protección de los fundamentos ideológicos y valorativos sobre los que se organiza el régimen político que proyecta la Constitución.

Al respecto, el tribunal alemán ha tomado para sí la corriente junaturalista, al haber reconocido una jerarquía o escala de valores en las normas fundamentales. Con ello, ha puesto un tope inmanente y no articulado a la reforma constitucional en dicho país.

4. *Las Restricciones Heterónomas.*— Son aquéllas que derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma. Son externas al derecho nacional aunque éste los admite, recibe e incorpora. Así, tenemos el caso de los tratados de paz, en los procesos de integración regional o los acuerdos de guerra en cuyas cláusulas existe el consentimiento del Estado a las condiciones fijadas en aquéllas.

5. *La Declaratoria de Inconstitucionalidad.*— Se expresa cuando el nuevo texto hubiere incurrido en vicio formal o sustancial. El primero alude a la vulneración del procedimiento exigido por el legislador para llevar adelante la enmienda; el segundo pone énfasis en la contradicción del nuevo articulado con algún dispositivo, sea de intangibilidad articulada o implícita.

X. PLANTEAMIENTOS GENERALES SOBRE LA REFORMA EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1979

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 de nuestro texto fundamental —precepto único— la reforma debe ser promovida bajo un procedimiento especial.

Así, se le exige que sea aprobada por las Cámaras en una primera legislatura ordinaria y ratificada en otra primera legislatura ordinaria consecutiva.

El artículo 168 de la Carta Base fija que la citada legislatura comienza el 27 de julio y termina el 15 de diciembre.

La iniciativa de reforma, corresponde:

- Al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros;
- A los Senadores y Diputados;
- A la Corte Suprema de Justicia con acuerdo de Sala Plena; siempre que se trate de materia judicial;
- A cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Es de verse que el Proyecto sancionado por el Congreso de la República no es susceptible de observación. Esta atribución presidencial emanada del inc. 8 del artículo 211 de la Constitución sólo es verificable para el caso de las leyes orgánicas u ordinarias.

La aprobación y ratificación requieren la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras. Por ende, en atención a lo dispuesto en los Arts. 166 y 167, respectivamente, se necesita del concurso positivo de 31 Senadores y 91 Diputados.

El Constituyente Roberto Ramírez del Villar, Presidente de la Comisión de Preámbulo y Reforma de la Constitución, fundamentó la redacción de este precepto en los términos siguientes: (22) "La Constitución representa el equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento y que están representadas por los partidos políticos que han actuado en su redacción. El más amplio consenso sólo significa un equilibrio aceptable para los participantes, un máximo acercamiento entre la Constitución Real y la Legal, tal como fue formulado por Fernando Lasalle en 1862, ya que no existe ningún tipo ideal de Constitución que pueda ser copiada en todos los países.

Ahora bien, la reforma constitucional implica que este consenso a que se llega en un texto constitucional, que parafraseando a uno de los constituyentes españoles contemporáneos, decía, refiriéndose a la última Constitución española: *'Esta Constitución debe ser muy buena porque a todos no nos satisface del todo*. Es en realidad lo que podríamos decir posiblemente, todos los partidos políticos aquí presentes, porque los consensos que se han logrado sobre la base de que un partido ceda en algo para lograr una mayoría lo suficientemente amplia como para adoptar una disposición, esto no quiere decir, señor Presidente, que la Constitución sea perfecta, ni que ella no necesitará de reformas o de enmiendas en el futuro".

22. María Graciela Reiriz. Responsabilidad del Estado. Eudeba, Bs. As., 1962.

La propia Constitución reconoce lo que podríamos llamar, acudiendo al derecho civil contemporáneo, las lagunas legislativas. Hay algunas expresiones en la Constitución en que ella misma se remite a una ley orgánica que la reglamentaría, o sea que la propia Constitución está reconociendo que algunas de sus disposiciones no salen totalmente perfectas y que requieren de una norma complementaria que se ha llamado entre nosotros, generalmente Ley Orgánica y por otros Ley Constitucional. Esto respecto de las lagunas previstas por la propia Constitución; pero, hay otras que son ocultas, que no aparecen en el momento en que se redacta el texto, ya sea porque no existió la circunstancia o no se pudo prever la posibilidad que ella surgiera o que la necesidad de regular su normatividad no corresponda a una situación absolutamente determinada.

Entonces, para estos casos, es indispensable que la propia Constitución señale cuáles son los medios para una enmienda de su propio texto.

Hay quienes sostienen que la Constitución debería ser revisada íntegramente en forma periódica, cada cinco o cada diez años; pero este sistema ha fracasado en los países que lo establecieron y todos han aceptado que el Poder Constituyente se traslade al Congreso y que éste pueda hacer las modificaciones y enmiendas que la naturaleza de las cosas y la propia del Estado requiere.

En todas ellas, y esto también ha sido una regla nuestra aceptada, la vía legislativa para la modificación de la Constitución siempre se han puesto algunas condiciones o requisitos. El primero de ellos ha sido el que sea revisada en dos legislaturas ordinarias ¿por qué en dos? Porque, esto permite lo que se llama un período de enfriamiento ante la pasión muchas veces desatada en favor de una reforma. Es un plazo de espera, es un plazo que requiere de mayor razonamiento y de mayor estudio y no sólo que sea en una y otra cámara, sino que además sea revisado por las mismas cámaras por un período siguiente. Esta es una fórmula mucho más estable, más lógica y más de acuerdo con nuestra realidad, de aquellos otros que proponen una reforma según la cual una vez aprobada la reforma se disuelve la Cámara y se convoca a elecciones para que la enmienda sea ratificada por el nuevo Congreso.

Pero hay otra cosa, es que además de esto se requiere una mayoría especial, una mayoría calificada. La Comisión aceptó el texto vigente que sólo exige mayoría absoluta. Dejamos al criterio de los señores parlamentarios considerar si esta mayoría es suficiente o se exige una mayoría calificada más alta, que pueda ser las de dos tercios. Los casos en que se ha exigido una mayoría superior a la de los dos tercios han fracasado.

Lamentablemente, en otras Constituciones se establecen disposiciones intangibles, o sea, aquéllas que no pueden ser jamás modificadas. Entre nosotros tenemos un solo caso, el artículo 142 de la Constitución vigente (se refiere a la de 1933), que establece que la reelección presidencial no podrá ser en ningún momento reestablecida y que inclusive quien la propusiera perdería todos sus derechos o algo por el estilo. Es el único caso que hemos tenido en el Perú que una disposición constitucional se declaró absolutamente intangible.

Frente a esta situación asumida de manera conjunta por el Partido Aprista Peruano y el Partido Popular Cristiano, se recogieron opiniones como la del Constituyente del Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos, don Roger Cáceres Velásquez, que señala que la reforma debía de hacerse en una sola legislatura, con referéndum y sobre la base de una iniciativa que incluyera a la surgida de la suma de tres asambleas regionales ó 15 municipios provinciales. Asimismo, debía alcanzar al Jurado Nacional de Elecciones, en aquellas materias que le fueran pertinentes.

La representación de extrema izquierda coincidió con este planteamiento, llegando inclusive a otorgar iniciativa a las centrales sindicales.

XI) LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERU

En concordancia con lo expuesto, en el rubro sobre los límites del Poder Constituyente Derivado consideramos que la revisión no puede afectar la fisonomía del texto base de la República. Siguiendo a Schmitt, consideramos que ésta es intangible en aquello que le es sustantivo.

La potestad de reforma es pertinente en la medida que respete las formalidades del artículo 306 y que, además, preserve la fórmula política y el telos de la Constitución, a la cual debe dicha competencia excepcional.

No debe olvidarse que el Legislador Reformador puede modificar pero no quebrantar la Constitución.

En tal sentido existen dos tipos de vicios en el proceso de reforma:

- Los de carácter formal;
- Los de carácter sustancial.

Inconstitucionalidad por vicio formal

Ella se presenta en los siguientes casos:

- Cuando la reforma es aprobada y/o ratificada fuera de los plazos legislativos ordinarios consecutivos exigidas. Ergo, en el caso que para la instancia de confirmación se utilice el período comprendido entre el 1o. de abril y el 31 de mayo; o que dicho proceso no haya sido cronológicamente sucesivo.
- Cuando no hubiese sido aprobada y/o ratificada con la mayoría absoluta exigida para cada Cámara.
- Cuando la iniciativa del Presidente de la República no hubiere sido respaldada por el Consejo de Ministros. Al respecto, el artículo 218 del Texto Fundamental exige que todos los acuerdos del citado organismo requieren voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros y que consten en actas;
- Cuando la iniciativa elevada por el Presidente de la Corte Suprema no se sustentare en un acuerdo de Sala Plena del máximo órgano de justicia del país o se refiriese a materia ajena a la judicial.
- Al respecto, podría suscitarse que en ella no hubieran participado los 2/3 de sus miembros, tal como obliga el artículo 127 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Cuando la iniciativa popular —cuyo requisito es su presentación por parte de cincuenta mil ciudadanos— no hubiere sido comprobada por el Jurado Nacional de Elecciones; o que éste en su proceso de depuración estimare que las firmas de los adherentes no alcanzarían el mínimo legal exigido.

Inconstitucionalidad por vicio sustancial

Con sujeción a la tesis que hemos recogido de la doctrina, entendemos que cabe la probabilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma por vulneración de los valores fundamentales de la Constitución.

Se trata de un caso de colisión entre una enmienda y la fórmula política y el espíritu o telos de la carta; y con ello el rebasamiento de límites no articulados, implícitos o tácitos.

No existiría inconstitucionalidad por infracción a un precepto con intangibilidad articulada, ya que se requeriría que previamente el constituyente hubiere dejado constancia expresa de su prohibición de reforma, tal como lo efectuó el Congreso Constituyente de 1933, en el artículo 142 al impedir la relección presidencial inmediata. Una lectura atenta del actual texto, nos indica que no aparece ninguna cláusula prohibitiva de esa naturaleza.

A nuestro entender, el telos o espíritu de la Constitución se encuentra glosado en el preámbulo; que, como bien afirma Enrique Chirinos Soto, significa "una declaración de fe y de intenciones", en la manifestación de los fundamentos sobre los que se alza la legitimación constitucional.

En tal virtud, serían inconstitucionales las reformas que violen además de la fórmula política, los derechos humanos; la concepción de la familia como célula básica de la sociedad; el trabajo en su concepción de fuente principal para fomentar la riqueza; la consolidación de una sociedad que permita la explotación del hombre por el hombre o la del Estado contra éste; que fomente la creación de organizaciones políticas de formas o contenidos anti-democráticos; que permita la sujeción imperialista o que desaliente el proceso de integración latinoamericana.

De otro lado, tal y conforme lo permite el artículo 296 e inc. 1 del artículo 298, correspondería al Tribunal de Garantías Constitucionales el velar por el respeto a la fórmula política, al telos de la Constitución; y por ende, declarar a petición de parte la inconstitucionalidad parcial o total de la ley mediante la cual se reforma el texto fundamental.

Finalmente, a tenor de lo que dispone el artículo 299, se encontrarían facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad, las siguientes personas:

- El Presidente de la República;
- La Corte Suprema de Justicia;
- El Fiscal de la Nación;
- Sesenta Diputados;
- Veinte Senadores; y
- Cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

XII) LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE

El problema de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrir el Estado como consecuencia de actos normativos emanados del órgano que en determinadas circunstancias asume el ejercicio del poder constituyente, ha recibido un tratamiento deficiente en el Derecho Constitucional.

La mayor información existente sobre la materia emana de las canteras del derecho administrativo.

Al respecto, la doctrina argentina ha planteado dos posiciones:

- a) La Tesis Marienhoff
- b) La Tesis Reiriz.

El tratadista Miguel S. Marienhoff ha señalado que "la responsabilidad del Estado puede derivar de una reforma constitucional, si implicase un agravio preciso y concreto a principios esenciales contenidos en la Constitución.

Para Marienhoff no toda reforma determina una responsabilidad para el Estado, ya que ésta sólo tiene lugar en tanto el objeto o contenido de ella implique un "acto institucional", es decir, un hecho que afecte directa e indirectamente la esfera jurídica del ciudadano.

Según esta tesis, la reforma de la Constitución no puede despojar, esto es, privar sin indemnización, a parte de la ciudadanía de los derechos esenciales que la Constitución originaria le atribuyó.

Se entiende que el Estado tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás, es de suponer que toda reforma tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde deriva la obvia necesidad de resarcir por los daños que los ciudadanos sufran en semejantes condiciones.

La Tesis Reiriz, por el contrario, plantea que los ciudadanos no tienen acción para responsabilizar al Estado por las consecuencias de una reforma constitucional que suprima derechos que la Ley Básica de la República les había concedido.

Su argumentación parte del supuesto que el órgano constituyente no es, en puridad, un órgano del Estado, por "cuanto se encuentra por encima de él y, más aún, es su fuente de creación".

Para la citada tratadista, la responsabilidad por la decisión le cabe exclusivamente al pueblo a través del órgano constituyente. En suma, la imputación de la responsabilidad recae en el pueblo mismo.

Esta materia tiene singular importancia si partimos de la posibilidad que mediante una reforma constitucional se cambien, por ejemplo, las siguientes cláusulas constitucionales:

- Se enerve el derecho a la estabilidad laboral prescrita en el Art. 48.
- Se retire la facultad de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, prescrita en el artículo 56.
- Se suprima el pluralismo económico definido en el artículo 112.
- Se desconozca la libertad de comercio e industria defendida en el Art. 131.

Por ello, es importante develar los conceptos de Jorge Reynaldo Vannosi, quien en términos generales sostiene lo siguiente:

En el Poder Constituyente Originario no cabe hablar de posibles manifestaciones de la responsabilidad del Estado, por cuanto dicho acto no reconoce la existencia de una *legalidad preexistente* y, por el contrario, es el suceso mismo de creación de la legalidad estatal.

En el Poder Constituyente Revolucionario tampoco es dable asignarle responsabilidad, ya que se trata de un hecho transformador que no reconoce o acepta la continuidad del régimen legal-institucional.

En el Poder Constituyente Derivado, cuando se ha llevado a cabo una reforma de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución, no cabe aceptar la responsabilidad del Estado —comprende los "límites" preestablecidos— ni habría norma superior en qué fundarla, salvo que en la propia reforma así la estableciera para sus consecuencias prácticas en la ciudadanía.

En la hipótesis de una reforma constitucional violatoria de la Constitución, por apartamiento de los límites procesales o sustanciales fijados en ella, cabría que aun ante la carencia de una cláusula de previsión constitucional expresa mediante la jurisprudencia se fundara el reconocimiento

de la responsabilidad estatal, la falta o "culpa", en la comisión de un acto de inconstitucionalidad. En puridad, el aludido fallo de principios no sería otra cosa que una creación pretoriana de los jueces.

Miguel Marienhoff comenta que "si una ley inconstitucional no hubiere causado perjuicio efectivo por no haber sido puesta en práctica, no cabría poner en juego el instituto de la "responsabilidad del Estado", ya que todo puede subsanarse mediante la declaración de inconstitucionalidad; pero si ésta hubiere sido puesta en ejecución y ello hubiere determinado un daño, el Estado debería ser responsabilizado por las consecuencias de ese acto legislativo".

En relación al mismo tema de la REVISION de las normas constitucionales, aparece el concepto de que *nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos frente a una forma de orden público*.

Las normas del texto supremo tienen carácter de orden público —rigen de la organización del Estado y su actividad destinada a regular las bases fundamentales del funcionamiento y conservación del grupo social— por lo que su nacimiento no puede dar lugar al surgimiento de responsabilidades especiales con respecto a particulares, salvo que así lo disponga expresamente la propia norma constitucional.