

# Reforma constitucional, poder constituyente y democracia constitucional.

## Notas de reflexión<sup>1</sup>

Edwin Figueroa Gutarra<sup>2</sup>

**Resumen:** Este trabajo destaca que las reformas constitucionales representan experiencias muy complejas cuya naturaleza exige abordar el análisis de conceptos como el poder constituyente y las relaciones entre Constitución y *democracia constitucional*, entre otras nociones. Además, considera una toma de posición entre dos tendencias contrapuestas: el originalismo norteamericano, que representa una corriente en contrario a sucesivos cambios en la Constitución, y la más aceptada tesis de una denominada *living Constitution* o Constitución viviente, cuya dinámica evolutiva es una nota esencial. Realizados estos enfoques, este estudio aborda algunos matices de la experiencia peruana en reformas constitucionales.

**Abstract:** This work highlights that constitutional reforms represent very complex experiences whose nature requires addressing the analysis of concepts such as constituent power and the relationships between the Constitution and constitutional democracy, among other notions. In addition, it considers a position between two opposing tendencies: North American originalism, which represents a current contrary to successive changes in the Constitution, and the most accepted thesis of a so-called living Constitution, whose evolutionary dynamics is an essential note. Having carried out these approaches, this study addresses some nuances of the Peruvian experience in constitutional reforms

**Palabras clave:** reforma constitucional, poder constituyente, *democracia constitucional*, mutación constitucional, *living Constitution*, originalismo norteamericano, *momento constituyente*, *sentimiento constitucional*, Constituciones de Perú.

**Keywords:** constitutional reform, constituent power, constitutional democracy, constitutional mutation, living Constitution, North American originalism, constituent moment, constitutional sentiment, Constitutions of Peru.

## Sumario

**Introducción. 1. La reforma constitucional y sus contextos. 2. Poder constituyente y reforma constitucional. 3. ¿Riesgos de una reforma constitucional? 4. La experiencia de Perú: reformas constitucionales una y otra vez. Ideas a título de conclusión**

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada al XIII Congreso de Derecho Constitucional Dr. Domingo García Belaunde, realizado por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, entre los días 9 y 11 de diciembre de 2021.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). [efigueroag@pj.gob.pe](mailto:efigueroag@pj.gob.pe). Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

## Introducción

Las reformas constitucionales, siempre complejas en su dimensión, alcances y efectos, constituyen ángulos de debate que implican cuestiones relevantes: desde aquella primera que expresa que constituye potestad incluso originaria de una Nación cambiar las principales directrices sobre su modo de entender la primacía de la Constitución y los derechos fundamentales, hasta la nota característica de oxímoron de la reforma misma, dado que una Carta Fundamental supone, por un lado, una vocación de permanencia en el tiempo y, sin embargo, la propuesta de reforma involucra, por otra parte, una clara determinación: que las cláusulas finales que se previeron respecto a una Carta Magna en rigor no han sido tales, en tanto las bases primigenias sobre las que se propusieron los valores de una Norma de Normas, no fueron tan sólidas en su planteamiento y, por tanto, hay una exigencia de cambio.

Las posiciones sobre las reformas constitucionales, de igual modo, oscilan entre dos extremos materiales: en un primer ámbito tenemos la posición radical del originalismo norteamericano, que asegura la voluntad de inicio de los *framers* o los *founding fathers*, esto es, de observar el propósito fundacional de aquellos colonos que dieron origen a la Nación, y cuya inspiración creadora debe, en todas las circunstancias, ser observada, pues fue en ese marco de inicio que se levantó la patria. En otro nivel, visualizamos la posición amplia de las Constituciones flexibles, caso este último en que bastaría la sola voluntad del legislador o de una iniciativa amplia de ciudadanos, para que se produzcan los cambios necesarios en una Carta Fundamental, no solo los de un ámbito parcial de reforma, sino incluso la reforma total de la Constitución.

Lo afirmado *supra* nos conduce, en este estudio, a examinar las posibilidades de una posición intermedia, aún a riesgo de no concluir en la configuración completa de una propuesta, en tanto los extremos de una tesis por naturaleza propia son negativos: desde una fórmula radical de no modificabilidad hasta la posición harto flexible de una Carta que sea cambiada sin mayores exigencias que aquellas que competen a una ley ordinaria. Habremos de examinar una posición teórica que nos ubique en un punto de razonabilidad y proporcionalidad entre ambas opciones.

Desde ese eje de ideas, pretendemos abordar algunas consideraciones de rigor en ese arduo camino de, por una parte, concebir una reforma constitucional, hasta, bajo otro enfoque, atender a un conjunto de directrices mínimas, llamémoslas ejes basilares de consideración respecto a la reforma, en la aseveración de que la observancia de los contenidos de ésta no nos lleve a oscilar entre Escila y Caribdis, pudiendo en este caso naufragar aparatosamente el barco que representa una reforma constitucional.

En ese orden de conceptos, asignamos un sentido de cambio tangible, razonable y proporcional a una reforma constitucional, en tanto ausentes estas líneas mínimas de contenido, estamos frente a ese difícil escenario que Karl Schmitt ya denominaba *Verfassungsvernichtung*, o de destrucción total de la Constitución, y ese no es el destino final al que aspira una democracia, más aún si ésta aspira a denominarse una

*democracia constitucional*, ámbito en el cual incluso conviven dos términos de suyo contrapuestos: democracia, en el sentido de apertura de los derechos ciudadanos, de una parte; y de otra, el constitucionalismo como expresión de límite a los derechos fundamentales y las exigencias de primacía de la Constitución.

La democracia es, en estas líneas de reflexión, un marco de enfoque necesario, pues las reformas constitucionales exigen ese escenario ineluctablemente. En caso contrario, ausente la democracia, o inexistentes los mecanismos de *checks and balances* que son líneas de arraigo de la misma, la reforma constitucional es solo un arraigo del autoritarismo, o de figuras para las cuales no existe un real Estado de derecho.

## **1. La reforma constitucional y sus contextos**

Gonzales Encinar se cuestiona, a propósito de una crítica a un libro de Pedro de Vega sobre la reforma de la Constitución, respecto a si una posibilidad de reforma es acaso una real defensa de la Constitución, y si, a su turno, el miedo a la reforma no es, por el contrario, un riesgo para la fuerza normativa de la Constitución. En todo caso, plantea si no se configura una “táctica del avestruz”, en referencia a que podamos esconder la cabeza si en su caso estamos frente a una exigencia de reforma constitucional y no optamos por ejecutarla. (1985, p.346)

Aquí hay varios matices de afirmación y optemos por el tema principal: la reforma de la Constitución expresa, también, una defensa del principio de primacía de la Constitución, pues nuestra realidad tiende a ser dinámica y no estática. El concepto de una denominada *living Constitutions* muy gráfico: las Constituciones evolucionan porque la realidad no deja se anquilosen las instituciones. Por lo tanto, la reforma constitucional es una expresión de la democracia en sentido abierto.

El tema de debate aquí incluso va más allá, y se puede plantear como interrogante: ¿Cuándo es prudente cambiar una Constitución, sea parcial o totalmente? O bien aludamos a los términos que deberían ser elementos de ruta para una reforma, de cualquier categoría, y se inserta nuevamente, a modo de pregunta, otra interrogante más: ¿Cuándo es razonable y proporcional optar por una reforma constitucional?

Desde otro norte de ideas, escondernos, por miedo, ante la necesidad de una reforma constitucional, denota una falta de compromiso con la democracia, uno de cuyos enunciados, anclado incluso como deber fundamental, es respetar y hacer respetar la Constitución. La pauta aquí es objetiva: solemos invocar, las más de las veces, nuestros derechos fundamentales, y, sin embargo, no contextualizamos, en forma adecuada, nuestros deberes hacia la Constitución, y más aún, si no apreciamos el tren de la historia en su dimensión adecuada, se suele proponer, simplemente por una malentendida comodidad, que las cosas deberían quedar como están, pues es el modo más óptimo de no cambiar el *statu quo*.

Indaga Gonzales, del mismo modo, si el pueblo es capaz de hacer una Constitución y si la fuente de la Constitución no es, más bien, una imaginaria “voluntad general

rousseauiana”. (1985, pp. 355 y 358) Por último, destaca que la reforma constitucional aparece necesaria cuando la mutación constitucional ha agotado todas sus posibilidades. (1985, p. 376)

Las reflexiones que anteceden son de rango controversial, pero exigen tomar posición: el pueblo, en definitiva, es capaz de hacer una Constitución, pero deben existir parámetros de ejecución en su desarrollo. Uno de los baremos más importantes a este respecto es el significado del Estado de derecho y los valores ancla sentados a partir de la noción de los principios supremos de la Constitución, contenidos en la fórmula política del Estado, tales como la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma del Estado. (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76)

Estos principios se extienden aún más, si nos atenemos a lo sostenido por Cruz Villalón, en referencia a los valores que se desprenden de los artículos 1 y 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, los cuales sientan el “derecho de los derechos fundamentales”, en alusión las nociones de vinculación general, la eficacia directa, el contenido esencial, la tutela judicial, garantías que no estaban previstas en las Constituciones americanas del setecientos. (1989, p. 62)

Todos estos postulados, desde la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1951 en adelante, cambian los ejes del Derecho constitucional y consolidan la existencia de un Estado democrático y social de derecho, a afianzarse sobre nuevos ejes de los derechos fundamentales. Ya no se trata simplemente de derechos subjetivos públicos ni simples libertades públicas, en sus concepciones alemana y francesa, respectivamente, sino de verdaderos basamentos del Estado constitucional.

Advirtamos que las reformas constitucionales, cuales fueran sus contenidos de propuesta, no pueden disminuir las dimensiones del Estado de derecho, en tanto se trata de estándares mínimos que, al igual que las cláusulas pétreas, no pueden vaciarse de significado, bajo riesgo de que volvamos a un *Machstaat*, o Estado de la fuerza, en el modo que es enunciado por Zagrebelsky.(1995, p. 21), o bien a un escenario hobbesiano expresado, en una gráfica muy nuestra, en el aforismo *auctoritas non veritas facit legem*, es decir, que si la autoridad por su sola condición de autoridad hace la ley, en desmedro de la verdad, entonces estamos frente a un gobierno de facto que solo se sostiene por la razón de la fuerza. Sería ello una especie de guerra de todos contra todos, pero impulsada desde el Estado.

La voluntad general, desde otro eje de enfoque, se remonta a la noción rousseauiana de la prevalencia de un interés de las mayorías, y si ése es el ámbito de extensión de la voluntad, es decir, la de todos, entonces ello sería lo más adecuado para una Nación. Esta afirmación merece algunas anotaciones: en las democracias del siglo XXI la voluntad general sigue siendo, convenimos en ello, una de las piezas elementales del Estado de derecho, y, sin embargo, advirtamos, como lo acota Elster y parafraseándolo, que Ulises necesita y demanda ser encadenado, bajo ciertas circunstancias, para no morir ahogado. (2002, p.11)

En justificación de la idea anterior, nos referimos a que no puede desconocerse el valor de ejercicio de los derechos, de la forma más amplia, en una democracia. El aforismo *vox populi vox Dei* es más que representativo de lo que afirmamos, pues diríamos que, si la voz del pueblo es la voz de Dios, entonces no habría mayor objeción que formulara la voluntad del pueblo. Y, sin embargo, hoy la dimensión del constitucionalismo contemporáneo nos conduce a concluir que incluso el pueblo, en condiciones excepcionales, se convierte en poder constituido (STC 007-2012-PI/TC, FF.JJ. 9 a 21), y no es necesaria e ineluctablemente, siempre, la expresión más cercana a la de un poder constituyente.

No se trata de cambiar la concepción de poder constituyente que bien podría asumir la voluntad popular, sino de asumir que en el Estado constitucional no existen zonas exentas de control constitucional. aún si se trata de la voluntad general expresada en actos fundacionales, como los referendos para una nueva Constitución u otros actos constitutivos. Una notoria expresión de muestra de esta afirmación se verifica en el caso *Gelman vs Uruguay*, decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el año 2011, ordena dejar sin efecto incluso un referendo que a su vez aprobó una ley de amnistía para el cierre de investigaciones relativas a violaciones a los derechos humanos. No se trataba de que Uruguay hubiera aprobado solo una ley, ni incluso de que no fuera suficientemente democrática la expresión del pueblo para validar por mayoría el referendo, sino que estos elementos resultaron contrarios a la interpretación de la Corte en temas de derechos humanos. Por consiguiente, dicha ley de amnistía, aún con todas sus validaciones de orden legal y popular, debía ser anulada y dejada sin efecto.

Cuanto expresamos se identifica con fuerza en los estudios de Elster antes reseñados, pues si no existen baremos razonables y proporcionales a las propuestas del pueblo, por más bien intencionadas que las mismas fueran, entonces corremos el riesgo de afrontar reformas que pueden conducir a la destrucción del Estado constitucional. He aquí, entonces, que se justifica el control constitucional como elemento inseparable del concepto de Constitución, (Aragón, 1987, p.15) y esa delicada tarea le corresponde a los Tribunales Constitucionales, las Cortes Constitucionales, o los Consejos Constitucionales, o a las Cortes Supremas en los Estados donde éstas realicen control constitucional.

A su vez, es pertinente formular una precisión respecto a que las opciones de mutación constitucional hubieren sido agotadas en todas sus formas, habiendo generado ello la necesidad de una reforma constitucional. Convenimos con Gonzales en esta afirmación, y es pertinente acotar que la mutación constitucional tiende a ser un fenómeno poco comprendido en las democracias contemporáneas, pues afianzada aún el pensamiento jurídico moderno una concepción positivista del Derecho, un raciocinio formalista de la ley nos diría que si una cuestión figura normativizada en la misma regla jurídica, entonces surte efecto el cambio enunciado, en sentido literal, por la norma.

A tal punto y en gráfica de la idea que acotamos, bien podríamos pensar en la exigencia de reformar la Constitución para que un nuevo derecho fundamental sea incluido en el

catálogo de derechos de una Carta Magna, asumiendo que una vez positivizado, esto es, incluido en el elenco de derechos fundamentales un nuevo derecho, entonces ello permitirá el ejercicio de los contenidos de ese acotado derecho. Esta forma de razonamiento, aún cuando cumple requisitos de literalidad, procedimiento y validación legal, se aleja de las bases de hasta dónde puede llegar una mutación constitucional.

Realizamos esta afirmación en la medida que la mutación constitucional permite entender el sentido interpretativo de una regulación determinada en una Carta Fundamental, sin que necesariamente se hubiere modificado su texto. En efecto, aun cuando no exista una reforma constitucional específica sobre un tema en controversia, los vacíos en el Derecho, o las lagunas que forman los conceptos jurídicos indeterminados, dejan un enorme espacio que el control constitucional, en manos de los jueces, permite a éstos asumir una interpretación constitucional en sentido amplio, bajo el *nomen iuris* de una mutación constitucional, sin tener que recurrirse a una reforma constitucional de orden procedimental, es decir, con votaciones efectivas del Poder Legislativo. Llamemos a esta mutación de los jueces una de carácter indirecto.

Notemos que la mutación asume diversas formas de expresión. Lo más usual es que el texto constitucional pudiera seguir siendo el mismo, pero que el transcurso del tiempo permita una nueva interpretación de ese contenido, sin que cambie expresamente la regulación constitucional. Esto se acercaría mucho más a la famosa distinción que realiza Guastini entre disposición y norma, pues aquella implica un texto original, en tanto que ésta alude al sentido interpretativo asignado. (2011, p. 133)

Y, sin embargo, la mutación, por acción de los jueces, puede incluso ir aún más allá, pues puede conservarse un texto constitucional determinado, y, sin embargo, puede producirse el fenómeno, que hemos denominado mutación constitucional indirecta, en el ámbito jurisprudencial.

Digamos, a modo de ejemplo, que se considera importante considerar el derecho al agua como nuevo derecho fundamental. Un razonamiento vertical, de matiz formalista, aconsejaría una propuesta de reforma constitucional expresa para que se determine, a través del procedimiento de reforma, su inclusión en el conjunto de derechos fundamentales. Sin embargo, por otra parte, un razonamiento más horizontal, y a la vez dinámico, consideraría que la incorporación del derecho al agua como nuevo derecho fundamental, por vía jurisprudencial, también configura, con suficiencia, asumir incorporado ese derecho propuesto. En este último caso, la Constitución sigue conservando su texto formal como se le conoce y, sin embargo, la jurisprudencia ha asumido un rol activo y ha impulsado una mutación indirecta, de tal forma que el ordenamiento jurídico considera ampliado, en los hechos y en la dinámica de la realidad, el texto constitucional. Ciertamente no ha ocurrido aquí una reforma constitucional expresa, y sí una indirecta, ámbito este último que también comprende la mutación constitucional.

En consecuencia, la mutación nos permite un amplio campo de acción y configuración, de tal manera que las reformas constitucionales se reconfiguran como elementos de

última *ratio*, y solo son exigibles cuando se han agotado todas las variantes de una mutación constitucional.

Desde otro grupo de planteamientos en relación a la reforma, son de enunciar algunas precisiones que realiza Ruiperez, quien evocando a Finer indica que “no es lo escrito lo que protege, sino la dificultad de enmienda”; (1992., p. 235) a continuación, destaca que ya Jefferson denunciaba que era un absurdo que la Constitución sirva de instrumento para hacer prevalecer la voluntad de los muertos sobre la de los vivos. (1992, p. 236) Por último, destaca que ya Rousseau insistía en que la única Constitución posible es la que coincide con el contrato social. (1992, p. 244)

Lo antes anotado nos conduce a reflexiones de relevancia: de un lado, la dificultad de enmienda es una garantía del Estado de derecho, y de esa forma, los procedimientos agravados de reforma mantienen un propósito concreto, cual es evitar reformas que no respondan a un sentido real de razonabilidad ni proporcionalidad. A este efecto, la exigencia de altas votaciones para la procedencia de la reforma constitucional, así como la exigencia de que sean observados períodos temporales determinados para la procedencia de la reforma, consolidan el criterio de una garantía de estabilidad de las instituciones constitucionales en las democracias.

Por otro lado, la alocución de Jefferson cobra siempre actualidad, pero demanda un matiz adicional: si bien no pueden los muertos imponernos a los vivos su voluntad pretérita, encadenándonos a una forma de pensar superada (incluso era conocido el pensamiento proesclavista de Jefferson), es de considerarse que, a su vez, no podemos los vivos distorsionar la herencia democrática de valores del Estado de derecho que nos asignan nuestros antiguos congéneres, en calidad de legado. Entonces, hay una correspondencia materialmente exigible entre ambas generaciones, en tanto los caminos para la reforma constitucional siempre deberían estar abiertos, pero sujetándonos a un conjunto de valores de convivencia democrática.

En adición a lo expresado, la Constitución no puede ser esa imagen inmodificable, reiteramos, que pretende asignarle el originalismo norteamericano, (Liendo, 2015. p. 192) cuya tendencia de enfoque es el respeto del cuadro o marco - *frame*- de origen del nacimiento de la Nación. Adscribirse al originalismo implica asumir una visión formalista en exceso del ordenamiento jurídico, y de ahí que exista una colisión directa entre el positivismo jurídico, como tendencia de noción acabada pero ciertamente estática de la ley, y el constitucionalismo de principios, ámbito en el cual una nota distintiva es una concepción dinámica de la Constitución, tal cual una concepción evolutiva, en modo similar a como enuncia el Tribunal Constitucional español en la sentencia 6864-2005, de fecha 06 de noviembre de 2012, p. 41, al referirse al desarrollo de una acotada interpretación evolutiva, con amplio respaldo en el Derecho Comparado.

Por cierto, hay una relación estrecha, entonces, entre una tesis de la denominada *living Constitution* y la idea española, de matiz dinámico, respecto de una posición evolutiva, similar diríamos a la figura de las ramas del árbol en crecimiento y expansión. En ambos casos el Derecho es dinámico, se transforma constantemente y se interrelaciona con los fenómenos sociales, dando espacio, de esa forma, a una visión realista del

Derecho que nos conduce, con cierto escepticismo, a dudar de la verticalidad, fijeza y cerrazón de la norma positiva, para reasumir la idea de que esos matices de continuo cambio, por cierto, dan base a las reformas constitucionales, pero a condición de que éstas se realicen bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad, y en el marco de una democracia que suponga el más amplio espacio de ejercicio de los derechos fundamentales.

Ahora bien, examinar las ideas de Rousseau nos vincula a la noción del contrato social como un pacto de mínimos para la convivencia en sociedad y, de suyo, aunque difiere en orientaciones de origen con la teoría hobbesiana de la guerra permanente en estado de naturaleza, al final la idea de pacto social de Hobbes y la premisa de un contrato social en el caso de Rousseau expresan una misma necesidad, cual es que la convivencia en sociedad exige un acuerdo mínimo de reglas de orden social, y desde esa idea, una Constitución es la expresión del arquetipo de acuerdo.

Bajo ese enfoque, es importante cuidar ese pacto global, y las reformas a ese mínimo de mínimos, por cierto, deben implicar una valla ciertamente alta, que es el conjunto de exigencias de fondo y forma para la reforma constitucional. Vivir en sociedad ya demanda ciertos convenios mínimos y más aún, hacerlo en democracia, supone un conjunto de cargas legítimas que deben aceptar los ciudadanos. Llamamos cargas legítimas a esas exigencias del Estado de derecho que nos imponen deberes fundamentales, de tal modo que es exigible aceptarlas como mandatos de la democracia, y aun siendo oneroso su cumplimiento, nos corresponde aceptar esas cargas por su condición de obligaciones a modo de imperativos categóricos kantianos.

## **2. Poder constituyente y reforma constitucional**

Corresponde examinar las relaciones a establecer entre la noción de poder constituyente y la reforma constitucional, pues convendríamos en que el primer concepto es una de las causas de concreción de la segunda. La aseveración es cierta mas no la única.

Cairo Roldán, en concordancia con la STC 014-2002-AI/TC, F.J. 60, un caso peruano referido a la demanda del Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600, sobre el proceso de reforma constitucional, destaca que el poder constituyente es único, extraordinario e ilimitado. (2010, p. 6)

Convenimos en que el Poder constituyente es único, pues no hay otro estamento material en una *democracia constitucional* que tenga la misma forma de manifestación. Por oposición, los poderes constituidos se subordinan a ese poder constituyente de diversas formas, en cuanto existe un deber de sujeción. La justificación es concreta: un Estado de derecho supone la existencia de poderes constituidos, cuya misión es la realización de la voluntad del poder constituyente y, en ese sentido, las cláusulas de una Norma de Normas suponen un proyecto social a realizarse dentro de los estándares concebidos por ese poder originario.



De la misma forma, es extraordinario pues concurre en escenarios excepcionales, a propósito de configurarse un *momento constituyente* (Heiss, 2016, p. 117) adecuado para la dación de una nueva Constitución. Añadiríamos aquí un rasgo importantísimo: es exigible exista un *momento constituyente* idóneo para la realización de la voluntad de ese poder constituyente: un acuerdo de las fuerzas sociales, un conjunto de expresiones de diversos estamentos sociales para la adopción de una nueva Constitución, un glosario de exigencias reales, tangibles y expresivas de recambio de la Carta Fundamental, entre otras posibilidades. Ello no siempre acaece y si acaso no concurren esos elementos en conjunto, nos decantamos por considerar que sería más razonable una reforma parcial de la Constitución, a realizarse solo con el ejercicio de los poderes constituidos y sin la exigencia de intervención del poder constituyente.

En esa misma línea de ideas, es ilimitado el poder constituyente pues no existe mecanismo que limite sus facultades de modo convencional. Sin perjuicio de lo afirmado, acaso antes que una excepción sí existe un matiz a destacar respecto de esta afirmación, y lo consignamos a modo de interrogante: ¿siendo ilimitado el poder constituyente, puede entonces imponerse la voluntad omnímoda de ese poder?

Nuestra respuesta al respecto es igualmente objetiva: las facultades del poder constituyente encontrarían un límite material implícito en ciertos principios supremos de la Constitución, en tanto no contravengan éstos, pues de ocurrir, por ejemplo, que el poder constituyente viera por conveniente una reforma que afecte, de modo grave, la dignidad de la persona, entonces encontraremos una barrera necesaria del Estado de derecho frente a un propósito de reforma que ni es razonable ni es proporcional.

Desde otro ámbito, nos cuestionamos si solo la forma de un poder constituyente es el único mecanismo para la procedencia de la reforma total de la Constitución. No aludimos aquí a las reformas parciales, en razón de que éstas no afectan la unidad de la Constitución misma, y, por lo tanto, se entienden como ejercicio de propuesta de las funciones de los poderes constituidos si se cumplen determinadas reglas procedimentales. Para este efecto, las reformas parciales cumplen una función de adecuación de la Constitución a las exigencias de cambio de las instituciones en la sociedad. Ello no crea mayores conflictos para los propósitos de este estudio.

Por el contrario, la reforma total de la Constitución sí es un espacio que abre debates intensos, los impulsa, los intensifica, y de ahí la importancia de su delimitación y de que sean siempre mejor fijados sus alcances.

Adicionalmente, es de precisarse que, junto al poder constituyente, es también la voluntad general, sí, en términos rousseauianos, la expresión de ese poder, pero bajo la especificación de que aquel es concreción material de ésta, y, sin embargo, la voluntad general, por sí sola, no basta para la concreción de una reforma total de la Constitución. En otros términos, la voluntad popular se concretiza en un poder constituyente, y es a ese propósito al cual se adscribe para poder materializar los alcances específicos de una reforma *in toto* de la Constitución.

Es importante podamos distinguir, en relación a lo afirmado, cuál es el efecto de actuación del poder constituyente, dado que asumimos un matiz de extensión ilimitada que en realidad transmite un propósito de amplitud cuyas líneas de relatividad ya hemos comenzado a delimitar, pues bien podríamos advertir algunos casos puntuales en los cuales esa noción de no límites pudiera no tener cabida. Debe tener lugar aquí, entonces, la afirmación de que el poder constituyente, en realidad sí debería observar límites y estos se refieren a los pilares del Estado de derecho en sus bases primigenias.

Cairo también señala, en referencia al modelo norteamericano de ejercicio del poder constituyente, y según narraciones de Borgeaud y Planas, que desde el Pacto de Mayflower, o Pactos de Establecimiento (*plantation covenants*) y el Estatuto Fundamental de Connecticut de 1639, se evidenciaba que ya los colonos de Nueva Inglaterra organizaban sus comunidades políticas, y que los calvinistas ingleses negaban la supremacía eclesiástica del rey. (2010, p.15) Históricamente se configura aquí ya un afán negacionista por limitar facultades al rey y de ahí, que sea comprensible la idea de los colonos norteamericanos de atender a su propia realidad, configurando así una construcción de un modelo de nación, negando, evidentemente, toda opción espacio de actuación al monarca inglés.

Lo acotado es importante, en relación al poder constituyente, pues desde estas primeras manifestaciones del constitucionalismo de la nación al norte de Río Grande, era notorio que debía existir una voluntad de configuración del derecho de un pueblo a decidir sus destinos, y es ésta la idea distintiva a destacar, entre otras, de un poder constituyente.

Sobre el mismo tema del caso norteamericano, existen rasgos muy particulares: la Constitución de Filadelfia de 1787 es relativamente breve, pero con numerosas enmiendas, de tal forma que éstas a su vez niegan mayor espacio a la tesis originalista, en cuanto la condición de un texto con poco contenido, en realidad y en el tiempo, ha devenido en 27 enmiendas, ( las 10 primeras ratificadas simultáneamente y conocidas como la Carta de Derechos), unas más importantes que otras, modificando esa realidad escenográfica de los padres fundadores de la Nación

Desde otra perspectiva, Cairo adicionalmente señala los casos de dos Constituciones absolutamente inmodificables: la Constitución del Imperio de Etiopía de 1931 que se definía “perpetua e inmodificable”, y la Constitución finlandesa de 1919, que se denominaba a sí misma como ley fundamental irrevocable en su totalidad. (2010, p. 23)

Las menciones a que aludimos son de interés, pues pensemos en qué ocurriría si no asignamos una cuota de límite de facultades al poder constituyente, y, se autorice que la Constitución es *per se* inmodificable, como sucede en los casos etíope y finlandés, para que lleguemos a la compleja conclusión, contra toda lógica, de que en verdad no habría espacio alguno para un nuevo poder constituyente.

El tiempo es, sin embargo, un insumo que modifica voluntades, circunstancias y propósitos. En el caso de Etiopía, hoy se encuentra vigente en ese país la Constitución de 1995, la misma que sucede a las Constituciones de 1955 y 1987. Entonces, esa férrea voluntad de no cambio, en concreto se quebró por tres Cartas posteriores. A su vez, en

el caso de Finlandia, debemos atender a que actualmente está vigente la Constitución de 2000, después de las reformas constitucionales de 1983 y 1987.

En adición a lo acotado, es importante contrapesar el poder constituyente respecto de aquellos mecanismos que la deslegitiman. Por ejemplo, un partido político no podría enunciar ser la voluntad del poder constituyente. Tampoco un esfuerzo de recolección de firmas que exprese una voluntad de parte del electorado. Estos son mecanismos de suyo incompletos para identificar la configuración de un poder constituyente. Veamos a continuación por qué.

Las reformas constitucionales totales de la Constitución son de suyo viables, pero consideramos la necesidad de satisfacción de algunos estándares mínimos. Es exigible un *momento constituyente*, como hemos acotado, y, por cierto, optaríamos por agregar, conforme aporta Lucas Verdú, un necesario *sentimiento constitucional*, cuya raíz alemana es la expresión *Verfassungsgefühl*, e incluso hasta cierto patriotismo constitucional, esto es, un *Verfassungspatriotismus*. (Landa, 2007, p. 280)

De esa forma, un poder constituyente debería satisfacer estas dos exigencias materiales - *momento constituyente* y *sentimiento constitucional*- sin las cuales, en rigor, solo estaríamos frente a un contexto de reforma inconducente de la Constitución.

Un *momento constituyente*, es importante tenerlo en cuenta, implica una cuota de amplia legitimidad, de satisfacción de condiciones de tiempo, forma y espacios que trasuntan un consenso de importancia para el cambio de Constitución. Pero aún así, el esquema que aportamos sería incompleto sin el aporte material de apoyo de un *sentimiento constitucional*, aspecto que puede y debe ser entendido, también, como un conjunto de condiciones materiales inmanentes implícitas para una reforma total de la Constitución.

En adición a lo expresado, es conveniente examinar una propuesta de Henriquez, quien asegura que “la reforma constitucional (es) un poder intermedio entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Así, el poder constituyente quedará siempre como un poder previo e ilimitado, en permanente latencia, cuyo fundamento es ontológico- existencial -, mientras que el poder de reforma, quedará como un poder limitado al principio de supremacía constitucional”. (2012. p.587)

Esta mirada al poder constituyente resulta valiosa: en principio hay una facultad irrestricta, amplia, sin límites, del acotado poder constituyente, para la regulación de un nuevo orden constitucional. Por otro lado, los poderes constituidos se caracterizan por una función de subordinación a la Constitución. Entonces, ese medio de equilibrio entre poder constituyente y poderes constituidos cumple una función de balance y nexos comunicador entre ambos poderes.

De ahí la importancia de que ese ejercicio del poder de reforma transmita, en esencia, un conjunto de reglas de orden, de aviso de conformidad de aparición de voluntades, al poder constituyente, de una parte, y de premisas de sujeción a la voluntad del poder constituyente, por parte de los poderes constituidos. Ese poder de reforma, adicionalmente, necesita ser ejercido en el escenario de una *democracia constitucional*,

de modo tal que las libertades públicas se encuentren en el más alto nivel de reconocimiento, lo que a su vez permite asumamos que los derechos fundamentales se promueven ampliamente en el campo de la libertad de expresión en sus múltiples manifestaciones.

Esta atingencia de libertad es de enorme importancia, en tanto que el poder de reforma demanda un debate de ideas, de premisas, de nociones, las cuales exigen un amplio marco de discusión, y eso solo se puede lograr en una democracia plena. Ausente ésta, las distorsiones de facto son evidentes: persecución política de quienes discrepan con el ente que promueve la reforma, usualmente un gobierno dictatorial; se coacta la información de los medios de prensa, suspendiéndose las condiciones de libertad de ejercicio de esas atribuciones; se encarcela a los opositores a la dictadura y si acaso ésta impulsa un cambio constitucional, pues en realidad solo se trata de un intento de reforma anómala y ausente en materia de libertades ciudadanas. Vemos, en conjunto, que existen riesgos enormes para las democracias si ese poder de reforma no se ajusta a estándares mínimos de una democracia.

Lo expuesto *supra* no hace sino buscar persuadirnos de la relevancia material del poder constituyente, pero a la vez de tener en consideración que esa noción ilimitada de nueva configuración de la Constitución, de no ser ejercida en el marco de esas fronteras naturales que representa la noción del Estado democrático y social de derecho, puede desencadenar en escenarios irregulares, los cuales no han de conducir sino a un rompimiento de las condiciones mínimas de subsistencia de ese también denominado Estado constitucional.

### **3. ¿Riesgos de una reforma constitucional?**

Lord Acton señalaba que “el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe totalmente”.(Carpizo, 2009, p. 28) Esta reflexión nos reconduce a la formulación que el barón de la Bréde y Montesquieu ya planteaba en 1748 en “*De l'esprit des lois*”, en relación a la exigencia de existencia de tres poderes: un Ejecutivo que gobierne, un Legislativo que legisle y un Judicial que juzgue.

La noción de separación de poderes, como hoy la conocemos, no es completa sin el aporte inglés de los *checks and balances*, (Jiménez, 2014, p. 1755) o de pesos y contrapesos, que ya enunciaban los sajones, incluso décadas antes de la formulación francesa. Y ciertamente, si no ocurre un escenario de balance y equilibrio entre poderes, quizá de poca utilidad sería que se encuentren separados.

La reforma constitucional actúa, en este sentido, como un mecanismo de saneamiento a fin de completar contenidos, si acaso es necesaria una función aditiva, y de otro lado, para reducir incongruencias en el poder, si deviene necesario utilizar una fórmula reductora. Se asemejaría pues a uno de los fundamentos de una función de proporcionalidad, pues la implicancia de exigencia es una dimensión de mensura y compatibilidad con la Constitución. Si fuera que ésta dice poco, pues vía reforma constitucional agreguemos los contenidos necesarios. Y si ésta sobredimensiona sus contenidos, entonces reduzcamos aquello que dice demás.

Lo afirmado nos conduce a una interesante reflexión: un poder de reforma constitucional no adecuadamente ejercido ¿implica riesgos?

García Toma nos recuerda que ya Pedro de Vega precisaba que el poder de reforma, reglado, es limitado. (2013, p. 30) De la misma forma, que hay fraude constitucional cuando ocurre una utilización espuria del procedimiento de reforma, recordando así que en febrero de 1933 Hitler, con el denominado “Decreto del incendio” (del parlamento alemán), suspendió la Constitución de Weimar y abolió la libertad de prensa y otros derechos. (2013, p. 50)

Las menciones reseñadas recogen un matiz central de lo que debiera constituir una reforma, esto es, el poder de reforma no es ilimitado. No pueden, en efecto, variar en términos maximalistas, digamos, las bases de un *Stato di Diritto*, o Estado de derecho para que, vía reforma, se consolide una dictadura vitalicia. Existen límites materiales implícitos (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76.), ya antes acotados, como la dignidad de la persona humana, la soberanía del pueblo, la forma republicana de gobierno, entre otros tantos, que no pueden ser objeto de reformas irrazonables, pues se afectaría la esencia misma del Estado de derecho.

La mención que realizamos va en paralelo con la tesis de los límites materiales expresos, también denominados cláusulas pétreas, en el sentido de que ciertos contenidos están exceptuados de reforma, y cuyos ejemplos más representativos son el artículo 89 de la Constitución de Francia de 1958 y el artículo 139 de la Constitución italiana de 1947. (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76)

Esos límites tanto expresos como implícitos, entonces, no pueden ser objeto de reforma, pues de ocurrir ésta, más aún con la omisión de estándares constitucionales, habrían de significar un fraude a la Constitución, y en esa línea de razonamientos, el mejor ejemplo es el acotado ocurrido durante el régimen nazi de los años 30 de la centuria pasada. En ese caso, el estado de excepción decretado por Hitler duró 12 años (1933- 1945), es decir, hasta la culminación de la Segunda Guerra Mundial.

En esta misma dirección de ideas, ya García Belaunde describe que el problema de la reforma constitucional aparece, por primera vez, en la enmienda V de la Constitución de Filadelfia de 1787. (2006, p. 477) Esta es una valiosa acotación de contexto que, en esencia, nos demuestra que la cuestión de la reforma aparece desde la misma dación de una de las primeras Constituciones contemporáneas. Bajo esa pauta, no queda, sino que las Cartas Fundamentales convivan con sus problemas de reforma, moderándolos, regulándolos, configurándolos, pero nunca negándolos.

Por otro lado, cuando García enuncia que ya Juvenal, en sus Sátiras, nos recordaba el problema de quién custodia a los custodios, (2006, p. 477) en buena cuenta nos retrotrae al debate necesario de considerar a los titulares de la reforma, y si acaso éstos están premunidos de las condiciones necesarias para, en el caso de la reforma, conducirla misma por el camino adecuado, o si se diere que no concurren condiciones idóneas y se fuerza un *momento constituyente* que no se configura como tal.

Debemos convenir, entonces, que el ejercicio ilegítimo de la reforma constitucional, es decir, fuera de los cauces previstos por la propia reforma, puede desembocar en la existencia de normas espurias, o Constituciones ilegítimas, supuesto que podemos asimilar, con suficiencia, a una figura de fraude a la Constitución.

Las normas espurias, como tales, crean problemas de compatibilidad con el espíritu de la Constitución y dan lugar a la acción de ejercicio jurisdiccional contra lo que podríamos denominar, siguiendo a García Toma, un contexto de control necesario de la “inconstitucionalidad de la reforma constitucional”. (2013, p. 539) El supuesto aludido es *sui géneris*, en tanto implica un escenario complejo, pues rompe el supuesto de que toda reforma constitucional, en principio, se entiende y presume compatible con la Constitución.

Hemos ya anotado que puede existir un poder constituyente, premunido del cumplimiento y satisfacción, para su ejercicio, de las premisas de legalidad necesarias para la conducción de la reforma. Y, sin embargo, si se obviarán elementos acotados como un *momento constituyente*, por un lado, y un *sentimiento constitucional*, por otro, además de que ese poder de reforma se ejerciera solo por una voluntad política no compatible con los principios, valores y directrices que debería inspirar una reforma constitucional propiamente dicha, entonces se habilitarían los mecanismos necesarios para una revisión de la reforma constitucional ante un contralor de la Constitución, sea un Tribunal, Corte o Consejo Constitucional, de ser el caso.

Y sobre esto cabe una puntualización objetiva: un órgano contralor de la Constitución se encuentra legitimado para revisar una reforma constitucional, cual fuera su naturaleza, si ocurriere que se demanda jurisdiccionalmente la exigencia de su revisión. Este supuesto se configura en atención a la tesis de zonas no exentas de control constitucional, e incluso hemos de sostener que una reforma constitucional no podría constituir un supuesto de excepción para una revisión de la misma.

Es necesario tener presente, lo afirmamos con convicción, que la irradiación del principio de supremacía constitucional asume una función saneadora, con mayor razón aún respecto a supuestos que podrían configurar, en los términos que venimos exponiendo, o fraude a la Constitución, o en el caso más complejo, de otro tipo de intentos de destrucción de la Constitución.

Por último, una reforma no conducida adecuadamente, adoptada en medio de desviaciones del poder reservado a los poderes constituidos, no puede significar compatibilidad con la Constitución misma, y de ahí la necesaria exigencia de su revisión en sede constitucional.

Se trata, a juicio nuestro, de estándares necesarios en una *democracia constitucional*, y como tales, no hay renuncia a ellos y, por el contrario, una reforma constitucional inadecuadamente conducida, no irradia estabilidad de los derechos fundamentales ni primacía de la Constitución, sino la alteración de estos elementos.

#### 4. La experiencia de Perú: reformas constitucionales una y otra vez

Henríquez nos recuerda los términos de Manuel Vicente Villarán, respecto a la evolución constitucional de Perú, en el sentido de que “somos un país que ha venido haciendo y deshaciendo Constituciones”, para luego afirmar que “somos un país carente de sentimiento constitucional”. (2012, p. 584) Por otro lado, reconoce en la experiencia peruana que, desde la Carta de 1979, la facultad de reforma se amplía al pueblo, con lo cual esta institución adquiere una mayor significación democrática.

No existe un baremo de razonabilidad para afirmar que, a más reformas totales de la Constitución, esto es, a más Constituciones en la historia de un país, más se cumplen los designios de una “voluntad general”. Sin embargo, si ese fuera el caso, pues Perú ostentaría un récord singular: 8 Constituciones en el siglo XIX (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867), y 4 en el siglo XX. (1920, 1933, 1979 y 1993)

El contexto peruano es especial, en la medida que el número considerable de Cartas en el siglo XIX se explica por el surgimiento de caudillismos, fundamentalmente militares, desde los albores de la independencia. Incluso es pertinente anotar que Perú adopta su primera Constitución en 1823, después de que la independencia hubiera sido jurada en 1821, pero es recién en 1824 que, tras las batallas de Junín y Ayacucho contra el ejército realista, que se obtiene la independencia definitiva. Entonces, esa primera Carta Magna es adoptada en el fragor de la lucha aún vigente por la independencia.

Posteriormente, se sucede la dación de diversas Cartas Fundamentales en el marco de búsqueda de una identidad nacional que demoró en consolidarse y que, incluso ahora en el siglo XXI, aún concierne a superar el grave conflicto, como enuncia Flores Galindo (1997, p. 13), de ser nuestro país una República sin ciudadanos, esto es, que una y otra Carta, aun cuando se suceden en el tiempo, no son sino expresión de los gobiernos con un marcado propósito de afianzar una nueva Constitución, pretendiendo una refundación de la patria, una y otra vez, y sin embargo, de otro lado, no existe la consolidación de una ciudadanía fuerte, de aspiraciones comunes y centrada en el desarrollo del país.

Puede aquí, en ese sentido, afianzarse la tesis de una ausencia, como hemos matizado *supra*, de *sentimiento constitucional*, pues a lo antes acotado en cuanto a que no solo basta un denominado *momento constituyente* para la dación de un nuevo bosquejo de los derechos fundamentales, sino que también es necesario ese invocado *sentimiento constitucional*. Y hemos de añadir, permítasenos la licencia, que debe corresponder también, en ese escenario de satisfacción conjunta de esos dos matices, la existencia de un *Volksgeist*, (Alonso, 1978, p. 141) o espíritu del pueblo, tomando las nociones de Hegel, para entender la dimensión de importancia que adquiere la determinación de una nueva Norma Fundamental.

Ese espíritu del pueblo implicaría la continua búsqueda de valores de una nación, una persistente actividad por avanzar en su destino hacia la consolidación real de un Estado de derecho, y ello incluso representa un compromiso axiológico kantiano en el sentido

de cumplir un deber moral. Entonces, un espíritu del pueblo no es tan solo una satisfacción de exigencia literal de existencia formal de instituciones, sino un propósito permanente por encontrar condiciones materiales de existencia para la realización de la vigencia efectiva y plena de los derechos fundamentales, así como del principio de primacía normativa de la Constitución.

Y he aquí una tarea muy compleja, pues cada Carta representa un nuevo conjunto de proposiciones y, sin embargo, al mismo tiempo, hay una exigencia material, insoslayable a juicio nuestro, de que las reformas totales, de ser el caso, se realicen respetando el derecho de las generaciones a conservar los elementos mínimos de preponderancia de un Estado de derecho. Y en ese sentido, no hay garantía de libertades si el cambio se realiza simplemente en aras de una literal “voluntad general”, que en realidad solo podría representar, es un riesgo abierto, la concepción de un grupo de poder u otro estamento anómalo, mas no entenderse como auténtica decisión proveniente de un mandato popular. Desde esa perspectiva, la reforma total puede revestir riesgos que es necesario manejar y, frente a ello, solo queda la preservación de la institucionalidad.

Y son las instituciones de una *democracia constitucional* uno de los frenos de mayor significado frente a los vacíos de poder que representan las reformas sin rumbo; en efecto, a mayor solidez de las instituciones, menor riesgo de exabruptos de cambio en el destino de una nación, y es, en buena cuenta, una institucionalidad fuerte el propósito al que debe aspirar un país. De ahí la importancia de que identifiquemos institucionalidad con la noción de pesos y contrapesos, a fin de que el poder controle al poder, y a efectos de que éste no se desborde.

En otro eje de debate sobre estas mismas ideas, resulta valioso que, como se ha señalado, desde la Carta de 1979 se hubiere reconocido en Perú la propuesta de reforma total de la Constitución también por voluntad popular, específicamente vía un referendo. Sin embargo, aquí hay un matiz importante que anotar: la reforma total de la Constitución no tiene lugar simplemente porque se prevea un referendo para dicho efecto. El pueblo vota por las directrices de cambio, pero en específico, y en el caso de la experiencia peruana, este aspecto es objetivo, pues toda reforma total o parcial se reconduce al Poder Legislativo, en tanto así lo prevé la Carta Fundamental de este país.

Desde esta precisión, invocar una Asamblea Constituyente para objetivar la reforma total de la Constitución, en rigor exigiría el cambio de reforma previsto en el artículo 206 de la Carta Fundamental de 1993. Y no hay forma aquí de configurar mutación constitucional alguna para derivar en otro órgano que no sea el Congreso, la potestad de reforma de la Constitución, habida excepción, por supuesto, de un cambio de reglas generales que se apruebe vía una misma reforma constitucional. Desde ese ítem de enfoque, es importante atenerse a las directrices previstas ya existentes para la variación del procedimiento constitucional pertinente. Y si se ha de modificar ese esquema, se deben cumplir lineamientos necesarios de reforma constitucional parcial de la Norma Fundamental.



En adición a la reforma total que prevé la actual Constitución de Perú de 1993, es de señalarse que también la Constitución de 1828 de este país preveía esta figura. Por tanto, ya existe una posición añeja peruana respecto a la procedencia de esta reforma integral, pero hoy el debate se centra en el cumplimiento, también, además de las exigencias formales, de otras condiciones materiales que sumamos como elementos a ser considerados dentro del supuesto de reforma total.

La STC 014-2002-AI/TC señala, en su fundamento jurídico 35, que el poder de reforma de la Constitución no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado. Esta proposición se asocia con nuestra posición ya antes vertida. El poder constituyente es una variable suprema, pero a su vez, no puede ser ilimitado en el sentido estricto del término. Ese matiz vasto e inacabable, como apreciamos, encuentra ángulos de restricción naturales en el Estado democrático y social de derecho.

Por otro lado, la sentencia acotada, en su fundamento jurídico 38, acota que es una idea falsa y errada que la Constitución pueda considerarse un plan de gobierno. Coincidimos con esta afirmación, en tanto resulta necesario expulsar del ordenamiento y de las democracias contemporáneas, en esencia constitucionales, que los gobiernos llegan al poder para adaptar las Constituciones a su ideario político. Este propósito no se condice con una *democracia constitucional*, en la medida que la voluntad del poder constituyente no es la simple vinculación del poder político a la Constitución, sino, como hemos pretendido reseñar, existe un conjunto de exigencias, tanto formales como materiales, que es ineludible cumplir.

Como otro aporte a considerar, señala la sentencia acotada, en su fundamento jurídico 59, que el poder constituyente, más que una fuerza de creación, es una fuerza de transformación. Aquí existe una vinculación tangible con las exigencias que demanda la realidad de cada país. No pretenderíamos, en estricto, la creación de nuevos derechos, de nuevas regulaciones, de nuevas disposiciones, sino la adaptación de nuestra realidad constitucional, a la transformación, variación y reexpresión de esas fuerzas sociales que conviven en nuestra cultura democrática.

En adición a lo expresado, la misma sentencia, en su fundamento jurídico 79. nos recuerda que, desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial, y que así lo expresaba Karl Schmitt en su "Teoría de la Constitución". Aquí es conveniente resaltar un matiz de interés y es que, en concordancia con las ideas de un Estado democrático y social de derecho, existen valores que no cambian en el tiempo, que son inherentes a una cultura de derechos fundamentales consolidada, y que, al mismo tiempo, identifican los rasgos de una cultura democrática.

Por consiguiente, tales límites, tanto expresos como implícitos, (STC 014-2002-AI/TC, F.J. 76) tienden a no ser objeto de reforma, y se mantienen permanentes en el tiempo, superviviendo en el tiempo y respecto de todos los escenarios en democracia. Desde ese eje de ideas, no podemos ni debemos cambiar los valores basilares afianzados de la *democracia constitucional*, pues si no afectamos éstos en el tiempo, entonces deviene cierto el postulado de Schmitt y no podría haber, desde esa perspectiva, una reforma total de la Constitución, sino tan solo reformas parciales. Se reforma así lo accesorio, lo

complementario, lo cotidiano, pero no se modifica ni se retrocede en los valores esenciales de un Estado constitucional.

### **Ideas a título de conclusión**

Hemos abordado en este estudio algunas notas distintivas respecto a la reforma constitucional y los retos que la misma representa desde distintos ejes de la escena contemporánea.

Una primera cuestión a destacar ha sido lo concerniente a la titularidad de la reforma constitucional y si un poder constituyente, como un ente único, extraordinario e ilimitado, es el órgano de rigor para la reforma total de la Constitución. Advertimos que existen límites inmanentes expresados en los valores ancla del Estado de derecho que, aún en el caso de ejercicio pleno del poder constituyente, no deben ser modificados en su contenido, pues sin ellos se vacía el contenido esencial del Estado constitucional.

Desde otro enfoque, consideramos que las reformas de la Constitución solo pueden llevarse a cabo, bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad, en lo que denominamos una *democracia constitucional*, esto es, una expresión más acabada del primigenio concepto de Estado de derecho. Y es solo en el marco de esa *democracia constitucional*, y no así en las dictaduras, donde puede realizarse una reforma de la Constitución.

Igualmente, expresamos una posición contraria al originalismo norteamericano, en tanto se trata de una corriente que no sigue la dinámica de la Constitución misma, la cual es evolutiva, cambiante y de variación constante de sus contenidos. Bajo esta pauta, la noción de una denominada *living Constitution* se identifica, de mejor forma, con los postulados y orientación de las Constituciones contemporáneas.

En desarrollo de estas premisas, optamos por la tesis de que las reformas de la Constitución, parciales y totales, son mecanismos compatibles con el Estado democrático y social de derecho, pero a condición, sobre todo en el caso de la reforma total de la Constitución, que existan condiciones mínimas necesarias como un *momento constituyente* y un *sentimiento constitucional*. Incluso agregamos, a modo de propuesta, que el espíritu del pueblo, en su esencia hegeliana, debería apuntar, también, a este sentido trascendente de cambio, dado que la reforma total comprende nuevas reglas esenciales para la convivencia en democracia.

Del mismo modo, identificamos riesgos tangibles en una reforma constitucional inadecuadamente conducida, es decir, si dicho proceso de reforma se lleva a cabo sin las garantías necesarias de un Estado de derecho. Ello nos conduce a dos escenarios: o acaecen fraudes a la Constitución, o en el peor de los escenarios esbozados por Schmitt, tiene lugar la destrucción de la Constitución.

Finalizamos este estudio con un breve enfoque de la experiencia de Perú en reformas constitucionales totales, sobre un balance de 12 Constituciones en dos centurias de existencia desde 1821. En ese rango de ideas, llegamos a la conclusión de que

la previsión peruana otorga titularidad al Congreso para las reformas constitucionales, de acuerdo al artículo 206 de la Carta Fundamental de 1993. Ciertamente las exigencias de cambio pueden ser modificadas, pues si se persigue modificar las reglas, el Derecho constitucional jamás tenderá a petrificarse y, sin embargo, resulta necesario seguir el camino de reforma que enuncia la Norma de Normas peruana. Y si se proponen cambios al procedimiento de reforma, deviene necesario, pues no hay otra opción material al respecto, que se observe seguir el mismo camino de cambios que ordena la Constitución.

La reforma constitucional, por consiguiente, es una vívida expresión de la concepción dinámica de la Constitución y, sin embargo, demanda el cumplimiento de requisitos formales y materiales, pues las Cartas Fundamentales tienden a ser hojas de ruta de un país, conteniendo valores, axiomas y directrices. En caso contrario, el riesgo que enuncia el viejo de Plettenberg, como se le solía denominar a Schmitt por su lugar de origen, podría quedar corto, pues no estaríamos solo frente la destrucción de la Constitución, sino ante un desmoronamiento del sentido, esencia y existencia de una *democracia constitucional*.

## Bibliografía

**Alonso, M. (1978)**

*Una nota sobre "el espíritu del pueblo".*

file:///C:/Users/usuario/Downloads/075%20RVAP%20Especial%2099-100%20Jimenez.pdf

**Aragón, M. (1987)**

El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 7. Núm. 19. Enero-abril 1987.

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElControlComoElementoInseparableDelConceptoDeConst-79346.pdf

**Cairo, O. (2010)**

El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Cuaderno de Trabajo N° 17*. Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46737/cuaderno%2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

**Carpizo, J. (2009)**

El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 21-67.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25583.pdf>

**Cruz, P. (1989)**

Formación y evolución de los derechos fundamentales. En *Revista Española de Derecho Constitucional* Aflo 9. Núm. 25. Enero-abril 1989.

file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-FormacionYEvolucionDeLosDerechosFundamentales-79388%20(1).pdf

**Elster, J. (2002)**

Ulises desatado: las constituciones como restricciones. En *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002.

**Flores, A. (1997)**

República sin ciudadanos. En *Fronteras* • No. 1 / Vol. 1.

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-RepublicaSinCiudadanos-7138209.pdf

**García, D. (2006)**

Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana). En *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, págs. 477-500. UNED.

file:///C:/Users/usuario/Downloads/8996-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13086-1-10-20130704.pdf

**García, V. (2013)**

La reforma constitucional en el Perú: implicaciones y retos. En *Athina*. Universidad de Lima.

file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1170-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4002-1-10-20170315.pdf

**González J. (1985)**

La Constitución y su reforma. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 6. Núm. 17. Mayo-agosto 1985

file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaConstitucionYSuReforma-2019799.pdf

**Guastini, R. et al (2011)**

Disposición vs norma. En *Postpositivismo y Derecho*. Palestra Editores.

<http://www.parthenon.pe/wp-content/uploads/2017/07/07.-Disposici%C3%B3n-y-norma.pdf>

**Heiss, C. (2016)**

Soberanía popular y “momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile. En *Revista Anales*, séptima serie. N° 10/2016.

<https://core.ac.uk/download/pdf/46545038.pdf>

**Henríquez, H (2012)**

Naturaleza y técnicas de la reforma constitucional. En *Pensamiento Constitucional* Año VI N° 6.  
file:///C:/Users/usuario/Downloads/3227-Texto%20del%20art%C3%ADculo-12151-1-10-20121106.pdf

**Hernández, R. (2015)**

Reforma constitucional y control de constitucionalidad. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto de 2015, pp. 833-850. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.  
<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v48n143/v48n143a10.pdf>

**Jiménez, R. (2014)**

Los frenos del poder (Una introducción al principio de separación de poderes y al control de las instituciones en los sistemas constitucionales). En *R.V.A.P.* núm. especial 99-100. Mayo-diciembre 2014.  
file:///C:/Users/usuario/Downloads/075%20RVAP%20Especial%2099-100%20Jimenez.pdf

**Landa, C. (2007)**

*Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima. Palestra Editores. 1005pp.

**Liendo, F. (2015)**

La interpretación originalista de la Constitución según Antonin Scalia. ¿Es posible en el Derecho Continental? En *FORSETI*, Número 1, 2015  
[http://forseti.pe/media\\_forseti/revista-articulos/11\\_Liendo\\_-\\_3.pdf](http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/11_Liendo_-_3.pdf)

**Ruipérez J. (1992)**

Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm. 75. Enero-Mano 1992.  
file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-AlgunasConsideracionesSobreLaReformaConstitucional-27151.pdf

**Zagrebelsky, G (1995)**

*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Colección Estructuras y procesos. Serie Derechos. Madrid. Editorial Trotta. 1995. 156pp.