



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 014-2002-AI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO
LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de enero del año 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, con el Voto Singular del Magistrado Aguirre Roca, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.º 27600.

ANTECEDENTES

El demandante sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N.º 27600, se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de "reforma total", pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un golpe de Estado. Aduce que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente, más aún si se considera que se puede reformar la Constitución en cualquiera de sus materias, salvo en las indicadas en el último párrafo del artículo 32º de la Carta Magna vigente. Afirma que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

De otro lado señala que, al haberse aprobado la Ley N.º 27600 por solamente 53 votos en favor, se ha violado la Constitución en cuanto a la forma, por cuanto no se ha cumplido con el procedimiento de aprobación de una ley orgánica.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Finalmente el demandante, incidiendo en la diferenciación entre promulgación y publicación de las leyes, afirma que al haberse retirado la firma del texto constitucional lo que se ha ocasionado es la despromulgación de la Carta Política Fundamental.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda indicando que el único procedimiento establecido en la Constitución que permite la reforma constitucional es el recogido en el artículo 206° y que sólo respetando tal procedimiento puede ser válida la reforma; únicamente de esta manera se observaría el principio de continuidad o estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Señala que el poder reformador del poder constituyente no es la única alternativa para una reforma total de la Constitución, pues una interpretación sistemática de los artículos 32° y 206° permite sostener que también se le ha conferido dicha facultad al Congreso de la República. Asimismo afirma que la reforma total o parcial de la Constitución a cargo del poder legislativo, prevista en su propio texto, es consecuencia de la voluntad libre y autónoma del poder constituyente. Agrega que el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución no ha sido establecido para aquellos casos referidos al referéndum constituyente, sino para los que tengan por objeto consultar a la ciudadanía sobre normas específicas de rango infraconstitucional, de carácter tributario y presupuestal, o sobre los tratados internacionales en vigor.

En cuanto a la prohibición de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, el demandado indica que tal prohibición atañe tanto al referéndum constitucional como al legal, en atención a que tales derechos constituyen un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados a ignorar y que, por lo demás, se encuentran reconocidos internacionalmente. La propuesta de convocar a una Asamblea Constituyente para plasmar una nueva Carta Fundamental no tiene sustento en la Constitución, pues el artículo 45° de dicho texto es claro en esta materia al establecer que el poder, incluyendo al de naturaleza constituyente, sólo puede ejercerse dentro de los límites que prevé la Constitución y la ley. Refiere que el referéndum es el mecanismo que la Constitución ha previsto para otorgar a las reformas la legitimidad política necesaria que garanticen su perdurabilidad.

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

Finalmente enfatiza que el retiro de la firma del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori del texto de la Constitución de 1993 constituye un gesto político necesario



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

para la moral pública, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar, acto que sin embargo no afecta la vigencia de la Constitución de 1993.

FUNDAMENTOS

I. EL PETITORIO DE LA DEMANDA

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

a) Que dicha ley fue aprobada sin cumplir los requisitos establecidos para una ley orgánica, la cual es el instrumento jurídico requerido para canalizar el proceso de reforma.

b) Que el artículo 1º de la Ley N.º 27600 "despromulga" la Constitución de 1993, al haber retirado la firma del Presidente de la República que la promulgó;

c) Que el artículo 2º de la Ley N.º 27600 establece un procedimiento de reforma total de la Constitución, lo que consideran debe ser obra de una Asamblea Constituyente y no de un poder constituido; y,

d) Que con la excusa de reformar la actual, el Congreso de la República pretende dictar una nueva Constitución.

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

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

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

3. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Sin embargo, antes de precisar sus razones, es necesario detenerse en el análisis de un argumento que, aunque no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

se encuentra planteado, puede inferirse del tenor de la demanda. En efecto, si la impugnación contra la Ley N.º 27600 no es entendida en sus justos términos puede conducir al absurdo de sugerir, o desembocar en la idea de que cualquier reforma que afecte a uno de los órganos del Estado -prevista en la Constitución-, para ser válida sólo requeriría aprobarse mediante una ley orgánica y no a través de una reforma constitucional, de acuerdo con el artículo 206º de la Norma Fundamental.

4. Tal supuesto es inadmisibles, ya que ningún poder constituido, con excepción de la reforma constitucional, tiene competencia para alterar en absoluto la Constitución. Cualquier capacidad para modificar, suprimir o adicionar una o varias disposiciones constitucionales pasa porque estos mecanismos se aprueben según el procedimiento establecido en el artículo 206º de la Constitución. Y es que es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución.

5. No parece, sin embargo, que ese sea el sentido de la impugnación planteada contra la Ley N.º 27600. El propósito de la demanda parece estar destinado a exigir que el mandato encomendado a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso debe ser aprobado mediante ley orgánica y no a través de una simple ley ordinaria.

6. El Tribunal tampoco comparte dicho criterio. En efecto, el artículo 106º de la Constitución de 1993 delimita claramente las materias que pueden ser objeto de regulación mediante una ley orgánica. A saber: la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, previstas en la Constitución, así como aquéllas cuya regulación mediante esta fuente del derecho se encuentre expresamente prevista por la misma Carta, y que, en concreto, se circunscriba a lo regulado por los artículos 31º, 66º y 200º de la Constitución.

7. En efecto, la Norma Fundamental impone al legislador ordinario ciertos límites, no sólo de carácter procedimental o material, sino incluso de orden competencial. Así, por ejemplo, que determinadas fuentes, como la ley orgánica, sólo son capaces de regular determinadas materias. Aquéllas, precisamente, para las cuales se ha previsto una reserva de ley orgánica; o, formulada de modo inverso, que las materias establecidas en el artículo 106º y las conexas, únicamente pueden ser reguladas mediante determinada fuente del Derecho.

8. El Tribunal Constitucional destaca que esa reserva de ley orgánica no es un tema que, por analogía, pueda extenderse a otras materias no previstas en tal dispositivo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Y es que, como sucede con toda reserva de ley, de las que naturalmente no escapa la ley orgánica, ésta siempre es expresa y nunca implícita.

9. Es evidente que la Ley N.º 27600 no pretende regular la estructura y organización de un órgano constitucional o de relevancia constitucional. Mediante ella el Congreso de la República sólo ha encargado que una de sus comisiones –la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento- proponga un proyecto de reforma total de la Constitución.

10. En ese sentido, y contra lo que se afirma erróneamente en la demanda, el Tribunal Constitucional considera que si la Ley N.º 27600 hubiese sido aprobada como ley orgánica, ésta habría tenido que ser declarada inconstitucional. Ello porque mediante leyes orgánicas no es posible legislar otras materias que las que el propio artículo 106º de la Constitución prescribe (incluyendo, desde luego, sus remisiones a otros preceptos constitucionales).

11. Finalmente, no está de más recordar que el encargo del Congreso de la República a una de sus comisiones para que proponga un mero Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución no requiere de autorización previa mediante una ley ordinaria, dado que la elaboración de un proyecto, cualquiera sea la materia que se trate, es un tema que incumbe al Congreso de la República y, como es obvio, su tratamiento ya se encuentra regulado en su Reglamento, que también es una fuente que tiene rango de ley.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que este primer aspecto de la pretensión debe desestimarse.

III. LA "DESPROMULGACIÓN" DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL RETIRO DE LA FIRMA DEL EX-PRESIDENTE ALBERTO FUJIMORI (Segundo fundamento del petitorio)

12. El segundo tema planteado por el demandante tiene que ver con los efectos jurídicos de lo regulado en el artículo 1º de la Ley N.º. 27600. Dicho dispositivo legal establece lo siguiente:

"Suprímese la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución Política del Estado de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia, en aplicación de la Resolución Legislativa N.º. 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral y, en consecuencia, la vacancia de la Presidencia de la República".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13. El demandante considera que este dispositivo es inconstitucional, ya que uno de los efectos jurídicos del artículo 1° de la Ley N.º 27600 sería la "despromulgación" de la Constitución de 1993; ello porque, al retirarse la firma de quien ejercía la Presidencia de la República en el momento en que aquélla se promulgó, se cancelaría el acto mismo de promulgación.

§1. La promulgación de la Constitución de 1993

14. El artículo 136° del Decreto Ley N.º 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático, dispuso que se considerara a dicho órgano, "por su naturaleza emanada del voto popular", como "soberano y autónomo respecto de los otros poderes del Estado". Éste tenía como finalidades "Elaborar y aprobar el texto de la nueva Constitución Política del Perú, definiendo la estructura, carácter y composición del futuro Poder Legislativo", así como "ejercer la función legislativa, con las atribuciones y facultades establecidas por la Constitución Política de 1979 para el Congreso de la República y las Cámaras Legislativas, en cuanto sean aplicables y procedentes de acuerdo con la presente Ley" (Art. 138, incisos 1) y 2).

15. El artículo 147° del referido decreto disponía que "El texto de la nueva Constitución Política que apruebe el Congreso Constituyente Democrático, será sometido a referéndum para su ratificación, según el procedimiento que se fije por ley expresa. La promulgación de la Constitución Política la realiza el Presidente Constitucional de la República, luego que el Jurado Nacional de Elecciones publique los resultados del referéndum".

16. A su vez el artículo 148° del decreto en mención señalaba que "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado – agregaba-, será sometido a un segundo referéndum. De repetirse el resultado, el Poder Ejecutivo efectuará las rectificaciones correspondientes dejándolo expedito para su promulgación". La acotada norma, posteriormente, fue modificada por el artículo 1° del Decreto Ley N.º. 25686, y su redacción final fue de la siguiente forma: "Si del resultado del referéndum no se ratificara el texto que le es sometido, el Congreso Constituyente Democrático procederá a reformular el mismo. El texto reformulado será sometido a referéndum".

17. Por otro lado, el artículo 1° de la Ley Constitucional de fecha 1 de setiembre de 1993 disponía que, "a efectos de conocer la voluntad del pueblo peruano respecto del nuevo texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente Democrático",



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

"procédase a realizar un referéndum". Su artículo 3° señalaba que "Se considerará ratificada la nueva Constitución si los votos por el SÍ superan a los del NO".

Finalmente, la Decimosexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señalaría que, "Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979". En suma, el artículo 147° del Decreto Ley N.º 25684, esto es, una norma dictada por el gobierno de facto, señalaba que la promulgación de la Constitución Política la realiza(ría) el Presidente Constitucional de la República.

18. A juicio del Tribunal Constitucional, una disposición semejante es inocua desde un punto de vista jurídico-constitucional, fundamentalmente por dos razones:

a) Por la propia naturaleza del denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, éste no podía regular y limitar la actuación de un Poder Constituyente, como lo fue el Congreso Constituyente Democrático. Es decir, no podía condicionar a que la futura obra de dicho órgano tuviese que ser promulgada por un poder constituido; y,

b) El artículo 147 del Decreto Ley N.º 25684 condicionaba a que la promulgación de la nueva Constitución la realizase el Presidente Constitucional de la República, *status* que, desde el 5 de abril de 1992, perdió el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori.

19. Por la consideración expuesta, la comunicación transmitida al gobernante de facto de ese entonces, con fecha 20 de diciembre de 1993, en virtud de la cual el Presidente del CCD y los miembros de su Junta Directiva, disponían que: "Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación", debe entenderse como el envío para que este último ordene la publicación de la Constitución de 1993.

§2. Promulgación de la Constitución y promulgación de la ley

20. Los demandantes sostienen que la promulgación de la ley tiene un carácter análogo a la promulgación de la Constitución. Sobre la materia es factible señalar lo siguiente:

21. La promulgación de la ley, según el artículo 108° de la Constitución, es realizada por el Presidente de la República, dentro del plazo de quince días desde que ésta es remitida por el Congreso de la República.

Dicha promulgación forma parte del procedimiento legislativo, ya que pertenece a la fase integradora de su eficacia, conjuntamente con la publicación. Quien lo hace, por ese mero hecho, no participa en el ejercicio de la función legislativa, pues como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

dispone el mismo artículo 108° de la Constitución, el Presidente de la República promulga "la ley aprobada según lo previsto por la Constitución" [Cf. Serio Galeotti, *Contributo alla Teoria del procedimento legislativo*, Giuffré editore, Milano, 1985, Pág. 288 y ss.]. Esto es, la ley tiene la condición de tal una vez que ha quedado sancionada por el propio Congreso de la República, y no porque ella haya sido promulgada por el Presidente de la República. Sin embargo, la sola sanción de la misma no basta para que ella rija y, por consiguiente, sea obligatoria, ya que como lo disponen los artículos 108° y 109° de la Constitución, es necesario que ésta sea promulgada y publicada.

22. Mediante la promulgación de la ley, el Presidente de la República certifica su existencia, esto es, corrobora que se ha seguido el procedimiento constitucional para su elaboración (Domingo García Belaunde, "Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, CAJ, Lima, 1990, Pág. 26 y ss); Asimismo, mediante ella el Presidente de la República da fe de que el texto de la ley es efectivamente el que el Congreso de la República ha aprobado y sancionado.

Finalmente, la promulgación contiene el mandato para que se publique y sea cumplida por todos. [Nicolás Pérez Serrano, "Las erratas en las leyes", en *Escritos de Derecho Político*, T. II, INAP, Madrid 1984, Pág. 858-859].

23. El acto de promulgación se realiza en la autógrafa de la ley. Ésta, por su propia naturaleza, agota todos sus efectos en el acto mismo en que se realiza.

Por lo tanto, la promulgación de la ley no impide que pueda ser sometida a un control de constitucionalidad formal, esto es, que pueda ser evaluado el procedimiento de su aprobación señalado en la Constitución y en el Reglamento Parlamentario, so pretexto de que el Presidente lo hizo en el acto de la promulgación [Stefano María Cicconetti, "Promulgazione e pubblicazione delle legge", en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVII, Varesse 1988, Pág. 100 y ss]. En ese sentido, la promulgación no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo.

24. Por otro lado, es conveniente advertir que su obligatoriedad no depende exactamente de su promulgación, sino que se deriva directamente de los artículos 51° y 109° de la Constitución, el último de los cuales señala que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial".

En razón de lo expuesto, la obligatoriedad de la ley es únicamente consecuencia de su publicación en el diario oficial.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25. Como expone Juan José Solazabal Echevarría ["Sanción y promulgación de la ley en la Monarquía parlamentaria", en Revista de Estudios Políticos, N.º 55, 1987, pág. 379], la promulgación "es un acto debido, de carácter declarativo, por consiguiente, no constitutivo de la ley, perteneciente, dentro del procedimiento legislativo, a la fase integradora de la eficacia y que se verifica por medio de una fórmula donde se contiene, en primer lugar, la proclamación formal de la ley como tal ley y, en segundo lugar, el mandato... de su publicación".

26. ¿Cabe extrapolar dicha doctrina para el caso de la promulgación de la Constitución y afirmar, como lo hacen los demandantes, que con el retiro de la firma del ciudadano japonés Alberto Fujimori Fujimori, la Constitución de 1993 quedó despromulgada?

El Tribunal Constitucional considera que, detrás de tal objeción, se oculta una particular perspectiva del significado y valor del acto de la promulgación. Como indica Santamaría Pastor (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, Pág. 562), el valor que a ella se le ha brindado es múltiple, y obedece, en sus primeras construcciones doctrinales, a la lucha entre el principio democrático y el principio monárquico.

En efecto, para un primer grupo de autores, "dicha fórmula no sería sino la materialización externa del acto de sanción real (en los regímenes republicanos, de la decisión presidencial de no ejercer su derecho de veto)".

Para un segundo grupo, "consistiría en una orden de ejecución de la ley, la que la haría ejecutoria y de obligado cumplimiento para los ciudadanos (por cuanto el Jefe de Estado expresaría así la voluntad de éste en su conjunto) y para la Administración y los jueces (que, conforme ocurría en el Antiguo régimen, se conciben como autoridades exclusivamente dependientes del Rey, único que les obliga con sus órdenes)".

Para un tercer grupo, "la promulgación sería un acto de reconocimiento de la adopción de la ley por el Parlamento y de certificación o autenticación de su texto". Y para un cuarto grupo, "se confundiría con la publicación (sería, en definitiva, la orden de publicación de la ley)"

27. El Tribunal Constitucional considera que la promulgación de una Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que sólo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra.

28. Por todo ello, la supresión de la firma del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori es jurídicamente viable y de ningún modo borra los efectos, en lo simbólico que pueda tener su firma, de la promulgación de la Constitución de 1993. En primer lugar, porque ninguna ley puede borrar los hechos que sí ocurrieron, y ocurrió que la Constitución fue promulgada por el CCD y que ella fue firmada por Alberto Fujimori Fujimori. En segundo lugar, porque la justificación o causa para retirar la firma del Alberto Fujimori, según la ley impugnada, es su incapacidad moral, la misma que fue declarada 6 años después que el Presidente suscribiera la Constitución: su incapacidad moral –al tiempo de suscribir la Constitución- no está, pues, declarada por ley alguna.

29. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la promulgación de la Constitución de 1993, por el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de 1993, la condición formal de Presidente "Constitucional" de la República. Por consiguiente, la supresión de la firma de Alberto Fujimori en el texto de la Constitución de 1993, constituye un acto jurídico lícito que no tiene el efecto de "despromulgarla".

IV. LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (Tercer fundamento del petitorio)

30. El demandante alega que el artículo 2° de la Ley N.º 27600 autoriza la reforma total de la Constitución, lo que juzga incompatible con la Norma Suprema, pues ésta sólo autorizaría la reforma "parcial". Al respecto, el artículo 2° de la ley impugnada señala que:

"La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993".

31. Pese a que la controversia se ha planteado (y desarrollado) en torno a los alcances de la reforma constitucional, lo primero que tiene que expresar este Tribunal es que aquella, vistas bien las cosas, es una problemática prematura, *nom nata*. En efecto, el artículo 2° de la Ley N.º 27600 no pretende plantear como problema si la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reforma puede tener alcances totales o parciales: dicho dispositivo no aprueba reforma constitucional alguna. En puridad, sólo se limita a autorizar a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República a "proponer un proyecto" de reforma total de la Constitución.

Como antes se ha anotado, la autorización para que una de las Comisiones del Congreso de la República se dedique al estudio y diseño de un proyecto de ley, cualquiera sea la materia sobre la que verse, no es un asunto vedado por la Constitución.

Antes bien, según señala el artículo 105° de la Constitución, "Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso de la República". Y según establecen los artículos 72° y 73° del mismo Reglamento, la aprobación de leyes de reforma constitucional debe realizarse de conformidad con el procedimiento legislativo, que incluye su estudio en Comisiones. No en cualquier clase de comisiones, sino, como señala el artículo 77° del mismo Reglamento, en aquélla que le corresponda en aplicación del criterio de especialización. Y lo razonable, si es que la opción adoptada ha sido que una Comisión del Congreso realice la tarea de proponer un Proyecto de Ley de Reforma Total de la Constitución, es que esa Comisión no sea otra que la de Constitución, Acusaciones Constitucionales y Reglamento del Congreso de la República.

32. Las razones anteriormente expuestas servirían para desestimar, en este extremo, la controversia sometida al Tribunal Constitucional. Sucede, sin embargo, que ampararse en ese criterio para rehuir las cuestiones sustantivas que se han planteado, supondría una inadmisibles falta de consideración con las partes en el presente proceso y, principalmente, con la sociedad, que está a la expectativa de lo que pueda sostener este Tribunal sobre su futuro constitucional.

33. En efecto, este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, debe tener en consideración que a él se le ha confiado constitucionalmente la función de pacificar los conflictos jurídico-políticos, clarificando y "fomentando el desarrollo del derecho objetivo", al mismo tiempo de ejercer una labor de "orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución" (Jutta Limbach, "Función y significado del recurso constitucional en Alemania", en *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, N.º 3, México 1999, pág. 73).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

34. En consecuencia, el Tribunal Constitucional decide analizar si lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N.º 27600 es o no constitucional.

Es conveniente señalar que este pronunciamiento no está referido al contenido mismo de la reforma, sino sólo a la posibilidad de su realización, pues es claro que entre tanto éstas no hayan sido aprobadas, este Tribunal no está en la capacidad de poder efectuar forma de control alguno.

35. El Tribunal Constitucional es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado.

36. El problema, entonces, es el siguiente: ¿puede reformarse totalmente la Constitución? ¿Tiene el Congreso de la República capacidad, *per se*, para efectuar la reforma total de la Constitución? ¿Puede un poder constituido, después de haberse aprobado la reforma total de la Constitución, ordenar la abrogación de la Constitución que le confiere la competencia de reformar?

Previamente, antes de ingresar al análisis de los cuestionamientos precedentes, consideramos necesario referirnos a los antecedentes que se registran en la historia republicana del Perú en torno a este problema.

V. El Poder Constituyente, la Constitución y la Reforma Constitucional en la historia republicana del Perú

37. El origen de nuestra vida republicana está estrechamente ligado con nuestra historia constitucional. Como afirmara Jorge Basadre, al referirse a la Declaración de Independencia Nacional, las palabras del General San Martín, autoproclamado Protector del Perú, en torno a nuestro carácter "libre e independiente", simbolizaron la nueva forma que desde ese instante asumía el país y el salto audaz que éste emprendía.

Esa República, "libre e independiente", sustentada en la "justicia de su causa", aprobó sus "Bases de la Constitución Política" el 17 de diciembre de 1822, y posteriormente su primera Constitución, la de 1823, y desde entonces ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

permanecido fiel a los principios políticos y sociales de organización de un Estado democrático.

Las Bases de la Constitución de 1822, como expresa García Belaunde, en realidad no eran una Constitución, sino (contenía) los principios sobre los cuales se aprobaría(n) la(s) futura(s) Constitución(es) [Domingo García Belaunde, "Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)", en *Revista Ayer*, N°. 8, Madrid 1992, Pág. 150].

Es allí donde surgen los primeros contenidos de la Constitución histórica del Perú. A saber, que la soberanía reside en el pueblo (artículo 2°), que su forma de gobierno es republicana (artículo 4°) y representativa (artículo 7°); que en ella ocupan un lugar privilegiado el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales del ser humano (artículo 9°) y que éste se sustenta en la separación de funciones estatales.

38. No obstante ello, a lo largo de toda nuestra historia republicana se han sucedido diversas constituciones. Como expresara Manuel Vicente Villarán ["La Constitución de 1828", en *Páginas Escogidas*, P.L. Villanueva, Liman 1962, Pág. 45], hemos vivido "haciendo y desahaciendo constituciones". En efecto, en 181 años, la República se ha regido formalmente por 12 constituciones, una por cada 15 años, en promedio.

39. Detrás de esa práctica, subyace implícita una idea errada: que la Constitución, antes de ser una norma que contiene los principios y valores cívicos, políticos y éticos más importantes de nuestra sociedad, cuyo cumplimiento se aspira a alcanzar, es en realidad un plan de gobierno. Los estragos de ese modo de ver las cosas, no son menos dramáticos, pues una vez finalizado el régimen en cuyo interregno se dio la nueva Constitución, ésta sucumbía con aquél.

Y cuando ello no ha sido así, el acto de darnos una nueva Constitución ha sido consecuencia de su falta de legitimidad, pues a su amparo se pretendieron legitimar golpistas y gobernantes de facto, que no dudaron en supeditar la Norma Fundamental a los espurios decretos leyes que en ese contexto se expedían y que sostenían con la fuerza de las armas [Domingo García Belaunde, "Bases para la historia constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 98, México 2000, Pág. 547 y ss. Idem, *Las constituciones del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 1993, Pág. 9].

40. La situación precedente a la dación de la Constitución de 1993 no dejó de observar cierta similitud con el pasado. Así, la Constitución de 1993 se dictó con el objeto de legitimar un golpe de Estado y "revestir" de legalidad al gobernante de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

facto, a través de un referéndum de muy dudosa legitimidad. Ella se expidió no tanto por deseos del dictador, sino como consecuencia de la presión de la opinión pública y de los organismos internacionales.

Cancelado el régimen autoritario en noviembre del año 2000, en una muestra evidente de madurez cívica y constitucional del pueblo y sus autoridades, no se ha seguido la opción de buscar una salida informal, sino de utilizar los mecanismos que la Constitución de 1993 prevé para seguir regulando la vida institucional del país. Como corolario de todo lo expuesto, es que se declaró la vacancia del cargo del Presidente de la República, que precaria e infielmente venía ocupando el Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, nombrándose como Presidente Constitucional a don Valentín Paniagua Corazao, quien se encargó de iniciar la transición democrática.

41. El hecho de ligar el fenómeno constituyente como un acto posterior a los golpes de Estado, es recurrente en la historia republicana, como enseguida veremos:

42. Nuestros primeros constituyentes, los que aprobaron la Carta de 1823, atendiendo a las difíciles circunstancias en que ella fue promulgada, establecieron que la misma debía ser ratificada o reformada, concluida que fuera la guerra de Independencia, por un Congreso General, cuyos integrantes debían ser investidos con poderes explícitos. Según los artículos 191° y 192° de la Constitución de 1823, ésta quedaba sujeta "a la ratificación o reforma de un Congreso General compuesto por los diputados de las provincias actualmente libres, y de todas las que fueran desocupadas por el enemigo, concluida que sea la guerra" para cuyo efecto "deberán contener los poderes de los diputados cláusula especial que los autorice para ello".

43. La Constitución de 1826, presentada por Simón Bolívar, fue aprobada por el Consejo de Gobierno, sometido a los colegios electorales y ratificada por el mismo Consejo el 30 de noviembre de 1826, sin que en su texto o ratificación participaran representantes elegidos por el pueblo o por éste directamente [José Pareja Paz-Soldán, *Las constituciones del Perú (Exposición, crítica y textos)*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1954, Pág. 157 y ss].

El procedimiento seguido para su aprobación, distinto al previsto en la Carta de 1823, además de instaurar una suerte de Monarquía no hereditaria [Manuel Vicente Villarán, "Ensayo sobre las ideas constitucionales de Bolívar", en Sociedad Bolivariana de Venezuela, *Testimonios peruanos sobre el libertador*, Imprenta Nacional, Caracas 1964, Pág. 87 y ss.], fue cuestionado por diferentes sectores de la sociedad, a tal punto que, después de seis semanas de haberse jurado, se tuvo que convocar a un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Congreso General Constituyente para que decidiera cuál iba a ser la Constitución que debía regir.

La convulsión social y las difíciles circunstancias políticas –que incluían el receso del Parlamento, un levantamiento militar en la Capital y algunas provincias, además del peligro de guerra externa– obligaron al Presidente del Consejo de Gobierno, Mariscal Andrés Santa Cruz, quien ostentaba el Poder Ejecutivo en calidad de "encargado", a consecuencia del golpe de Estado de enero de 1827, a convocar dicho Congreso, el cual una vez reunido, por Ley del 11 de junio de 1827, declaró nula la Constitución de 1826 y restauró la de 1823, con modificaciones, hasta que se diera una nueva.

44. La Constitución de 1828, llamada también "la madre de nuestras constituciones" por don Manuel Vicente Villarán ("La Constitución de 1828", en *Páginas Escogidas*, citado, Pág. 45), fue debatida y sancionada por el Congreso General Constituyente, estableciendo su inmutabilidad por un lapso de 5 años, al cabo de los cuales debía reunirse una Convención Nacional para revisarla y eventualmente reformarla en todo o en parte. En cumplimiento a lo establecido por el artículo 177° de dicha Carta, la Convención se reunió en julio de 1833, pero no pudo abocarse de inmediato al debate de la reforma constitucional, por las difíciles circunstancias políticas que se vivían, especialmente la relacionada con la sucesión presidencial.

No pudieron efectuarse elecciones presidenciales en todos los colegios electorales, por lo que la Convención tuvo que elegir un Presidente Provisional para que se hiciera cargo del Poder Ejecutivo, una vez que concluyó el mandato del Mariscal Agustín Gamarra (el cual fue elegido de manera provisoria por el Congreso, luego del golpe militar encabezado por el General La Fuente). Dicha elección, que suscitó una guerra civil, concluyó algunas semanas antes de la promulgación de la Constitución, cuyo texto, salvo ligeras variaciones, era fundamentalmente idéntico al de la Carta de 1828.

45. La Constitución de 1834, a su vez, establecía un procedimiento sumamente agravado para la reforma de "uno o más artículos", recayendo en el Congreso ordinario su aprobación. Dicha Constitución fue elaborada por una Convención Constituyente, que fue convocada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 177° de la Constitución de 1828.

46. Como resultado del golpe de Estado del 24 de agosto de 1838, se convocó a un Congreso Nacional unicameral, el cual tuvo que reunirse en Huancayo debido a que la Capital aún se encontraba ocupada por un ejército extranjero. Este Congreso, que designó a Gamarra Presidente Provisorio de la República y ratificó todos sus actos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

desde que se invistió del mando supremo, en poco más de tres meses aprobó la Constitución, soslayando el procedimiento establecido por la Carta de 1834 [Toribio Pacheco, *Cuestiones Constitucionales*, Editorial Grigley, Lima 1996, Pág. 47 y ss].

47. La Constitución de 1839, en esencia, repetía el oneroso procedimiento para la reforma que estableció su predecesora, el mismo que tampoco fue cumplido por la Convención Nacional en 1855.

La convocatoria a elecciones para dicha Convención, fue hecha a inicios de 1855 por el Mariscal Ramón Castilla, un año después del golpe de Estado. Uno de los primeros actos de los convencionales, como se recordará, fue la de nombrar Presidente Provisorio a Castilla, ratificando y legalizando así su autoridad.

La Convención Nacional, que declaró "derogada" por la voluntad popular la Carta de 1839, para aprobar la de 1856, tampoco cumplió con el procedimiento de reforma dispuesta por aquélla, que preveía también trámites agravados para llevarla a cabo.

48. La Carta de 1856 establecía un procedimiento sencillo para la reforma de "uno o más artículos", esto es, que el proyecto sea aprobado por tres legislaturas, previa discusión como cualquier proyecto ley. Empero, el Congreso de 1860 sancionó la Constitución de ese año, dejando de lado dicho procedimiento, al considerar que sus representantes, al ser elegidos, habían recibido el mandato expreso del pueblo para llevar a cabo la reforma [Lizardo Alzamora Silva, *La evolución política y constitucional del Perú independiente*, Librería e imprenta Gil S.A., Lima 1942, Pág. 34 y ss].

Dicha Constitución fue expedida por el Congreso constituido, "autorizado por los pueblos para reformar la Constitución Política de 1856", y promulgada, también, por el Mariscal Ramón Castilla, el 13 de noviembre de 1860; el cual, previamente, disolvió el Congreso y convocó a elecciones legislativas, de las que emanó el Parlamento ordinario que se convirtió en Constituyente por propia decisión.

Debe recordarse que el artículo 131° de dicho texto disponía que para reformar uno o más artículos constitucionales se necesitaba que el proyecto sea aprobado en dos legislaturas distintas (por el Congreso constituido), previa discusión en cada una de ellas, como la de cualquier proyecto de ley.

49. La Constitución de 1867, de tan efímera vigencia, fue sancionada por un Congreso Constituyente convocado por el Gobierno de la dictadura bajo la presidencia del General Mariano Ignacio Prado. Y como ocurrió con las anteriores, el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

procedimiento seguido para su aprobación no tomó en cuenta lo dispuesto por su predecesora.

50. La Carta de 1920 fue producto de una situación extra constitucional. El 4 de julio de 1919 Augusto B. Leguía instauró su llamado "Gobierno Provisional" e inmediatamente después convocó a una consulta plebiscitaria para reformar la Constitución de 1860, cuya ejecución recaería en las cámaras legislativas reunidas en Asamblea Nacional.

Dicha Asamblea, inmediatamente después de instalada, no sólo se limitó a introducir las reformas aprobadas en la consulta popular, sino que decidió que en virtud de sus poderes constituyentes podía dictar una nueva Constitución. Elaborada ésta, fue sancionada y luego promulgada por el propio Leguía, y estuvo vigente en tanto éste se mantuvo en el poder.

La Carta de 1920 atribuía la competencia de su reforma, sin precisar si ésta podía alcanzar la totalidad de su articulado o sólo una parte de él, al Congreso Ordinario. Disponía la necesidad de su ratificación en otra legislatura ordinaria y el voto conforme de una mayoría calificada. Dicho procedimiento y requisitos no se cumplieron al aprobarse la Carta de 1933.

51. La Constitución de 1933 fue obra de un Congreso Constituyente, convocado por la llamada Junta Nacional de Gobierno en medio de una grave crisis política, que pasó por el derrocamiento de Leguía y los sucesivos gobiernos provisorios que se formaron inmediatamente después de este hecho. Dicho Congreso Constituyente, disminuido en razón de que una parte importante de sus miembros fue encarcelada y/o deportada, la aprobó y su promulgación la efectuó el General Oscar R. Benavides, el 9 de abril de 1933. Dicho Congreso Constituyente fue convocado mediante Decreto Ley N.º 7160, del 26 de mayo de 1931, y antes que sus miembros fueran elegidos, la Junta Nacional de Gobierno, que ejercía de hecho los Poderes Ejecutivo y Legislativo, designó una comisión de juristas eminentes, presidida por Manuel Vicente Villarán, para preparar un *Ante-proyecto de Constitución del Estado*, (Imprenta Torres Aguirre, Lima 1931) el mismo que, pese a ser presentado a la Asamblea, no se tomó en cuenta.

La Constitución de 1933, expedida por un Congreso Constituyente, sufrió numerosas interrupciones, siendo la más larga de ellas la iniciada en octubre de 1968, con el derrocamiento del Presidente Constitucional Fernando Belaunde Terry y la instauración del llamado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, bajo la dirección del General Juan Velasco Alvarado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin embargo, el desgaste político y la progresiva pérdida de legitimidad social de dicho gobierno, aunados a la movilización popular, obligaron a sus conductores a plantear el retorno al régimen democrático y a transferir el poder a la civilidad. Dicho proceso no derivó en la vigencia plena de la Carta de 1933, ni en la utilización de los procedimientos en ella dispuestos para reformarla, sino en la convocatoria a elecciones para una Asamblea Constituyente, cuya actividad debía limitarse a la dación de una nueva Constitución Política del Estado, según el Decreto Ley N.º 21949, promulgado por el Presidente de la República designado por la Junta Revolucionaria, General Div. E.P. Francisco Morales Bermúdez.

52. La Constitución de 1979 fue sancionada en julio de ese año, pero la transferencia del poder se realizó recién al año siguiente [Domingo García Belaunde, "Sanción y promulgación de la Constitución de 1979", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N.º 4, CAJ, Lima, 1990].

La Constitución de 1979 estableció un procedimiento de reforma constitucional que no se observó cuando, tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se decidió convocar a un Congreso Constituyente Democrático para que decidiera si reformaba la Constitución de 1979 o daba una nueva Constitución. Y ello no obstante que en su artículo 307º señalara que ella no perdía su vigencia ni podía ser modificada si es que no se seguía el procedimiento de reforma allí previsto. Más aún, señalaba que serían "juzgados, según esta misma Constitución (la de 1979) y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables" de cualquier cambio o modificación constitucional sin observarse sus disposiciones.

Al respecto, en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que si bien ahora se encuentra vigente la Constitución de 1993, ello no impide que contra los golpistas del 5 de abril de 1992 y sus funcionarios se aplique ultraactivamente el artículo 307º de la Constitución de 1979, pues en el momento en que se cometieron tan luctuosos acontecimientos y hasta el 31 de diciembre de 1993, dicha Constitución se encontraba en vigencia, y, por lo tanto, ella es perfectamente aplicable para el juzgamiento de todos aquellos que participaron en la demolición de la institucionalidad democrática de nuestro país.

El Tribunal Constitucional deja constancia que a la fecha ni el Ministerio Público ni el Congreso de la República han procedido de acuerdo con sus atribuciones sobre la materia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

53. La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos.

Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.

Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3' 895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones)

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993.

A esta cuestionable legitimidad de origen, ya desde diciembre de 1993, Domingo García Belaunde ("La nueva Constitución del Perú", en el trabajo conjunto con Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Editorial Grigley, Lima 1994, Pág. 31) apuntaba: "En los momentos actuales, con un Presidente autoritario respaldado en las Fuerzas Armadas, es difícil decir qué pasará. La prueba de fuego de la actual Constitución, repetitiva de la anterior y con muy escasos méritos, será recién en 1995, cuando se den las elecciones generales y cuando (es de esperar) no exista el actual ambiente autoritario".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En ese mismo sentido, César Landa (*Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, PUCP, Lima 1999, Pág. 475) enfatizaba que "La Constitución peruana, si bien es la fuente de fuentes del Derecho, en la actualidad se encuentra en una crisis de falta de legitimidad constitucional, dado el carácter puramente formal de la legalidad constitucional que utilizan sus operadores, al vaciar los valores y principios constitucionales que aseguran la defensa y desarrollo de los derechos fundamentales de la persona como el control y balance de poderes, en su actividad legislativa. En este sentido, la ley ha quedado desvinculada de la Constitución material y, por el contrario, se encuentra a merced del voluntarismo parlamentario y presidencialista".

54. En suma, como colofón a toda esta reseña histórica, hay un dato común en toda nuestra experiencia constitucional en materia de cambios de Normas Fundamentales: que normalmente la convocatoria a un Poder Constituyente para que elabore una nueva Carta siempre ha sido una salida política frente a la instauración de un régimen de facto, cuyo final o ya se había producido o era una crónica de su muerte anunciada. El cambio constitucional, en ese sentido, ha sido una cuestión de higiene democrática y de reinserción en los principios del Estado de Derecho.

55. Contra lo que es un hecho constante en la historia peruana, los sucesos de los últimos meses permiten aseverar que la situación del Perú, en el momento en que se está discutiendo el cambio de la Constitución, no tiene parangón. En efecto, pues si bien la actual Carta fue elaborada por un Congreso Constituyente Democrático y aprobada a través de un referéndum, de muy dudosa legitimidad, también lo es que el debate sobre la posibilidad de su reforma no se plantea en un contexto en el que se convive con un gobernante de facto, cuyo final es anunciado, sino en un ambiente en el que se ha restablecido plenamente la democracia en el país y a través de los mecanismos que esa misma democracia proporciona. En ese sentido, el Tribunal observa que la intención de propiciar un proceso de reforma constitucional, con las reglas que el propio ordenamiento constitucional proporciona, constituye un hito importante en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

56. El problema, sin embargo, no es tanto la oportunidad o pertinencia del proceso de reforma, sino, como lo ha sugerido el demandante y como se ha planteado en el fundamento 36, la forma en que ella pretende llevarse adelante. En ese contexto, cabe preguntarse ¿Puede el Congreso de la República cambiar la Constitución de 1993 por otra?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VI. EL PODER CONSTITUYENTE, LA CONSTITUCIÓN Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

57. Respecto a este punto, el Tribunal Constitucional considera que es necesario dilucidar los problemas jurídico-constitucionales que entraña la presente acción de inconstitucionalidad, lo cual exige que previamente este Colegiado se detenga a esclarecer los alcances de conceptos tales como Poder Constituyente, Constitución y Reforma Constitucional.

§1. El Poder Constituyente

58. En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente "es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede" (E. Bockenforde, "Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale", en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona.

59. Cabe precisar que ello no excluye la existencia previa de un Estado. Como expresa Sigifredo Orbegoso, "El poder constituyente es aquél que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez (sic) o que ha decidido cambiar de Constitución" [*Poder constituyente y otros ensayos*, Editorial Normas Legales, Trujillo 2002, Pág. 73].

En tales supuestos, se dice que el Poder Constituyente, más que una fuente de creación, es una fuerza de transformación, ya que, como tal, puede llevar a cabo la refundación del ordenamiento constitucional sobre nuevos supuestos, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o propiamente jurídicos.

60. El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.

§2. El Poder Constituyente y los Poderes Constituidos

61. De las características atribuidas al Poder Constituyente, queda claro que aquél, en cuanto poder creador, es único en su género, y que de él derivan a través de la Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución.

62. En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Constitución haya establecido sobre aquéllos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.

Como afirma Manuel Aragón [*Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1995, Págs. 15 y ss.] el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. De allí que el Tribunal Constitucional considere que "no es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional con sus amplias competencias, sin que ella sufriera una reforma en su esencia" [Helmut Simon, "La jurisdicción constitucional", en Benda, Maihoffer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons librero, Madrid 1996, pág. 823].

63. En ese sentido, y como en su momento lo intuyera el Abate Emmanuel Sieyès (*¿Qué es el Tercer Estado?*, Alianza Editorial, Madrid 1989), el Poder Constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una tarea regulada en sus lineamientos por la propia Constitución. Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente.

§3. El Poder Constituyente y la Constitución.

64. La razón fundamental por la que se admite una concentración de facultades alrededor del Poder Constituyente responde al objetivo de regular jurídicamente al Estado sobre la base de una Constitución, norma que, por otra parte, debe entenderse como el instrumento jurídico receptor de los valores fundamentales de la sociedad en la que se adscribe.

65. En la medida que una Constitución es la depositaria de las aspiraciones del pueblo expresadas por el Poder Constituyente, su contenido reviste una "pretensión más fuerte de validez", y aspira a tener una permanencia o duración indeterminada. Por el contrario, si aquella careciera de la vocación de regir los destinos de una sociedad u omitiere el *plus* de realizar efectivamente sus contenidos, su destino no tendría por qué ser diferente al de las leyes ordinarias, circunscritas sobre intereses y proyecciones mucho más específicas. Sin embargo, el que una Constitución aspire a prolongarse en el tiempo, permite predicar de la misma una característica de suyo especial y única, que en modo alguno puede ser ignorada por los poderes constituidos.

66. No es, pues, una razón formal la que convierte a la Constitución en norma jurídica suprema, sino una razón de orden material, que, como tal, impone restricciones o líneas de obligado comportamiento a quienes corresponde aplicarla y desarrollarla. Dicha razón empieza entonces, desde su propio origen y se proyecta hasta el último valor que aquella recoge.

§4. El Poder Constituyente y el Poder de Reforma Constitucional

67. Que el Poder Constituyente se configure como el artífice de la Constitución y que esta última sea la fuente de sustento jurídico en la que reposan los más importantes valores sociales, no significa que dicho poder, durante su misión constructora, no pueda incurrir en omisiones, pues, por principio, si sus criterios y proyecciones devienen como producto de un momento histórico determinado y no de una permanente voluntad evolutiva, el resultado constitucional viene siempre impregnado de una cierta dosis de relatividad histórica.

68. Si el resultado de la tarea constituyente, *prima facie*, resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo, la evolución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que, por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias, inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.

69. El carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del Poder Constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo.

70. El que se asuma que el poder de reforma constitucional tiene connotaciones formales, no significa que este Colegiado excluya la legitimidad de aquellas reformas a las que la doctrina califica de informales o de auténticas "mutaciones constitucionales" Así, por ejemplo, lo realizado por este Tribunal Constitucional en relación con la segunda parte del artículo 173° de la Constitución, a fin de adecuar su sentido interpretativo a la Convención Americana de Derechos Humanos en el expediente N.º 010-2002-AI/TC [Cf. sobre el tema, Hsü Dau Lin, *Mutación de la Constitución*, Oñati (España) 1998].

Sin embargo, si se admite su procedencia, ello no significa que aquéllas puedan operar sin ningún referente mínimamente objetivo. Se trata, en tales casos, de distinguir entre mutación (reforma informal legítima) y desvirtuación (manipulación fraudulenta) del texto constitucional.

§5. Los límites del Poder de Reforma Constitucional

71. En la medida que se admite que el poder de reforma constitucional está revestido de ciertos criterios en su forma de ejercicio, éstos se instituyen como auténticos límites o reglas de obligatoria observancia. El Poder de Reforma Constitucional en tal sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un Constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución.

72. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden, ser formales y materiales.

a) Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

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

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

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

73. La existencia de límites formales, en los términos descritos, permite considerar que el rol cumplido por el Poder de Reforma Constitucional, no es, ni puede ser, el mismo que el del Poder Constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado.

Dicha condición no sólo es una garantía de que la organización constitucional democrática mantenga su coherencia, que pueda hablarse de supremacía constitucional, sino también que la propia norma constitucional sea capaz de controlar sus procesos de transformación.

74. b) Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

75. Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.

76. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

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

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

Como puede verse de lo anotado, la existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados. Es el caso de Italia, por ejemplo, en el que si bien su Constitución republicana de 1947 ha individualizado que su artículo 139° no es objeto de reforma constitucional, sin embargo, su *Corte Costituzionale* ha extendido esos límites materiales a otros principios supremos de su ordenamiento, como los derechos inviolables del ser humano.

77. En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

§6. La posibilidad o imposibilidad de reformar totalmente la Constitución

78. A la luz de todo lo expuesto cabe preguntarse si mediante la reforma constitucional se puede emprender una modificación hasta un punto tal en que se sustituya integralmente los alcances de la Constitución, terminando por habilitar una nueva norma fundamental en reemplazo de la reformada.

79. Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Como expresa Carl Schmitt [*Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid 1982, Pág. 119], "Una facultad de 'reformular la Constitución', atribuida a una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo: La facultad de reformar la Constitución contiene, pues, tan sólo la facultad de practicar, en las prescripciones legal-constitucionales, reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero manteniendo la Constitución; no la facultad de dar una nueva Constitución, ni tampoco la de reformar, ensanchar o sustituir por otro el propio fundamento de esta competencia de revisión constitucional".

Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino ("Reforma Constitucional", en AA.VV. *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) "El poder constituyente originario es aquél que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquél que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)".

80. En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica.

81. Sucede, sin embargo, que esto que pareciera ser un asunto doctrinal perfectamente definido, tiende a relativizarse en aquellos sistemas que, como el peruano de 1993, prevé expresamente la hipótesis de la reforma "total" (artículo 32°). Con lo cual alternativamente, o descartamos la capacidad de reformar totalmente la Constitución, al amparo de lo que la teoría constitucional expone, en cuyo caso, nuestro parámetro deja de ser la norma constitucional y la sustituimos por la doctrina [lo que sería un verdadero contrasentido]; o, admitimos que algún sentido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

debe tener la disposición constitucional que señala que es posible efectuarse la reforma total.

82. Al Tribunal Constitucional no le cabe duda que él no es una instancia académica donde puedan pacificarse los problemas que se presentan en la teoría constitucional, sino un órgano jurisdiccional que resuelve sus causas con la autoridad que le proporciona la Constitución, que es la que lo crea y, desde luego, le confía la tarea de preservarla hasta donde ella misma se lo permite.

El tema, desde luego, es complejo. Pero no es nuevo, ni en el Perú (como se ha visto) ni en el derecho comparado, donde existen cláusulas de naturaleza semejante. Es el caso, por ejemplo, de lo que, *mutatis mutandi*, sucede en Alemania con el artículo 146° de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949 (según el cual, "La presente Ley Fundamental perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán") o del artículo 168° de la Constitución española de 1978 [según el cual "1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución (...), se procederá a la aprobación del proyecto por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reformas por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación"]].

83. Al margen de la polémica que, en cada uno de esos países, hayan suscitado cláusulas de esta naturaleza, lo cierto es que más allá de lo que en el plano teórico se pueda especular, se sostiene que allí se encuentra el "poder constituyente legal" [Caso de Alemania; Cf. Steiner, *Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlín, 1966, pág. 23 y ss; 223 y ss, citado por Pietro Giuseppe Grasso, "Potere Costituente", en *Enciclopedia del Diritto*, T., Varesse 198, pág. 643], o, lo que es lo mismo, se haya constitucionalizado el poder constituyente (Caso de España; Cf. Manuel Aragón, "Reforma Constitucional (Derecho Constitucional)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, Editorial Civitas, Madrid 1995, pág. 5655-5656]. Esto es, como sostiene Pérez Royo se haya previsto en la práctica "la constitucionalización de la destrucción de la Constitución en la terminología de Carl Schmitt" [Javier Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, citado, pág. 208]

Lo que significa que, cualquiera sea el pronunciamiento que en torno a la hipótesis de la reforma total de la Constitución este Tribunal tenga que expedir, necesariamente habrá de realizarse a partir de lo que sobre tal asunto haya previsto la Constitución de 1993.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

84. El artículo 206° de la Constitución regula el poder de reforma de la Constitución, condicionando su ejercicio a la observancia de su procedimiento. A saber, que ésta deba ser aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y, posteriormente, se someta a referéndum. O, que se puede omitir el referéndum, siempre que el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

85. De esta forma, el artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.

86. La Constitución de 1993 regula la participación del pueblo en el proceso de reforma constitucional, para aquellos casos en los que el Congreso no haya logrado la aprobación de la reforma parcial de la Constitución con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Adicionalmente, su participación es facultativa cuando, pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206° de la Constitución, el Congreso decide que ella debe también ser aprobada mediante referéndum [artículo 32°, inciso 1) de la Constitución].

87. El artículo 206° de la Constitución no señala los alcances de la reforma constitucional, por lo que tratándose de una competencia jurídica, debe entenderse que la reforma sólo puede tener alcances parciales. Ese es el sentido en el que debe entenderse la expresión ley de reforma constitucional que utiliza el mismo artículo 206° de la Carta, cuando se refiere a que lo aprobado por el Congreso o mediante referéndum, en el ejercicio de esta competencia, no puede ser observado por el Presidente de la República.

Es decir, que se trata de una simple ley de reforma constitucional y no de la sustitución por otro texto constitucional. Y no puede ser observada por el Presidente de la República porque éste no participa del proceso de aprobación o sanción de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

competencia de la reforma constitucional, sino, como antes se ha explicado, únicamente el Congreso de la República y/o el pueblo a través del referéndum.

88. Pero si el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° constitucionaliza que la reforma pueda ser total.

89. El demandante considera que la hipótesis de "reforma total" es sólo nominal, ya que si bien en el primer inciso del artículo 32° se enuncia su posibilidad, sin embargo, la segunda parte del mismo artículo prohíbe que se pueda someter a referéndum "la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona", "las normas de carácter tributario y presupuestal" y "los tratados internacionales en vigor". Desde este punto de vista, la negación de la facultad de reformar totalmente la Constitución se derivaría del hecho de que, al menos las normas constitucionales que regulan las materias antes señaladas, no podrían ser objeto de reforma. En consecuencia, sino pueden reformarse, no cabe la posibilidad de sustituir la Constitución.

90. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En primer lugar, porque la prohibición a la que se alude en el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en principio, no está dirigida a limitar la competencia del Congreso de la República para realizar la reforma constitucional, sino a la posibilidad de que tales materias puedan someterse a referéndum. La primera, como se ha dicho, es la capacidad jurídica que se tiene para enmendar, modificar, suprimir o quitar una o algunas disposiciones constitucionales; en tanto, que mediante la segunda, se somete a la consulta del pueblo la aprobación de determinadas materias, incluso las reformas constitucionales, conforme dispone el artículo 206° de la Constitución.

91. En segundo lugar, no todas las materias señaladas en el segundo párrafo del artículo 32°, por estar prohibidas de someterse a referéndum, constituyen límites materiales de la potestad de la reforma de la Constitución. En efecto:

a) Cuando en dicho precepto constitucional se dice, por ejemplo, que no puede someterse a referéndum las normas de carácter tributario, es claro que ella no comprende a cualquier clase de norma o fuente del derecho que la regule, sino, concretamente, a las que por expresa disposición de la Constitución están llamadas a regular, por debajo de ella, la materia tributaria, esto es, a las leyes o los decretos legislativos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

b) Algo similar, sucede con la exclusión del referéndum respecto a los tratados internacionales en vigor. En efecto, el impedimento son los tratados en vigor; esto es aquellos que, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, forman parte del derecho nacional.

92. c) A diferencia de los anteriores, la prohibición de que se someta a referéndum la "supresión o disminución de los derechos fundamentales", no constituye una autorización de que tal regulación pueda ser dispuesta por cualquiera de los poderes constituidos.

c.1) En primer lugar, el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede "suprimir o disminuir los derechos fundamentales", pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados.

93. Como en diversas ocasiones ha tenido oportunidad de recordar este Tribunal, si bien en el Estado Constitucional de Derecho no hay derechos absolutos, pues, con poquísimas excepciones, todos ellos son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos.

Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción.

94. Aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente.

95 c.2) En segundo lugar, del hecho que la "supresión y disminución de los derechos fundamentales" no puedan ser sometidas a referéndum, esto es, que se trate de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

materias que incluso no puedan ser decididas por el pueblo en cuanto poder constituido, se deriva que, en la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan una posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y que, en ese sentido, legitiman toda la organización estatal.

96. Precisamente por ello, el Tribunal Constitucional considera que las cláusulas que los reconocen constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución. De esta forma, el órgano autorizado a realizarla no podrá disponer "la disminución o supresión de los derechos fundamentales", ni siquiera siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Carta Política.

Desde luego, se trata de un límite que opera sólo en sentido negativo, esto es, que impide que el órgano de la reforma pueda suprimir o disminuir los derechos fundamentales; pero no en sentido positivo, es decir, la licitud de la reforma constitucional, si es que ella tiene por propósito ampliar, optimizar o reconocer nuevos derechos constitucionales.

97. En definitiva, el segundo párrafo del artículo 32° de la Constitución, en la parte que prevé que no se puede suprimir o disminuir derechos fundamentales, establece un verdadero límite material, de carácter expreso, a la reforma parcial de la Constitución, que no alude al procedimiento o a los requisitos formales que deben observarse cada vez que se intente una reforma constitucional, sino al contenido mismo de la reforma, esto es, a la materia que ella pretenda incidir, que, como recuerda el tantas veces referido segundo párrafo del artículo 32°, no puede suponer ni disminución ni supresión de los derechos fundamentales.

98. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que por perversos que hayan sido los fines de quienes dieron la Constitución de 1993, en ella hay la afirmación de que nuestro ordenamiento constitucional no es ajeno, neutro o desligado a un sistema material de valores.

99. En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que una interpretación que respete el principio de unidad de la Constitución, exige del intérprete comprender necesariamente que la potestad de reformar parcialmente la Constitución, en cuanto poder constituido, no sólo se encuentra sujeta a límites formales o procedimentales (artículo 206° de la Constitución), sino también a límites materiales, entre los cuales se encuentran los derechos de la persona y, en general, a los principios supremos del ordenamiento constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VIII. LOS ALCANCES DE LA "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

100. Ahora bien, si en el artículo 206° de la Carta esencialmente se ha previsto la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser total. Lo que significa, en principio, que si la competencia de reformar parcialmente la Constitución tiene límites, de cuya observancia depende su validez, éstos no pueden extenderse a la hipótesis de la reforma total.

Pero entonces, surge la pregunta ¿cómo entender la posibilidad de reformar totalmente la Constitución? ¿se trata de una competencia jurídica que pueden realizarla los mismos órganos autorizados a reformar parcialmente la Constitución? ¿Deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución?

101. A tales interrogantes, el demandante ha respondido que, pese al expreso reconocimiento de los alcances totales de la reforma, tal disposición (el artículo 32° de la Constitución), en realidad no autoriza ni permite que el Congreso la efectúe, pues ésta es siempre una función que debe realizar el Poder Constituyente y no un poder constituido. A su juicio, la posibilidad de que se sustituya la Constitución de 1993 por otra o, lo que es lo mismo, se la abroge, como expresa el artículo 2° de la Ley N.º 27600, debe sujetarse a la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

102. El Tribunal Constitucional no comparte tales criterios. En efecto, cuando el artículo 32°, inciso 1), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha constitucionalizado la función constituyente, siguiendo en ello lo que, en su momento, estableciera el artículo 28° de la Constitución francesa de 1793 ("Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus propias leyes a las generaciones futuras").

103. Con ello, como expresa Pedro de Vega, "No se niega de este modo las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental (...) en el ejercicio de la facultad constituyente. Puede, en efecto, concebirse la actividad constituyente como una actividad libre y soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimientos jurídicos. Pero puede también entenderse como actividad reglada por la propia Constitución. El poder constituyente que es libre y soberano, decide, en este caso, como diría Frochot, estatuir su propia limitación" (Pedro de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Vega, *La reforma de la constitución y la problemática del poder constituyente*, citado, Pág. 64).

104. Pero no es lo mismo hablar de la constitucionalización de la función constituyente, prevista en el artículo 32° de la Constitución de 1993, a que se haya constitucionalizado el poder constituyente. La primera alude a una capacidad, la de reformar totalmente la Constitución o, lo que es lo mismo, la autorización de instaurar un nuevo orden constitucional. La segunda, en cambio, al sujeto u al órgano titular de esa función, esto es, al Poder que está autorizado a llevarla a cabo [Néstor Pedro Sagués, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires 2001, Pág. 284 y ss].

105. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si la elaboración de una Constitución es posible, el problema se traslada a dilucidar quién debe efectuarla: ¿el Congreso de la República? O, acaso, ¿una Asamblea Constituyente expresamente convocada para tal efecto?

106. Como antes se ha expresado, el artículo 32°, inciso 1), de la Constitución, ha constitucionalizado la función constituyente, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, pero no ha previsto quién la pueda ejercer. Y no podía ser, en verdad, de otro modo, pues si se hubiese previsto que uno de los órganos constituidos llevase adelante tal función constituyente, ello no podría entenderse de otra manera que la constitucionalización del ejercicio de una competencia jurídica y, por lo mismo, reglada, vinculada y, por lo tanto, limitada.

107. Por ello, el Tribunal Constitucional considera, como lo ha expuesto el demandante, que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, *per se*, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante.

108. El Congreso de la República, como se ha expuesto, es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206° de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales).

109. Ahora bien, una cosa es que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

impedido de aprobar *per se* una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un "proyecto" de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza.

110. El demandante sostiene que la aprobación de una Constitución sólo puede efectuarse si ésta es realizada directamente por una Asamblea Constituyente para, posteriormente, someter su aprobación a un referéndum. El Tribunal Constitucional entiende que tal forma de ver las cosas soslaya que el Poder Constituyente no sólo puede expresarse mediante una Asamblea Constituyente, esto es, a través de un órgano de representación, como lo propusiera el Abate Sieyès, sino también en forma directa.

111. Cuando se decide instaurar un nuevo orden constitucional con el concurso de una Asamblea Constituyente, pero se condiciona la aprobación de la nueva Constitución a que ésta sea ratificada mediante referéndum; en realidad, en tal caso, la Asamblea Constituyente, más allá de su nombre, si bien ejerce la función no tiene la *potestas* de decisión del Poder Constituyente, pues ésta es mantenida por el Pueblo, quien tiene la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes.

112. En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano *ad hoc* es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo.

113. Sin embargo, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse a través de aquellos mecanismos (esto es, mediante una Asamblea Constituyente soberana, o con la instalación de una Asamblea Constituyente, pero condicionando su obra a la aprobación del Poder Constituyente), no impide que, en un ordenamiento como el nuestro, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum.

114. En tal supuesto, no es que el Congreso de la República asuma la condición de un poder constituyente ni tampoco que el proceso de elaboración de una Constitución distinta pueda considerarse ejercicio de una función constituyente, ya que la decisión



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de aprobarla o no, depende de él, quien únicamente se limita a proponer un proyecto de Constitución, sino del mismo Poder Soberano.

115. De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso.

Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración.

Detrás de esta afirmación está implícita la distinción entre pueblo como poder constituido y el pueblo en cuanto titular del Poder Constituyente.

116. El Pueblo como legitimador de los poderes constituidos se expresa por ejemplo cada vez que elige periódicamente a sus representantes ante los diversos órganos públicos o cuando se le somete a su consulta la aprobación de determinadas leyes o reformas parciales de la Constitución.

Como señala el artículo 1º de la Ley de Participación y Control Ciudadanos, el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos, que incluye los de iniciativa de reforma parcial, se realiza de "conformidad con la Constitución".

En efecto, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse. Como señala Alessandro Pace ["Muerte de una Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid 1999] "la autorizada afirmación, conforme a la cual 'en el Estado Constitucional no hay soberano', significa, precisamente, que la soberanía jurídica no corresponde en el Estado constitucional a ningún sujeto u órgano, sino que se encuentra dividida y distribuida en forma de funciones públicas y de derechos funcionales, todos ellos intrínsecamente limitados".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

117. Aunque no con la claridad que se hubiese deseado, fue eso lo que se pensó durante los debates en el Congreso Constituyente Democrático. Allí, en efecto, al analizarse la introducción de los mecanismos de democracia directa y, entre ellas la del referéndum, se concordó (tácitamente) en la absoluta necesidad de que en el supuesto de reforma total de la Constitución, tuviera que participar el pueblo directamente. Ello, en atención a la trascendencia que tiene el acto de instaurar un nuevo orden constitucional [Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente Democrático. Pleno de 1993*, T. 3, Lima 1993, pág. 2010-2020].

118. Como sostiene Manuel Aragón, aplicable, *mutatis mutandis*, para explicar el caso peruano, allí "se ha positivizado, en realidad, al poder constituyente. Justamente por ello, la declaración de que la *soberanía* nacional 'reside en el pueblo' ("El poder del Estado emana del pueblo", artículo 45° de la Constitución) es una prescripción jurídica y no un enunciado meramente político o la descripción de lo que fue (el poder constituyente) en el momento de emanación de la Constitución, pero que nunca ya será a partir de la entrada en vigor del texto constitucional.

Gracias a esa ausencia de límites materiales (explícitos e implícitos) nuestro ordenamiento asegura al pueblo..., en cada momento, su capacidad de autodeterminarse, impidiendo que las generaciones del futuro queden sometidas a la voluntad de las generaciones del presente o, dicho de otra manera, asegurando a esas generaciones del futuro, si quisiesen apartarse de lo impuesto por la generación del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza.

En resumen, pues, podría decirse que el artículo 32°, inciso 1) en la parte que autoriza la reforma total de la Constitución "positiviza el derecho a la revolución, es decir, facilita las vías jurídicas (pacíficas) para el cambio político (por muy radical que éste fuere)..." (Manuel Aragón, "Reforma constitucional (D.º Constitucional)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, citado, pág. 5656).

119. Lo expuesto, no implica que al aprobarse por el Congreso un proyecto de Constitución, tal aprobación se realice sin observarse las reglas o las del Reglamento del Congreso, pues sucede que, en su condición de poder constituido, toda su actividad, incluso cuando elabora simples proyectos, debe realizarse conforme al ordenamiento jurídico.

120. El Tribunal considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

206° de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; pues, una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un Proyecto de nueva Constitución, este no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

Y es que para que dicho proyecto sea una obra del Congreso como órgano, y no de una facción o parte de él, es preciso que se tenga que observar el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución.

IX. EL PRETEXTO DE LA REFORMA COMO MEDIO PARA ELABORAR UNA NUEVA CONSTITUCIÓN (Cuarto fundamento del petitorio)

121. Sobre esta materia ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado implícitamente en el desarrollo del punto anterior. No obstante, es necesario agregar algunas consideraciones adicionales. En particular, los alcances de ciertos términos empleados en la ley impugnada, en la demanda, en su contestación y en la Audiencia Pública, como son los de "reforma total", "reforma parcial", "Constitución nueva" y "sustitución de la Constitución". Para tal efecto, el Tribunal Constitucional apela a una metodología estipulativa para precisar el contenido y alcances de dichos términos.

122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama "núcleo duro" de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.

123. En consecuencia, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquella que no modifica tales principios y fundamentos.

124. Más problemático es el término "Constitución nueva", pues, por "nueva" puede interpretarse "la última Constitución en el tiempo", con independencia de si se han



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

cambiado o no, en ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior. También puede interpretarse que la "nueva" debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término "reforma total"; y si por Constitución nueva entendemos sólo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente –aunque podría serlo– una reforma total de la Constitución vigente.

125. Al respecto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "nuevo" significa "recién hecho", y también "repetido o reiterado para renovarlo", "distinto a lo anterior", "que se añadía algo que había antes", por lo que debemos concluir que la palabra "nuevo" es algo concurrentemente "distinto y posterior" en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero ¿qué tan distinto? No puede ser "otra" Constitución completamente diferente, pues ya no sería "nueva", ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior.

126. En cuanto a la expresión "sustitución" de una Constitución por otra, el Tribunal Constitucional interpreta que es el cambio total de un texto por otro. En consecuencia, el término se asimila a una Constitución que rompe con el contenido de sus predecesoras.

127. Aclarados los significados de estos términos y volviendo al texto del art. 2º de la Ley N.º 27600, vemos que éste dispone, por un lado, la "reforma total" de la Constitución –vale decir, su sustitución *in integrum*, incluyendo su núcleo duro– y por el otro, ordena tomar en cuenta la Constitución histórica y la Constitución de 1979.

128. Esta aparente incongruencia sólo puede explicarse como que el legislador entendió "reforma total" como sinónimo de Constitución "nueva", a saber, permitió el inicio de un proceso de reforma parcial de la Constitución –parcial porque respeta su Constitución histórica– que culminaría, previa aprobación por el Congreso en un necesario e inexorable referéndum, en una Constitución "nueva".

129. El demandante parece estar de acuerdo con esa intención, aunque no con la expresión escrita de ella, que se presta a confusiones. En efecto, este acepta que el Congreso de la República tiene facultades, según el artículo 206º de la Constitución, para reformarla "parcialmente", pero no para sustituirla por otra completamente distinta, criterio que el Tribunal Constitucional comparte. El demandado, por otro



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

lado, coincide en que se realizará una reforma parcial de la Constitución, en el sentido que no se modificará la Constitución histórica, tal como lo expresaron en la Audiencia Pública.

130. El Tribunal Constitucional es sensible al clamor de la población por desvincularse de la Constitución de 1993 debido a su origen espúreo, que ofende a todos los peruanos. Por ende, comprende que el Congreso, con la ley impugnada, recoge ese clamor y trata de iniciar el proceso de apartamiento de la actual Carta Política, por lo que incluyó en la ley el término "reforma total" de la Constitución de 1993.

131. El Congreso de la República, en este caso, debe cumplir con el artículo 2° de la Ley N.° 27600, es decir, el Proyecto a aprobarse deberá de basarse en la Constitución histórica del país y, por consiguiente, implícitamente restablecer los principios y valores de la Constitución de 1979. Dicho proceso debe culminar con el referéndum ciudadano, que apruebe o rechace el proyecto de nueva Constitución.

X. EL INFORME DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y LOS ALCANCES DE LA LEY N.° 27600

132. Es pertinente advertir que el Congreso de la República, al dictar la Ley N.° 27600, recogió la segunda opción que planteara el Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú.

En efecto, el gobierno transitorio, presidido por el doctor Valentín Paniagua Corazao, creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, mediante el Decreto Supremo N.° 018-2001-JUS; y designó a sus integrantes mediante Resolución Suprema N.° 232-2001-JUS, de 31 de mayo de 2001. La mencionada Comisión fue instalada el 7 de junio de 2001 y designó como Presidente y Vice-Presidente, respectivamente, a los doctores Diego García Sayán, Ministro de Justicia, y Domingo García Belaunde. Esta cumplió con presentar su propuesta el 15 de julio del mismo año, después de ser largamente debatida y aprobada por los siguientes juristas: Javier de Belaunde López de Romaña, Samuel Abad Yupanqui, Alberto Borea Odría, Francisco Eguiguren Praeli, Javier Alva Orlandini, Jorge Danós Ordoñez, Jorge Avendaño Valdez, Martín Belaunde Moreyra, Enrique Bernal Ballesteros, Carlos Blancas Bustamante, Ernesto Blume Fortini, Roger Cáceres Velásquez, Ernesto de la Jara Basombrío, Patricia Donayre Pasquel, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Carlos Fernández Sessarego, Raúl Ferrero Costa, Magdiel Gonzáles Ojeda, Baldo Kresalja Rosselló, César Landa Arroyo, Beatriz Merino Lucero, Sigisfredo Orbegoso Venegas, Víctor Ortecho Villena, Jorge Santistevan de Noriega, César



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Valega García, Armando Zolezzi Möller, Juan Federico Jiménez Mayor, Viceministro de Justicia y Secretario Técnico de la Comisión.

133. Efectivamente, según la referida Comisión, el procedimiento para la reforma constitucional, consistente en dar una nueva Constitución, incluyó la posibilidad de usar cualquiera de las tres alternativas siguientes:

1. PRIMERA ALTERNATIVA

a) Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida son los siguientes:

- El artículo 307º de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- El que la Constitución de 1993 fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
- Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate controlado y no libre, y ratificada por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.
- La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados y, adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció.

b) Sin embargo, en el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten. Expresamente debe señalarse entre otros puntos que:

- Se reconoce los efectos de las elecciones del año 2001.
- Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979, los cambios que corresponda. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados -y que cumplan los requisitos- pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2. SEGUNDA ALTERNATIVA

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

- a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.
- b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización de la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

3. TERCERA ALTERNATIVA

- a) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.
- b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello."

(*Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Ministerio de Justicia, Lima 2001, pág. 101-103).

134. En conclusión, y conforme a los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional considera que no está prohibido a las Comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, conforme al sentido estipulado en el fundamento N°. 125, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979; por lo que la pretensión debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica

FALLA

DECLARANDO INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27600. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 014-02-AI
CUSCO
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CUSCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MANUEL AGUIRRE ROCA

Disiento de la presente sentencia —con el debido y recíproco respeto por las opiniones de mis honorables colegas— porque considero fundada la demanda en sus dos principales petitorios, vale decir, que estimo que el objetivo que la ley impugnada persigue (abrogar la Constitución del 93' y reemplazarla por una nueva), no puede lograrse mediante el procedimiento que ella misma autoriza, esto es, que al otorgar, dicha ley (N.º 27600), facultades al Congreso para a) abrogar la Constitución vigente; y b) reemplazarla por otra, cuyo texto sería elaborado y aprobado por él mismo, y no por un órgano *ad hoc* con facultades constituyentes recibidas expresamente del pueblo, desconoce los límites de las facultades de reforma que la Constitución vigente le otorga, esto es, los límites de las que recibe del artículo 206 de la misma, pues tal es la fuente de tales atribuciones reformadoras.

La inconstitucionalidad incurrida radica, pues, tanto en el propósito de otorgar al Congreso facultades para abrogar la Constitución vigente, que resultan reñidas con los procedimientos de reforma que ella regula, y que sólo permiten conseguir objetivos más modestos (introducción de “reformas” en la Constitución vigente), e insusceptibles de alcanzar semejante resultado; cuanto en el paralelo, y no menos traumático propósito de generar, por el mismo sencillo mecanismo del artículo 206º, el nacimiento de una nueva Constitución.

En efecto, el artículo 206º de la Constitución sólo permite reformas constitucionales que no exijan la participación ni la aprobación del pueblo, esto es, del depositario y titular de la soberanía y del poder constituyente originario. La simple lectura de dicho numeral pone de manifiesto que las reformas que, según el sistema allí regulado, pueden introducirse, no requieren otra cosa que la voluntad exclusiva del Congreso, puesto que, mediando un determinado respaldo (dos legislaturas ordinarias sucesivas y el apoyo de más de los dos tercios del número legal de sus miembros) no es ya necesaria la consulta popular.

Ahora bien, nadie negará que para la abrogación de una Constitución, la aprobación del pueblo es indispensable; y nadie se atreverá a sostener, tampoco, que la elaboración y entrada en vigencia de una nueva Constitución puede lograrse sin la participación, *sine qua non*, del pueblo, y de su respectiva aprobación final. Y como la sustitución de una Constitución por otra supone ambas cosas: muerte de la primera, y nacimiento de la segunda, parece axiomático que una tal mutación jurídica no es factible —ni siquiera pensable o imaginable— sin la participación y aprobación del poder constituyente originario.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es cierto que luego de aprobada la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con más de 80 votos cada vez, nada impide, según el artículo 206° examinado, que el Congreso someta el texto aprobado a referéndum popular; pero también lo es que nada lo obliga a tal sometimiento. Ahora bien, la opción indicada (someter el texto final, o no, a referéndum) no hace sino subrayar lo ya dicho: que no existe obligación de hacerlo y, en consecuencia, que las reformas autorizadas por el comentado dispositivo no comprenden a las que no pueden introducirse sin la participación y aprobación popular (entre las cuales están, por cierto, la derogación o abrogación de una Constitución; el lanzamiento de una nueva; y, consecuentemente, la operación conjunta de reemplazar a una por otra, pues ello supone ambas cosas: el ocaso de la primera y el amanecer de la segunda).

Sin salir del texto del artículo 206° comentado, se puede corroborar la tesis expuesta glosando su última parte, pues allí se lee que las reformas que, según el procedimiento reglado en él, se decida introducir en la Constitución, se ponen en vigencia mediante la promulgación de la correspondiente ley, cosa que, por cierto, parece impensable respecto tanto de la abrogación de una Constitución vigente, como del alumbramiento de la llamada a reemplazarla. Las constituciones, en efecto, no se abrogan ni promulgan mediante simples leyes, pues éstas, siendo de menor jerarquía, no pueden privar de efectos a aquéllas, ni tampoco extenderles partidas de nacimiento. Las constituciones se ponen en vigencia en forma directa, y no a través de leyes, y es, precisamente, al poner en vigencia a la nueva, como resulta abrogada la vieja. La partida de nacimiento de la nueva, equivale a la de defunción de la anterior.

Concordando con lo expuesto, vale la pena recordar a Carl Schmitt, que, como se sabe, es uno de los constitucionalistas mundialmente más prestigiosos y que con mayor lucidez se han ocupado del tema de las llamadas reformas constitucionales. Carl Schmitt, en efecto, sostiene y demuestra —como tantos otros especialistas en la materia— que las llamadas “reformas constitucionales” no pueden exceder de un límite, pues los cambios —de más o de menos— que por su intermedio se operen, deben respetar la continuidad y la identidad de la Constitución en la cual se introducen. Por eso, el Congreso puede, sin duda, introducir, según el procedimiento del artículo comentado, cambios que no impliquen la muerte de una Constitución ni el nacimiento de otra. Puede pues, el Congreso, según, por lo demás, ya lo ha hecho, redactar textos, aprobarlos y ponerlos en vigencia en la actual Constitución, siempre que se respete la identidad de la misma (esto es, su partida de nacimiento y su fuente jurisdiccional) y su continuidad (esto es, su imperio temporal ininterrumpido), pero nada más. Si se trata de elaborar el texto para una nueva Constitución, y no sólo uno destinado a insertarse en una ya existente, la voz cantante la tiene el poder constituyente originario, esto es, el pueblo, y no el Congreso.

Se comprende, pues, que un buen número de muy distinguidos y sobresalientes constitucionalistas, de comentaristas versados en la materia, y especialmente, de ilustres Colegios de Abogados de toda la República (parece que todos, o casi todos), incluyendo al que oficia de demandante en estos autos y al de Lima, hayan hecho conocer su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

opinión en el sentido expuesto: el Congreso, según el artículo 206° comentado, tiene atribuciones para introducir cambios en la Constitución vigente, y para preparar, redactar y aprobar, en última instancia, los textos correspondientes; pero si se trata de preparar una nueva Constitución, el Congreso no tiene las facultades necesarias para elaborar y aprobar los textos respectivos. Quien las tiene, en tal caso, es el pueblo, el mismo que puede —y suele— ejercerlas a través del órgano constituyente *ad hoc* que él mismo, en tal circunstancia —esto es, si desea una nueva Constitución, y no sólo la vigente reformada— tendría que designar. A este órgano *ad hoc* suele denominársele “Asamblea Constituyente”, aunque puede dársele otro nombre, si bien su función será siempre la misma: preparar, debidamente investido por el pueblo, los textos de la futura Constitución, los cuales, a su turno, una vez listo el proyecto final, habrán de someterse a conocimiento y aprobación del pueblo mismo.

Conviene agregar, como complemento de un punto ya esbozado, que la parte de la ley impugnada que dispone que los textos elaborados y aprobados por el Congreso, ya organizados en forma de nueva Constitución, sean sometidos a la aprobación del pueblo, vía referéndum, pone de manifiesto que el Congreso ha advertido que el procedimiento reglado por el comentado artículo 206°, no le permite la elaboración del proyecto final de una nueva Constitución, pues, según ya se ha indicado, tal artículo no exige la consulta popular. Dicho de otro modo, para lograr dar cima a su propósito (preparar por sí y ante sí —sin perjuicio de la colaboración externa que pueda solicitar— el texto de una nueva Constitución), el Congreso ha creado un procedimiento no previsto en la Constitución, es decir, que ha agregado al procedimiento del artículo 206°, la obligación de someter el texto final a referéndum; o, si se prefiere, lo hecho equivale a la modificación, mediante simple ley (la 27600), del artículo 206° tantas veces citado; cosa que, como se sabe, no es posible y tampoco constitucional. Lo dicho significa que por el simple hecho de someter a referéndum su propuesta de reforma, el Congreso no puede adquirir, ni ha adquirido, la potestad de elaborar y aprobar, por sí y ante sí, el texto de la nueva Constitución proyectada, materia del referéndum.

Debe destacarse, en este contexto, que la decisión de someter el texto final elaborado y aprobado por el Congreso a un referéndum, no obstante que el artículo 206° de la Constitución no lo exige, es un paso positivo que pone de manifiesto la buena fe y la seriedad con que viene actuando el Congreso. El mismo propósito encomiable se refleja en el artículo 3° de la Ley impugnada (27600) que tiene el siguiente tenor:

“El proceso de reforma se llevará a cabo promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como fórums, conversatorios, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional”.

Sin embargo, el hecho de someter a referéndum el proyecto final elaborado y aprobado por el Congreso, no es suficiente, según lo expuesto, para otorgarle las atribuciones que el artículo 206° no le otorga —y, antes bien, *contrario sensu*, le



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

deniega— esto es, las de someter a referéndum un texto final elaborado y aprobado, en última instancia, por él mismo, como proyecto final de una nueva Constitución.

Respecto de los otros dos petitorios —a mi juicio de menor importancia, si no, en último análisis, inclusive ajenos al problema central planteado en la demanda de autos— que se relacionan, el primero, con el retiro de la firma del Ing. Fujimori del texto de la Constitución del 93'; y, el otro, con la votación que aprobó la ley impugnada (sólo 53 votos), mis conclusiones concuerdan con las que obran en la presente sentencia, aunque los fundamentos no siempre resulten compartidos, toda vez que, a mi juicio, el retiro de la firma susodicha, visto el texto de la Ley 27600 —que precisa que ello no priva de vigencia a la Constitución del 93'— es un acto de naturaleza sólo material y que, así entendido y por ello mismo, no puede trascender al plano jurídico correspondiente, esto es, al ámbito de la validez y de la vigencia de la Constitución del 93', ni más ni menos que tampoco podría hacerlo, salvando alguna pequeña distancia, la eliminación, p.ej., de alguna mancha de tinta filtrada en el mismo documento. La validez de la Constitución vigente, según su propio tenor, depende —y dependió siempre, *ab initio*— de sólo dos actos (ellos sí de naturaleza jurisdiccional) sucesivos y complementarios, a saber: la aprobación otorgada, primero, por el Congreso Constituyente Democrático, y la aprobación subsiguiente, sancionada por el pueblo, a través del referéndum. Así resulta del texto, claro y preciso, de la Decimocuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, cuyo tenor es el siguiente:

“Decimocuarta.- La presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado de referéndum regulado mediante ley constitucional”.

A la vista de lo expuesto, la participación del Ing. AFF no era necesaria ni para la validez ni para la vigencia de la Constitución, de modo que el retiro de su firma tampoco puede afectar ni lo uno ni lo otro, pues lo que la firma no dio, su retiro no puede quitar.

Corolario de lo dicho es que el retiro de la firma no produce el efecto de “despromulgar” —y menos de invalidar— la Constitución del 93'.

Entrando en el último petitorio, el relativo a la tesis de que la Ley (N.º 27600) impugnada es inconstitucional por la forma, por haberse aprobado sólo con 53 votos a favor, debo confesar, con el mayor respeto por el ilustre demandante, que no le encuentro fundamento atendible. En mi criterio, dada su naturaleza, la Ley 27600 no está comprendida en el artículo 106º de la Constitución, ni en sus reglas concordantes. El problema consiste, en este caso, en una operación lógica de encaje o simple subsunción de un objeto en una clase, o, si se prefiere, concretamente, de determinar si un individuo dado pertenece a una especie dada. Y, lo confieso, no encuentro razones que lleven a considerar que la Ley 27600 pertenece, como objeto o individuo, a la clase definida en el precitado artículo 106º de la Constitución —esto es, a la familia de las leyes orgánicas— puesto que, en efecto, mediante ella no se regula —ni se pretende



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

hacerlo— el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, sino sólo promover la elaboración de proyectos de reforma constitucional, los mismos que, por lo demás, pueden ser preparados y presentados, por iniciativa propia, por cualquier congresista, y en ausencia de autorizaciones otorgadas por leyes especiales.

Unas precisiones antes de terminar

He querido mantenerme al margen de toda consideración de tipo político, porque ellas suelen nublar el criterio técnico—jurisdiccional, de modo que en ningún momento, a lo largo de la emisión de este voto, me he detenido a pensar sobre si “conviene”, o no, derogar la Constitución del 93’, ni sobre si “conviene” reemplazarla, ya sea por la del 79’ o por alguna otra, incluyendo a la proyectada por el Congreso.

Tampoco he querido adornar esta opinión con citas doctrinarias, jurisprudenciales o de derecho comparado, por temor a que ellas pudieran difuminar u oscurecer los perfiles estrictamente lógico—jurídicos de la misma. Además, las citas eruditas, que abundan tanto en la demanda de autos como en su contestación y en la extensa y excelentemente documentada sentencia de este Tribunal (con la que, según he manifestado líneas arriba, en parte concuerdo, pero en parte discrepo) hacen innecesaria mi incursión en tales ámbitos, pues cuanto en ellas se expresa lleva, a mi juicio, a la conclusión de que una cosa es “reformular” una Constitución, y otra, muy distinta, “sustituirla” por una nueva, tal como lo vengo sosteniendo en este voto singular.

Finalmente, porque considero un deber —en asunto tan delicado— el evitar interpretaciones inexactas, me complace declarar que estimo que el intenso trabajo de estudio constitucional que, con el serio propósito de enriquecer y elevar el nivel de nuestra Carta Magna, viene realizando el Congreso, es ciertamente meritorio y útil, y que, por lo demás, tal esfuerzo sí puede desembocar, por medio del procedimiento del comentado artículo 206°, en la introducción de las respectivas reformas en la Constitución vigente. Lo que no puede el Congreso, según aquí lo he expresado, es convertir sus proyectadas reformas, por inspiradas y lúcidas que sean, en el texto de una nueva Constitución, mediante el sólo sometimiento de ellas a un único y definitivo referéndum. El proyecto de una nueva Constitución debe ser elaborado —si se quiere una nueva Constitución— por un órgano *ad hoc* designado por el pueblo, y no, por sí y ante sí, por el Congreso, pues éste sólo tiene —según la tesis aquí sostenida— facultades para elaborar y aprobar proyectos finales de reformas constitucionales de la Constitución vigente.

SR.

AGUIRRE ROCA

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR