



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 374/2022

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de noviembre de 2022, los magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga (con fundamento de voto), Gutiérrez Ticse y Domínguez Haro, sin la participación del magistrado Ferrero Costa, han emitido la sentencia que resuelve:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el procurador público del Poder Ejecutivo contra la Ley 31399.

Asimismo, el magistrado Monteagudo Valdez votó en fecha posterior, por declarar infundada la demanda, con fundamento de voto.

Por su parte, el magistrado Ochoa Cardich emitió un voto singular a favor de declarar fundada la demanda.

La Secretaría del Pleno deja constancia de que la presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos, y que los magistrados intervenientes en el Pleno firman digitalmente al pie de esta razón en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la regulación del referéndum | 1

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00001-2022-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24 de noviembre de 2022

Caso de la regulación del referéndum

PODER EJECUTIVO C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demandada de inconstitucionalidad contra la Ley 31399, Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos.

Magistrados firmantes:

SS.

**MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ**

**TABLA DE CONTENIDOS**

Norma impugnada	Parámetro de control
Ley 31399	<p>Constitución Política del Perú</p> <ul style="list-style-type: none">- Artículo 2, inciso 17,- Artículo 31,- Artículo 32,- Artículo 43,- Artículo 45,- Artículo 102, inciso 1,- Artículo 103,- Artículo 118, inciso 3,- Artículo 206 <p>Convención Americana sobre Derechos Humanos</p> <ul style="list-style-type: none">- Artículo 23, inciso 1, y 23, inciso 2 <p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</p> <ul style="list-style-type: none">- Artículo 25

I. ANTECEDENTES**A. PETITORIO CONSTITUCIONAL****B. DEBATE CONSTITUCIONAL****B-1. DEMANDA****B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA****II. FUNDAMENTOS****1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIAS****2. CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY 31399****3. EL PODER CONSTITUYENTE****3.1. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO**



- 3.1.1. EL ORIGEN DE UN NUEVO ESTADO (PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO FUNDACIONAL)**
- 3.1.2. CAMBIO DE RÉGIMEN POLÍTICO (PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO REFUNDACIONAL)**
- 3.1.3. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO**
- 3.2. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO: EL ÓRGANO REVISOR DE LA CONSTITUCIÓN**
- 3.3. EL LUGAR DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**
- 4. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO SALIDA AL PROBLEMA DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL**
- 5. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993**
 - 5.1. MECANISMOS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE**
- 6. EL REFERÉNDUM EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993**
- 7. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LA LEY 31399**
 - 7.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 206 DE LA CONSTITUCIÓN**
 - 7.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 102.1 DE LA CONSTITUCIÓN**
- 8. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA LEY 31399**
 - 8.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.**
 - 8.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 43 Y 45 DE LA CONSTITUCIÓN.**
 - 8.3. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN**



**8.4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL
ARTÍCULO 118.3 DE LA CONSTITUCIÓN**

**9. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LA PARTICIPACIÓN
POPULAR EN LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN**

III. FALLO



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2022, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Pacheco Zerga y Monteagudo Valdez, y el voto singular del magistrado Ochoa Cardich, que se agregan. Sin la participación del magistrado Ferrero Costa.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 7 de febrero de 2022, el Poder Ejecutivo interpone demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 31399, publicada el 30 de enero de 2022 en el diario oficial *El Peruano*, “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, por considerar que contraviene lo dispuesto en los artículos 2.17, 31, 32, 43, 45, 102.1, 103, 118.3 y 206 de la Constitución, así como el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Por su parte, con fecha 7 de junio de 2022, el apoderado especial del Congreso de la República contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Dicho escrito es firmado conjuntamente por los abogados Víctor García Toma y Aníbal Quiroga León.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Las partes presentan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de la norma impugnada que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- El procurador público del Poder Ejecutivo impugna, por razones de forma y de fondo, la totalidad de la Ley 31399, por cuanto



dicha ley contravendría diversos artículos constitucionales, así como lo dispuesto en la CADH y el PIDCP respecto del derecho a la participación política.

- En primer término, alega que esta sería la segunda oportunidad que tiene el Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre una ley del Congreso que limita el ejercicio del derecho a la participación política a través del referéndum.
- Refiere que la primera vez se produjo en el año 1996, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad entablada contra la Ley 26592, que modificó el artículo 16 de la Ley 26300, a fin de establecer que todo referéndum debía ser aprobado de forma previa por el Congreso de la República.
- Afirma que la Ley 26592, impugnada en aquella oportunidad, fue emitida con la finalidad de evitar una situación concreta, esto es, que la ciudadanía fuese convocada a referéndum para pronunciarse sobre la Ley 26657, que permitía, a través de una interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución, una segunda reelección de Alberto Fujimori.
- Añade que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe del año 2000 sobre la “Situación de los derechos humanos en el Perú”, se pronunció sobre esta ley del Congreso de la República que restringía el referéndum, y dio cuenta de la interferencia estatal en el ejercicio efectivo del derecho a la participación política de la ciudadanía.
- Sostiene que, al igual que en el presente caso, se incorporó, a través de una ley, un supuesto de improcedencia del referéndum no previsto en la Constitución.
- Asevera que, en aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, se vio impedido, por el voto en minoría de dos magistrados, de garantizar el derecho a la participación política, a fin de que puedan pronunciarse, libre y democráticamente, sobre la “precisión” a la Constitución realizada en aquel momento por el Congreso, mediante una ley de “interpretación auténtica”, respecto a la segunda reelección de Alberto Fujimori.
- Por ello, solicita que, en esta ocasión, el Tribunal se pronuncie sobre una ley que vuelve a limitar el derecho a la participación directa en asuntos públicos, al agregar requisitos, no previstos en la Constitución, para la realización del referéndum. En tal



sentido, enfatiza que el voto en mayoría de los cinco magistrados de aquel caso podría ser empleado para la resolución de la presente controversia.

- En segundo término, la parte demandante hace referencia a los vicios de inconstitucionalidad formal en que habría incurrido la Ley 31399. Al respecto, asegura que toda propuesta normativa sobre límites a los derechos políticos y sobre los supuestos en los cuales no procede el referéndum como resultado de una iniciativa legislativa ciudadana, debe ser evaluada y analizada de acuerdo con el procedimiento de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución).
- Sostiene que la Ley 31399 establece una restricción a los derechos políticos, al agregar un supuesto de improcedencia del referéndum (mediante la modificación al artículo 40 de la Ley 26300) y un procedimiento para su convocatoria (artículo 44 de la misma ley) no prevista a nivel constitucional. Asimismo, afirma que se siguió, para su debate y aprobación, la vía establecida para la aprobación de leyes ordinarias, al margen de la prevista para las reformas al texto constitucional. Por lo tanto, se contravendría el artículo 206 de la Constitución.
- El demandante aduce que la Ley 31399 vulnera la competencia del Congreso, establecida en el artículo 102.1 de la Constitución. Alega que en el trámite de aprobación de dicha ley se ha utilizado la competencia del legislativo para realizar “precisiones” respecto a una materia de índole constitucional, y ha establecido restricciones al ejercicio del derecho de referéndum y a las reglas sobre su convocatoria, más allá de lo previsto en el artículo 32 de la Constitución. Por ello, concluye que dicha actuación excedería las competencias normativas del legislador ordinario.
- Por otro lado, el demandante sostiene que la Ley 31399 ha sido emitida con la única finalidad de evitar un hecho concreto, como el desarrollo de iniciativas ciudadanas orientadas a la aprobación de una ley, vía referéndum, que permita la convocatoria a una asamblea constituyente para la elaboración de un nuevo texto constitucional.
- Sobre ello, el demandante menciona que diversos proyectos de iniciativa legal ciudadana sobre dicha materia han sido presentados ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), con la finalidad de obtener el respectivo “Kit electoral para referéndum”, que permita el inicio de recolección de firmas.



- Al respecto, precisa que la demanda no tiene como objetivo plantear un debate sobre el contenido específico de tales iniciativas ciudadanas, sino el cuestionamiento de una ley cuya finalidad es impedir, de forma inconstitucional, que aquellas sean sometidas a referéndum.
- Por ello, la parte demandante alega que la Ley 31399 vulnera el principio de generalidad de las leyes, establecido en el artículo 103 de la Constitución.
- En tercer lugar, en cuanto a los alegados vicios de inconstitucionalidad por el fondo, la parte demandante precisa que la cuestionada norma vulnera el derecho a la participación política, reconocido en los artículos 2.17, 31 y 32 de la Constitución, por cuanto establece un supuesto adicional de improcedencia del referéndum no previsto en el artículo 32 de la Constitución, y condiciona cualquier referéndum a la aprobación previa por parte del Congreso.
- La parte demandante manifiesta que toda interpretación constitucional sobre el referéndum debe considerar que dicha institución complementa el régimen representativo previsto en la Constitución. Acota que el Congreso de la República no puede aprobar normas que limiten inconstitucionalmente el ejercicio del referéndum y menoscaben la democracia directa.
- Del mismo modo, el procurador público del Poder Ejecutivo sostiene que la ley impugnada vulnera el artículo 23 de la CADH y del artículo 25 del PIDCP. Al respecto, anota que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, corresponde al Tribunal Constitucional realizar un control de convencionalidad de la Ley 31399, toda vez que establece restricciones indebidas al ejercicio del derecho a la participación política directa a través del referéndum, contraviniendo los mencionados instrumentos internacionales de derechos humanos, vinculantes para el Estado peruano.
- En la demanda también se resalta que la democracia constituye un pilar fundamental del Estado constitucional y de la defensa de los derechos humanos, incluyendo el derecho a la participación política, el cual debe ser fortalecido a fin de garantizar la participación ciudadana en la adopción de decisiones de interés nacional.



- En consecuencia, enfatiza que la Ley 31399 vulnera el principio democrático (artículo 43 de la Constitución) y el principio de soberanía popular (artículo 45 de la Constitución), debido a que impide a la población pronunciarse de manera directa sobre propuestas normativas de iniciativa ciudadana.
- Por último, el demandante expone que, con la finalidad de alcanzar el desarrollo integral del país, mediante el Decreto Supremo 164-2021-PCM se aprobó la Política General de Gobierno para el periodo 2021-2026, en concordancia con el artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y artículo 7.1 del Decreto Supremo 29-2018-PCM.
- En atención a ello, el procurador público del Poder Ejecutivo refiere que la ley cuestionada contraviene la competencia del presidente de la República para dirigir la “Política general del Gobierno”, reconocida en el artículo 118. 3 de la Constitución, debido a que se impide al Poder Ejecutivo dar cumplimiento al lineamiento 6.1 de dicha política concerniente al período 2021-2026, sobre el fortalecimiento del sistema democrático y, específicamente, la consolidación de la institucionalidad democrática, la gobernabilidad y la participación política de los ciudadanos.
- Por tales consideraciones, la parte demandante solicita a este Tribunal que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 31399.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- El apoderado especial del Congreso comienza analizando el artículo 206 de la Constitución y sostiene que la reforma constitucional está sujeta a límites materiales (explícitos e implícitos) y formales, según lo desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Al respecto, afirma que los límites materiales aluden a los principios supremos del ordenamiento que no pueden ser objeto de modificación por el poder reformador de la Constitución. Por otra parte, destaca que los límites formales del poder reformador dan cuenta de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para llevar a cabo la reforma del texto



constitucional, y que han sido abordados en el fundamento 72 de la Sentencia 00014-2002-PI/TC.

- En tal sentido, sostiene que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la existencia de dichos límites formales 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” (página 4 del escrito que contiene la contestación de demanda, punto 11).
- Alega que una interpretación sistemática del artículo 32.1 y del artículo 206 de la Constitución permite concluir que el cauce de la reforma total o parcial de la Constitución, inclusive la que se pueda efectuar a través del referéndum, requiere de la aprobación del Congreso, como Poder Constituyente Derivado.
- En cuanto a los alegados vicios de inconstitucionalidad por la forma, el apoderado especial del Congreso sostiene que la ley impugnada no ha vulnerado el artículo 206 de la Constitución, por cuanto no se trata de una ley de reforma constitucional.
- Al respecto, precisa que la modificación del artículo 40 de la Ley 26300 solo se refiere al supuesto de improcedencia del referéndum que ya se encuentra previsto en la Constitución, para el caso de la reforma total o parcial.
- Aduce que, según el texto constitucional, procede el referéndum sobre toda reforma constitucional, total o parcial, aprobada por el Congreso, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, salvo que en el procedimiento de reforma el acuerdo parlamentario se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.
- Sin embargo, menciona que el Congreso puede disponer que el Poder Ejecutivo convoque a referéndum en aquellos casos en los que la primera votación haya superado los dos tercios del número legal de parlamentarios, como ocurrió en el año 2018. Indica, además, que el supuesto de improcedencia del referéndum también se encuentra previsto en el literal “a” del artículo 39 de la Ley 26300. Por ello, concluye que la Ley 31399 no modifica el artículo 32 de la Constitución.



- Con relación a la modificación del artículo 44 de la Ley 26300, explica que antes de su entrada en vigencia, dicha disposición había establecido como regla general que la autoridad electoral era competente para convocar a referéndum en los casos promovidos por ciudadanos.
- Añade que, de acuerdo con la Constitución, es posible comprender que, para su reforma total o parcial, el Congreso tiene la iniciativa de referéndum y que el presidente de la República puede ser la autoridad encargada de convocarlo.
- Por ello, descarta que la ley impugnada, en cuanto modifica el artículo 44 de la Ley 26300, reforme o vulnere la Constitución.
- Al respecto, expone que la norma sometida a control es una ley de desarrollo constitucional que regula el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.17, 32 y 206 de la Constitución.
- Sobre ello, indica que la ley impugnada dota de contenido legislativo al límite formal de la reforma constitucional, previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución.
- Así, dicha norma precisa el procedimiento a seguir para someter a referéndum materias relacionadas con la reforma total o parcial, con lo cual se evitaría que el debate sobre tales temas sea utilizado como instrumento político por los gobiernos de turno en su permanente pugna con el Congreso, como ha sido característico de la última década.
- Expresa que la ley controlada precisa también que corresponde al presidente de la República convocar a referéndum, en caso de reformar total o parcial la Constitución, por expresa disposición del Congreso, en el marco de lo previsto en su artículo 206.
- En suma, alega que la ley impugnada es una concreción legislativa del límite formal previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución, para el caso de la utilización del referéndum en la reforma total o parcial, y establece precisiones y límites razonables para su ejercicio.
- Asevera que resulta inexacto lo afirmado en la demanda -en el sentido de que el artículo único de la ley impugnada ha introducido un supuesto de improcedencia del referéndum no previsto en la Constitución-, puesto que dicho supuesto



concretiza el límite formal del artículo 206, antes referido, que asigna los roles que corresponden al Congreso y al pueblo como titulares del Poder Constituyente Derivado en los procesos de reforma a través del referéndum; lo que conlleva a reafirmar a nivel legislativo su plena vigencia.

- Aduce que dicho supuesto de improcedencia rige únicamente para el referéndum que verse sobre reforma total o parcial de la Constitución, conforme prevé el artículo 32.1 de la Norma Fundamental, y no para aquellos referendos que se celebren con respecto a otras materias reguladas por dicho artículo, como se resalta en el propio título de la ley impugnada.
- Asegura que, al no tratarse de una ley de reforma, dicha ley se ciñó estrictamente al procedimiento parlamentario de expedición de leyes, conforme a la Constitución y el Reglamento del Congreso.
- Sobre la alegada vulneración del artículo 102.1 de la Constitución, (relacionado con las atribuciones normativas del Congreso), el apoderado especial del Poder Legislativo sostiene que dicho argumento carece totalmente de asidero, puesto que en el orden jurídico peruano no existe, a su criterio, ninguna norma ni interpretación del Tribunal Constitucional que impida expedir normas de desarrollo constitucional.
- A ello agrega que resulta plenamente compatible con la Constitución la expedición de leyes de desarrollo constitucional que, partiendo de ella, establezcan precisiones y limitaciones razonables a la legislación vigente, como fue destacado en los fundamentos adicionales al voto singular conjunto emitido en el Expediente 00032-2021-PI/TC; lo que resulta más atendible si se tienen en cuenta los límites formales a la reforma constitucional establecidos en el primer párrafo del artículo 206 del texto constitucional.
- Así, afirma que el artículo único de la ley impugnada constituye una norma de desarrollo constitucional, expedida en ejercicio legítimo de las atribuciones legislativas del Congreso, según los artículos 102.1 y 106 de la Constitución, lo que, a su vez, hace resaltar la primacía del artículo 206 de la Norma Fundamental ante la falta de precisión del texto original del artículo 40 de la Ley 26300, que podía dar lugar a interpretaciones totalmente contrarias a la Constitución sobre la aplicación del referéndum para la reforma constitucional total o parcial.



- Concluye entonces que la ley impugnada es una ley de desarrollo que regula el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, sobre la base de lo establecido en los artículos 2.17, 32 y 206 de la Norma Fundamental.
- En cuanto a la supuesta vulneración del artículo 103 de la Constitución, la parte demandada manifiesta que el análisis de las condiciones para el establecimiento de una regla de diferenciación en materia de referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, revela que la intervención legislativa realizada por la ley impugnada se encuentra plenamente justificada, por cuanto se orienta a un fin constitucionalmente válido, como es asegurar la plena vigencia de los límites formales a la reforma constitucional establecidos en el artículo 206 de la Carta Política.
- Además, el apoderado especial del Congreso destaca que dicha intervención se refiere solo a la reforma total o parcial de la Constitución, y no al referéndum concebido de manera genérica. Por ello, resultaba estrictamente razonable y adecuado precisar los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, a fin de ajustarlos al texto vigente del primer párrafo del artículo 206, para reafirmar la improcedencia del referéndum que no se ciña a dichos límites y precisando la autoridad que debe convocarlo cuando se refiera a la reforma constitucional.
- Asimismo, subraya la existencia de una estricta concordancia lógica entre el fin perseguido y el medio empleado y, precisamente por ello, considera que la ley impugnada no vulnera el artículo 103 de la Constitución.
- En relación con los vicios de inconstitucionalidad por el fondo, y específicamente, respecto a la alegada vulneración del derecho a la participación política a través del referéndum reconocido en los artículos 2.17, 31 y 32 de la Constitución, indica que el referéndum es la expresión típica de pronunciamiento popular, a través del cual el pueblo ejerce su potestad decisoria, en vía consultiva o deliberativa.
- Anota que a través del sufragio se ratifica o desaprueba, con carácter definitivo, expresiones normativas generadas por los órganos representativos del Estado, y que el referéndum es una de las más importantes manifestaciones de la democracia directa.



- Mediante el referéndum -menciona- se crean, modifican, adicionan, abrogan o derogan normas jurídicas y se trasladan las decisiones de la democracia representativa a la democracia directa. Y se clasifica según sus efectos jurídicos (constitutivo, modificativo, abrogativo o derogatorio), su naturaleza jurídica (obligatorio o facultativo), su origen (popular o gubernamental), su eficacia jurídica (decisorio y vinculante, cuando se le emplea para ratificar o rectificar una decisión ya adoptada) y su materia (constituyente y legislativo).
- Asevera que existen las siguientes vías de participación ciudadana, según los artículos 32 y 206 de la Constitución y la sentencia emitida en el Expediente 00014-2002-PI/TC: i) iniciativa de reforma constitucional de la ciudadanía, equivalente al 0.3% de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral; ii) referéndum ratificadorio de proyecto de ley de reforma, aprobado por 66 votos en el Congreso y iii) consulta adicional a la ciudadanía, mediante referéndum, respecto del proyecto de ley de reforma constitucional, aprobado por una votación superior a los 2/3 del número legal de Congresistas.
- Precisa que el referéndum no debe ser identificado con la figura del plebiscito, donde lo político excede en importancia a lo estrictamente jurídico. Y que el referéndum no normativo implícitamente contiene las características del plebiscito, al solicitar la intervención directa de la ciudadanía para que adopte una determinación política, lo que no se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento.
- Aduce que el Poder Constituyente puede llevar a cabo una reforma parcial o total (nueva Constitución). Y que el artículo 32 de la Norma Fundamental “(...) ha constitucionalizado concurrentemente la función constituyente a cargo del Congreso de la República y el Poder Constituyente cuya titularidad está a cargo del Estado” (página 45 del escrito que contiene la contestación de demanda, punto 146).
- Manifiesta que la ley controlada se refiere a un supuesto de improcedencia del referéndum para el caso de la reforma total o parcial de la Constitución, conforme a sus artículos 32.1 y 206 (primer párrafo) y al artículo 39 literal “a” de la Ley 26300. Y busca fortalecer el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional, regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, complementando y desarrollando el límite formal el artículo 206 de la Constitución.



- Por ello, a su criterio, la ley impugnada reafirma la vigencia del artículo 206 de la Constitución frente a la acción de algunos sectores interesados en convocar a una Asamblea Constituyente, que redacte una nueva Constitución, en cuyo empeño prescinden de los límites formales establecidos por la Constitución vigente y pretenden utilizar mecanismos plebiscitarios. En tal sentido, considera saludable que el Ejecutivo haya presentado el Proyecto de Ley 1840/2021-PE, con el objetivo explícito de que el Congreso debata y apruebe su propuesta y sea consultada a la ciudadanía a través de referéndum en el acto electoral de las Elecciones Regionales y Municipales 2022.
- Sostiene que el artículo 2.17 reconoce derechos de participación que se ejercen conforme a ley. Reitera que la ley impugnada no es aplicable a los referendos sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 32.1 de la Constitución. Y concluye que no existe ninguna intervención ilegítima en el derecho de participación ciudadana ni un despojo del contenido del referéndum con la entrada en vigor de la Ley 31399.
- Sobre la alegada vulneración del artículo 23 de la CADH y del artículo 25 del PIDCP, refiere que la parte demandante no ha expresado ningún hecho o argumento que acredite la vulneración de los instrumentos internacionales, que no sea el establecimiento de restricciones indebidas al ejercicio del derecho a la participación política directa a través del referéndum, que no concurren en el caso de la ley impugnada.
- Respecto a la supuesta vulneración de los artículos 43 y 45 de la Constitución, asevera que se trata de límites legítimos que encauzan el referéndum como mecanismo de reforma constitucional, en cumplimiento de los artículos 2.17, 31 y 206 (primer párrafo) de la Constitución, y que la competencia para ejercer el poder de reforma constitucional únicamente la tienen el Congreso y el pueblo mediante referéndum, exclusivamente en la forma que contempla el referido artículo 206 de la Norma Fundamental.
- Finalmente, respecto a la presunta vulneración del artículo 118.3 de la Constitución, enfatiza que dicho cuestionamiento carece de sustento y acota que evidencia una imprecisa delimitación conceptual entre normas jurídicas y políticas públicas nacionales, por cuanto la ejecución de políticas públicas está en un plano distinto del plano de las normas jurídicas.



II. FUNDAMENTOS

§1. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIAS

1. En el presente caso se cuestiona la totalidad de la Ley 31399, “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, toda vez que contravendría la Constitución por la forma y por el fondo.
2. En relación con tales vicios, la parte demandante alega que la ley sometida a control vulneraría los artículos 2.17, 31, 32, 43, 45, 102.1, 103, 118.3 y 206 de la Constitución, el artículo 23 de la CADH y el artículo 25 del PIDCP.
3. A fin de resolver la presente controversia, este Tribunal Constitucional considera indispensable comenzar determinando el contenido normativo de la ley sometida a control, para luego analizar diversos aspectos relacionados con el proceso de reforma de la Constitución y la convocatoria a referéndum con dicha finalidad y, por último, examinar las razones impugnatorias concretamente planteadas.

§2. CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY 31399

4. La Ley 31399 consta de un artículo único, que expresamente modifica los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos.
5. Con respecto a la primera modificatoria, la ley establece lo siguiente:

Artículo 40.- Impropiedad de referéndum

No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

6. Con relación a la segunda modificatoria, dicha ley ha dispuesto que:

Artículo 44.- Autoridad que convoca a referéndum

La convocatoria a referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas, salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es



convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

7. Respecto a la primera modificatoria, queda claro que a diferencia de lo previsto en el texto original del artículo 40 de la Ley 26300, la disposición impugnada en el presente proceso ha añadido el siguiente texto:

(...) ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

8. La disposición cuestionada, entonces, conserva la prohibición de someter a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución y añade la prohibición de someter a referéndum las materias y normas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.
9. En relación con la segunda modificatoria detallada *supra*, la disposición sometida a control ha agregado la siguiente frase:

(...) salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.

10. Al respecto, se advierte que la disposición conserva la convocatoria a referéndum por parte de la autoridad electoral, pero introduce una excepción para el supuesto de reformas constitucionales, en cuyo caso la convocatoria a referéndum pasará a realizarla el Poder Ejecutivo por disposición del Congreso.
11. Como paso previo a analizar los alegatos de las partes respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo único de la Ley 31399, este Tribunal considera indispensable abordar diversas materias jurídico-constitucionales, como las vinculadas con el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado, la Asamblea Constituyente en el derecho comparado, la reforma de la Constitución y el referéndum en una democracia representativa, entre otros.



3. EL PODER CONSTITUYENTE

12. El surgimiento del Estado democrático liberal tuvo como una de sus consecuencias la redefinición del concepto de Constitución, y del órgano competente para su concreción y reforma.
13. Desde Sieyès se ha diferenciado entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos; es decir, entre la potestad de dar una Constitución que diseña y atribuye competencia a los Poderes Constituidos, y la de ejercer funciones legislativas, ejecutivas, de impartición de justicia, entre otras, bajo dicho marco constitucional.
14. Asimismo, el Poder Constituyente puede presentarse en dos momentos:
 - a) en el origen del Estado, o
 - b) en el momento de su refundación sobre nuevas bases de dicho Estado.

Por otra parte, también puede desarrollarse la actividad constituyente como poder de reforma.

15. Al respecto Orbegoso Venegas señala que el Poder Constituyente tiene un carácter formal y material. El primero, es aquel que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez o que ha decidido cambiar de Constitución. El carácter material del Poder Constituyente está determinado por el objeto de normación o la materia constitucional, esto es la función por sí misma y en cuanto se legisla materia constitucional que por principio corresponde al Poder Constituyente¹.
16. Esta cuestión, que debe ser analizada para determinar el alcance de la ley impugnada, impone distinguir entre el denominado Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado.

3.1 EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

17. El Poder Constituyente -expresa Hernández Valle²-, aparece cuando surge un Estado a la vida jurídica, o bien cuando rompe

¹ Orbegoso Venegas, S. (2002). *El poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales (p. 73).

² Hernández Valle, R. (1993). “El poder constituyente derivado”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (37), 143-155. (p. 146)



el orden constitucional por un hecho ilegítimo respecto del ordenamiento jurídico; verbigracia, un golpe de Estado, una revolución, un cuartelazo, etc. Para que ello ocurra, siguiendo a Sánchez Viamonte ⁽³⁾, deben concurrir tres presupuestos: el Acto Constituyente, el Poder Constituyente y la Constitución.

18. Así pues, el poder que crea una Constitución es un Poder Constituyente Originario, omnipotente, sin límites jurídicos, y eminentemente político. A diferencia de los Poderes Constituidos, que son diseñados con competencias limitadas, el Poder Constituyente Originario es un poder creador que rompe las barreras de la juridicidad, ya que su fuente no está en una regla pre establecida, sino en el acto popular que, cual sinergia social, se consuma.
19. Si esto es así, entonces el Poder Constituyente Originario no puede ser invocado sino de manera extraordinaria, o bien en la fundación de un nuevo Estado, o en la refundación de uno ya constituido; y ello implica una conexidad entre el acto político, su legitimidad ciudadana y la emisión del documento constitucional.
20. De lo anterior se desprende que un Poder Constituido se encuentra impedido de elaborar una Constitución, y no está facultado para modificar o alterar el marco de ejercicio del poder que le ha sido asignado. En cambio, el Poder Constituyente Originario implica una participación popular que es fundante de un nuevo orden político y jurídico, ya sea que esto suceda en el origen o con posterioridad, cuando se cambien radicalmente las bases de su ordenamiento y que todos los destinatarios deberán aceptar, respetar y cumplir.
21. Por lo hasta aquí expuesto, el Poder Constituyente Originario es la forma más importante de participación política con que cuentan los ciudadanos de un Estado y el resultado de su actuación no es otro que la emergencia de una nueva Constitución. El Poder Constituyente Originario y la Constitución aparecen como un binomio inescindible.
22. Corresponde ahora detenerse en el ejercicio de la fuerza política del Poder Constituyente Originario, la que puede llevarse a cabo en distintos escenarios: i) cuando se origina jurídicamente un

³ Sánchez Viamonte, C. (1957). *El constitucionalismo, sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.A. (p. 60)



nuevo Estado, donde el Poder Constituyente Originario es fundacional; y ii) cuando se produce un cambio de régimen jurídico, al que se le denomina Poder Constituyente Originario Refundacional.

3.1.1. EL ORIGEN DE UN NUEVO ESTADO (PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO FUNDACIONAL)

23. Un primer supuesto de manifestación del Poder Constituyente Originario es el relacionado con el origen de un nuevo Estado, que pasará a contar con una Constitución que establezca su marco jurídico interno.
24. En tal sentido, dicho poder es originario “cuando se ejerce en la etapa fundacional o de primigeniedad del Estado, para darle nacimiento y estructura”⁴). Por ello, en este supuesto, el Poder Constituyente Originario aparece como una fuente de creación de una primera Constitución para un nuevo Estado.
25. Asimismo, corresponde destacar que existen diversos procesos relacionados con la formación de los Estados, los cuales pueden formarse como consecuencia de la decisión popular de independizar su territorio (como sucedió así con las colonias americanas de España y de Portugal), o luego de la decisión de los pueblos de continuar su existencia de forma separada (como ocurrió con Checoslovaquia en 1992, cuya escisión dio lugar a la República Checa y a Eslovaquia).
26. Más allá del caso concreto o las particularidades que caractericen la formación de un nuevo Estado, lo cierto es que en cada caso se necesitará de una Constitución que lo organice y estructure jurídicamente, de acuerdo con los fines, valores y principios básicos que se establezcan.

3.1.2. CAMBIO DE RÉGIMEN POLÍTICO (PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO REFUNDACIONAL)

27. El segundo escenario de aparición del Poder Constituyente Originario es cuando se refunda jurídicamente un Estado preexistente. En este supuesto, el Poder Constituyente es una fuerza transformadora, cuyo efecto es el establecimiento de un orden constitucional distinto del anterior, sobre la base de nuevos

⁴ Bidart Campos, G. (2005), *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar. (p. 478).



supuestos, sean estos políticos, sociales, económicos, culturales o propiamente jurídicos.

28. Ejemplos de la obra del Poder Constituyente Originario Refundacional son la Constitución de la República Española de 1931 y, décadas después, el regreso de la monarquía en la Constitución Española de 1978. Asimismo, otro ejemplo se halla en el caso de la Constitución de la República Italiana de 1949, que dejó sin efecto el Estatuto Albertino de 1848, ley fundamental de impronta monárquica, que siguió rigiendo durante el período fascista.
29. En el Perú, tanto con la Constitución de 1979 como la vigente de 1993, se advierte que la fuente del Poder Constituyente no radica en el derecho, sino en el acto político *per se* (hechos prejurídicos), puesto que la primera no siguió el procedimiento de reforma previsto en la Carta de 1933, y la segunda tampoco respetó el procedimiento de reforma señalado en la Carta de 1979.
30. No obstante, en estos casos, como es evidente, el Estado ya está formado, pero la voluntad popular decide transformar las bases mismas del sistema político fuera de los mecanismos estipulados por la Constitución, y el resultado es un Estado bajo una nueva estructura diseñada libremente por el constituyente.

3.1.3. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

31. Este Tribunal, en pronunciamientos anteriores, también dejó establecidas ciertas consideraciones sobre el Poder Constituyente Originario. Entre ellos cabe destacar las Sentencias 00014-2002-PI/TC, 00014-2003-PI/TC y 00050-2004-PI/TC y acumulados.
32. En el primero de dichos casos, el Tribunal Constitucional sostuvo que el Poder Constituyente es un representante plenipotenciario del pueblo, único en su género, capaz de crear un nuevo orden constitucional, de dotarlo de sentido, de impregnarlo de valores materiales y, también, de poner fin al orden constitucional precedente, en caso exista (fundamento 63). Este es el denominado Poder Constituyente Originario, cuya fuerza y autoridad son evidentemente políticas, siendo el pueblo el único titular de la soberanía y su decisión fundamenta el poder del constituyente (fundamento 58).



33. Así, este Tribunal sostuvo que la Constitución es creación del Poder Constituyente y “norma jurídica fundamental”, por ser la depositaria objetiva de sus intenciones, tanto respecto al reconocimiento de los derechos de la persona como para establecer la organización del Estado (fundamento 58). La razón de esta modalidad es el propósito de dotar de una primera Constitución al nuevo Estado o dotar de una nueva Constitución al Estado preexistente, supuesto este último donde dicho poder despliega su fuerza transformadora (fundamento 59), la misma que opera ante nuevos supuestos políticos, económicos, sociales, culturales, etc., sobre los que se asentará -precisamente- la nueva Constitución.
34. Además, el Tribunal también se refirió a las características del Poder Constituyente Originario, el cual goza, principalmente, de tres características:
 - a) Es único y omnímodo, porque no puede ser reemplazado en el ejercicio de sus funciones por otro poder ni admite ningún poder paralelo.
 - b) Es extraordinario, por cuanto sus responsabilidades son excepcionales, pues pueden presentarse en momentos o circunstancias históricas específicas.
 - c) Es ilimitado, ya que asume plenipotenciariamente todas sus facultades sin restricciones, salvo las directamente vinculadas con las valoraciones sociales dominantes (Sentencia 00014-2002-PI/TC, fundamento 60).
35. Por su parte, en la Sentencia 00014-2003-PI/TC, se reiteró que al Poder Constituyente Originario “no se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo, y - siendo un poder *extra ordinem*- se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes” (fundamento 17). Lo anterior significa también que “la elaboración de la Constitución no se encuentra sujeta a normas que disciplinen su proceso de creación” toda vez que dicha obra, “es algo que se autoimpone el Poder Constituyente” (Sentencia 00014-2003-PI/TC, fundamento 19).
36. Esta idea de Poder Constituyente Originario, como previo y sin control jurídico, o como entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente, fue destacada también en la Sentencia 00050-2004-PI/TC, fundamento 17.



37. Las características anotadas, como se verá a continuación, distinguen y separan al Poder Constituyente Originario del denominado Poder Constituyente Derivado.

3.2. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO: EL ÓRGANO REVISOR DE LA CONSTITUCIÓN

38. A diferencia del Poder Constituyente Originario, analizado *supra*, el Poder Constituyente Derivado alude a la competencia para reformar la Constitución, bajo los alcances y límites que ella misma establezca; en una lógica conforme a la cual, si bien las constituciones tienen una vocación de permanencia y estabilidad, también incorporan cláusulas que hacen viable su reforma por medio de mecanismos especiales. Así, mientras se ha remarcado que el Poder Constituyente Originario carece de límites jurídicos, en cambio el Poder Constituyente Derivado (o poder de reforma) se encuentra siempre reglado, por cuanto se trata de un Poder Constituido.
39. Ahora bien, dicha distinción hace que en la dogmática actual no solo se distinga entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos, sino además entre Poderes Constituidos primarios y Poderes Constituidos secundarios, siguiendo la propuesta de Carpizo.
40. Para el profesor mexicano, los Poderes Constituidos primarios son el órgano revisor de la Constitución y el Tribunal Constitucional, y precisa sobre el primero que

El órgano revisor de la Constitución -prosigue el extinto jurista mexicano- es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los órganos o poderes secundarios, en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los puede crear como el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución ⁽⁵⁾.

41. El poder de reforma se refiere, entonces, a la facultad de revisión de la Constitución, función que es encargada por el constituyente a uno de los Poderes Constituidos. En el caso peruano, como en la mayor parte de las democracias occidentales, el poder revisor de la Constitución se ha otorgado al Congreso de la República.

⁵ Carpizo, J. (2008). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: Grijley. (p. 30).



42. Ahora bien, se ha expresado que el órgano revisor es un Poder Constituido Primario, al igual que el Tribunal Constitucional, sobre el que Carpizo asevera que

Mientras la función primordial del tribunal es la defensa de la Constitución, controlando la constitucionalidad de normas y actos de los poderes constituidos secundarios, así como sus conflictos, su decisión debe desprenderse de una interpretación correcta o adecuada de la Constitución; en cambio, la función del órgano revisor es actualizar la propia obra del Poder Constituyente, alterando, reformando o adicionando a la Constitución, creando algo nuevo aunque no tenga antecedentes en ese orden jurídico. Desde luego, alterar, reformar o adicionar es algo completamente diverso de sustituir o destruir. La importancia de esta función resalta en las diversas denominaciones que ha recibido, aunque sean erróneas por no corresponder a su naturaleza de poder constituido, tales como Poder Constituyente permanente y Poder Constituyente constituido (*pouvoir constituant institué*).

43. Entonces, al ser el Poder Constituyente Derivado un poder jurídicamente limitado, hay cauces procedimentales pre establecidos que la reforma de la Constitución deberá obligatoriamente observar. Pero qué duda cabe que su connotación como constituyente por delegación le otorga una amplia potestad para actualizar, modificar, suprimir, regular, las demandas que se configuren con el paso del tiempo; tal como ha ocurrido en todos los sistemas constitucionales, en donde los Textos Supremos se han ido adaptando a las necesidades de cada sociedad, como se advierte, acaso con mayor duración, en las Constituciones de los Estados Unidos (1787) y de Bélgica (1831).

3.3. EL LUGAR DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

44. La cuestión central radica en establecer el lugar político de la reforma constitucional en el marco de la democracia de tipo constitucional. Al respecto, Loewenstein asevera que

(...) la ideología del estado constitucional democrático exige que para la competencia para la reforma constitucional no sólo sea el monopolio de un único detentador del poder, si no que debe de estar lo más distribuida posible. Todos los detentadores legítimos del poder -gobierno, parlamento y pueblo organizado como electorado- deben poder participar en ella, a través de la máxima dispersión de esta participación, la reforma constitucional realizada requiere el más amplio consenso y, con ello, la más elevada legitimidad. si se permite expresar el problema de la situación del *pouvoir constituant* en forma de máxima se podría decir: soberano es aquel entre los detentadores



del poder que decide sobre la reforma constitucional. El material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente se puede deducir el carácter político del régimen. Allí, donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarlo a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritario⁽⁶⁾.

45. Precisamente, una vez constituido el Estado o concretizada una refundación, la proyección de la Carta Constitucional intenta perdurar en el tiempo, y surge allí el problema de la perdurabilidad de la Constitución frente a nuevas realidades. Entonces, con la finalidad de evitar el surgimiento de un nuevo Poder Constituyente Originario en vía de quiebra del ordenamiento jurídico, el Constituyente Derivado es el que debe cumplir ese rol de adaptación, razón por la cual es importante dotarlo de las condiciones necesarias para cumplir su finalidad revisora de la Constitución.

Demás está recordar cómo es que una Constitución como la de los Estados Unidos -donde no participaron ni las mujeres, ni los afroamericanos ni los hombres sin tierras- ha perdurado a lo largo del tiempo gracias a la reforma constitucional (enmiendas) que es responsable de sus permanentes actualizaciones.

Similar situación ha ocurrido en América Latina, donde Ferreyra -a partir del contexto argentino- sostiene que:

(e)l poder de reforma se ejerce para modificar un sistema constitucional creando, suprimiendo o agregando nuevas disposiciones. Es un poder eminentemente político porque crea Derecho Constitucional, sometido a reglas de competencia predeterminadas. Admitiéndose que las constituciones no son eternas sino tan sólo permanentes, esta ventana al futuro es abierta (...) ⁽⁷⁾.

46. Lo expuesto demuestra, en principio, que el órgano revisor de la Constitución es por naturaleza, el Parlamento, órgano que -en el correlato de la doctrina de la separación de poderes- materializa el mandato representativo. Sin embargo, ello no implica que, en atención a la importancia de la reforma constitucional, esta deba estar diseñada de forma tal que haya una participación colectiva que la democratice con mayor alcance entre los diferentes grupos sociales de la comunidad. Gobierno y pueblo deben tener libertad

⁶ Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel. (p. 172).

⁷ Ferreyra, R. (2006). "Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina". *Revista Estudios Constitucionales*, 4 (2), 477-508. (p. 479).



de iniciativa, y debe permitirse fórmulas de participación colectiva en su aprobación, como una forma de legitimación mayoritaria.

47. En el caso peruano, el artículo 206 de la Constitución prevé el poder de revisión constitucional y combina dicho nivel de participación al permitir que: i) el Gobierno pueda presentar una iniciativa de reforma constitucional, y ii) el pueblo no solo participe a través de sus representantes libremente elegidos (en el Congreso ordinario), sino también que la ratifique por la vía del referéndum.
48. El aludido artículo 206 de la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

49. Así pues, se advierte de dicho dispositivo que el constituyente de 1993 ha condicionado el ejercicio de la reforma a la estricta observancia del procedimiento que este prevé, ya que debe ser aprobada por el Congreso de la República con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros (66 votos) y, posteriormente, ser sometida a referéndum. O, en siguiente opción, 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 (87 votos); se exige claramente, en este supuesto, un consenso parlamentario de dos tercios. En cualquiera de los supuestos, la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República, y ello es así porque -como tal- representa a un Poder Constituido Secundario.
50. Por consiguiente, en nuestro ordenamiento jurídico, el Poder Constituyente Derivado, que se ejerce conforme al artículo 206



de la Constitución, no puede ser equiparable al Poder Constituyente Originario -en sus versiones fundacional o refundacional-, el mismo que reside exclusivamente en el pueblo como comunidad, pero que, a contraparte de la legitimidad jurídica de la reforma constitucional, es un acto emergente de un momento revolucionario en su forma más compleja.

51. Ciertamente, la reforma constitucional *per se* es un acto de respeto al derecho al que recurre el Estado por medio de los poderes públicos competentes y en los que el pueblo participa activamente conforme a la fórmula construida por el Poder Constituyente Originario; razón por la cual el debate sobre si la reforma es total o parcial, en realidad puede ser bizantina, ya que lo cierto es que en el derecho comparado la reforma total por el Poder Constituyente Derivado sí es admisible. Así se encuentra prevista en Suiza y en los Estados Unidos, mientras que en Latinoamérica han ocurrido también procesos de cambio, como el que tuvo lugar con la Constitución argentina de 1853, reformada varias veces, siendo la última -y acaso la más importante- la del año 1994.
52. En el Perú esta dinámica se intentó en el año 2001 a instancia del entonces congresista Henry Pease, pero la iniciativa se vio frustrada por la falta de consenso, condición fundamental para un proceso de revisión total.
53. La alegada reforma total, ergo, no implica la afectación de las *normas pétreas*, conocidas también como *cláusulas de intangibilidad*, estén o no señaladas expresamente. Y es que en el derecho comparado contamos con diversos diseños de Constitución, tal como lo destaca Carbonell citando a Ignacio de Otto:

Lo único que no podía estar sujeto a reforma constitucional en aquellos países que no tienen cláusulas de intangibilidad (las tiene Italia, las tiene Alemania, las tienen otros países; México no tiene cláusula intangibilidad), cuando no hay cláusula intangibilidad lo único que no puede destruir el poder de reforma es la democracia misma. El poder de reforma no podría decir, pues la reforma constitucional la va a hacer el Presidente de la república por ejemplo, eso sería un mecanismo de destrucción democrática o que dijera la reforma constitucional nadie tiene derechos fundamentales, se acabaron los derechos fundamentales es un invento extranjero, vamos a quitarlo aquí no queremos esas influencias malignas, eso desde



luego estaría implícitamente prohibido para el poder de reforma constitucional⁽⁸⁾.

54. En conclusión, una reforma realizada por el Congreso puede ser total, siendo la barrera limitante en países sin cláusulas de intangibilidad expresas (como es el caso del Perú) distintas disposiciones implícitas que se pueden concretizar en perspectiva de la constitución histórica, la cual repite las instituciones y la estructura del modelo político de la nación.
55. Por otro lado, y en una visión constitucional, la formula descrita es una que contribuye a preservar la institucionalidad, siendo por ello que Loewenstein afirma con énfasis lo siguiente:

Como una necesaria válvula de escape, la revisión total no puede ser criticada teóricamente; pero su valor práctico puede ser pequeño. Si el descontento de los destinatarios del poder con su constitución está tan extendido que aspira a una transformación radical, o -el caso más frecuente- si un grupo desea apoderarse del poder, pero se siente impedido por el procedimiento de reforma en vigor, suele producirse, por lo general, un golpe constitucional revolucionario. Los nuevos detentadores del poder elaboran entonces una constitución en la que ellos aparecen como los correctos detentadores legales del poder⁽⁹⁾.

56. En efecto, si es que no se concatenan los mecanismos para poder asegurar la continuidad jurídica sobre la base de la Constitución, la vía que se apertura es la de la fuerza o el apartamiento de la juridicidad, tal y como lo ha advertido Guastini cuando asevera que la concepción sustantiva de la reforma (empleada como referente en nuestro ordenamiento por medio de la Sentencia 00014-2002-AI/TC), advierte como consecuencia relevante que no existen modos legales de cambiar la Constitución (entendida, precisamente, como el conjunto de los principios supremos). La Constitución, así, sólo podría ser cambiada de forma ilegal, revolucionaria⁽¹⁰⁾.
57. Siendo precisamente ello lo que debe evitarse, toda fórmula ajena al derecho no puede ser inadmisible, menos justificable, puesto que, si los poderes constituidos tienen su origen en una Constitución (por más que se disienta de su origen), *¿cómo es que se puede hacer apología a su desconocimiento si somos*

⁸ Conferencia dictada en el seminario “Reforma y control de la Constitución implicaciones y límites”. México 3 al 5 de febrero de 2009.

⁹ Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel. (p. 185).

¹⁰ Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Distribuciones Fontamara. (p. 64).



guardianes de la constitucionalidad? Si la lógica del Estado constitucional es la continuidad del derecho, es claro que la reforma constitucional puede llegar a desarrollar un proceso de cambio altamente transformador, sin alterar los caminos democráticos del derecho.

58. El Tribunal Constitucional en la aludida Sentencia 00014-2002-AI/TC, enfatiza en los límites de la reforma, pero -a renglón seguido-, constitucionaliza el Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, y expresa como alternativa de reforma total el retorno a la Carta de 1979. Es decir, mediante el desconocimiento y la ruptura del procedimiento jurídicamente vigente previsto en el artículo 206 de la Constitución de 1993.
59. Estas fórmulas ajenas al derecho son las que no se pueden admitir desde una vertiente del control constitucional en un Estado que se consolide dentro del modelo del Estado constitucional; más aún cuando su proyección se hizo en un contexto histórico concluido.
60. En conclusión, asevera Guastini, el poder de revisión constitucional:

(...) se distingue del constituyente sólo por el hecho de ejercerse en los modos previstos y regidos por la Constitución. Por lo tanto, la modificación constitucional, cuando se realice en las formas previstas por la misma Constitución, queda como mera revisión -no se transforma en instauración de un nuevo ordenamiento constitucional- cualquiera sea su objeto, aunque, en el fondo, la revisión puede incidir sobre los principios supremos. Consecuencia relevante de este modo de ver es que la Constitución puede ser modificada también profundamente en las formas legales, sin que se ocasionen revoluciones o guerras civiles (¹¹).

61. Son por estas razones que el ilustre jurista Pérez Royo ha enfatizado que:

(...) la reforma de la Constitución es el mecanismo jurídicamente ordenado para dar una respuesta política por parte de la sociedad a las insuficiencias que puedan detectarse en el pacto constituyente. Lo predominante en el procedimiento de reforma es la voluntad política de modificar el pacto constituyente, forzando la consecución de un

¹¹ Guastini, R. Op. cit. (p. 64).



consenso político similar al que dio origen al pacto constitucional (¹²).

62. Esta es la razón, prosigue Pérez Royo,

(...) por la que al órgano que se confía la función de reforma constitucional es un órgano complejo, en el que se combina la exigencia de una mayoría cualificada del Parlamento con un pronunciamiento expreso sobre la misma del cuerpo electoral. En este terreno se hace lo posible por seguir un principio esencial en el mundo del derecho, el del paralelismo de las formas. Aunque tal principio es imposible de alcanzar de manera absoluta, dada la irrepetibilidad del momento constituyente, las cláusulas de reforma tienden a aproximarse a él lo más posible, esto es, a aproximar el ejercicio de la función de reforma a la función constituyente (¹³).

63. Así las cosas, la Constitución peruana combina una fórmula totalmente válida, que se caracteriza por conjugar un sistema de reforma donde el Congreso de la República aprueba, y el pueblo es consultado a través del referéndum ratificadorio.
64. En este extremo -como se ha apuntado líneas arriba- resulta indispensable precisar la particularidad de lo “total”. En materia constitucional, la alusión a este tipo de reforma total no involucra lo que en la doctrina se denomina las “cláusulas de intangibilidad”, también llamadas *cláusulas pétreas*; precisamente porque la connotación de Poder Constituido hace que en ellas residan los límites de la reforma total. En tal perspectiva, dichas cláusulas podrán ser abordadas únicamente para el Poder Constituyente Originario.
65. Por ello, siguiendo a Loewenstein, se deben distinguir aquí dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales (intangibilidad articulada), y, por otra parte, aquellas que sirven para garantizar determinados valores fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como “implícitos”, “inmanentes” o “inherentes” a la Constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional,

¹² Pérez Royo, J & Carrasco, M. (2018). *Curso de derecho constitucional*. (Vol. 16). Marcial Pons. (p. 571).

¹³ Pérez Royo, J & Carrasco, M. Op. cit. (p. 571).



mientras que, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del “espíritu” o *telos* de la constitución⁽¹⁴⁾.

66. Al respecto, como ya sostuviera este Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, la “fórmula política”, el “núcleo irreformable” o los “elementos de identidad constitucional”, implican la materialización irreversible de los principios, cláusulas y elementos nucleares e intangibles de la Constitución que no pueden ser afectados por una reforma constitucional. Así, las nociones de soberanía popular, separación de poderes, dignidad humana y derechos fundamentales, son sin duda las cláusulas incuestionables por parte del Poder Reformador en el modelo constitucional peruano, y que trascienden no solo del *telos* de la Constitución, sino de nuestra historia republicana.
 67. Este Tribunal Constitucional ha afirmado que es el principal garante de la Constitución y se encuentra a cargo de velar por la Norma Suprema, labor de control que alcanza, incluso, a las leyes de reforma constitucional que transpongán los límites materiales ya desarrollados. Sin embargo, dicho control de la reforma constitucional es altamente limitado, tal y como asevera Pérez Royo cuando apunta que “el Tribunal Constitucional es un órgano que existe fundamentalmente para “impedir la inconstitucionalidad”, razón por la cual está constitucionalmente organizado de tal manera que, “siendo todopoderoso para defender y socorrer”, se convierte en completamente nulo “tan pronto como cambiando su finalidad, se intentara hacer uso de él para oprimir” (Bergasse). “Negativamente lo puede todo. Positivamente nada”⁽¹⁵⁾.
 68. Dentro de esta línea discursiva, queda claro que el Tribunal Constitucional actúa como guardián de la Constitución.
- 4. LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE COMO SALIDA AL PROBLEMA DEL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL**
69. Como se ha podido advertir, la reforma constitucional encuentra determinadas tensiones que pueden dar lugar a tener que enfrentarse y resolverse por la vía del control constitucional, cuando no a la censura popular, lo cual incide en su legitimidad; razón por la cual la alternativa de una Asamblea Constituyente,

¹⁴ Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel. (p. 189).

¹⁵ Loewenstein, K. Op. Cit. (p. 572).



en situaciones de alto consenso popular, surge como alternativa legítima.

70. En el derecho comparado, la Asamblea Constituyente es una de las formas de expresión del Poder Constituyente, que se convoca principalmente para redactar una nueva Constitución o para llevar a cabo reformas al Texto Constitucional; y pueden presentar diversas características, según sus manifestaciones en cada caso. A contraparte, no es menos cierta la doctrina que sostiene que la consulta popular es un instrumento idóneo, pero altamente moldeable para el populismo presidencial, ya que, en muchos casos, es más fácil aprobar un cambio normativo por la vía plebiscitaria que por el consenso parlamentario. Precisamente en esta particularidad radican los mayores frenos para aceptar el referéndum consultivo sobre la reforma constitucional; más aún si el objetivo sea aniquilar la propia obra constitucional.
71. En ese sentido, este Tribunal estima oportuno analizar diversas experiencias constitucionales de la región, que incluyen en su Constitución la figura de la reforma total a través de una Asamblea Constituyente.
72. En primer lugar, corresponde mencionar el caso de la Constitución Política de Costa Rica de 1949, cuyo artículo 196⁽¹⁶⁾ dispone que:

La reforma general de esta Constitución, *sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto*. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo.
(Énfasis agregado).

73. Se aprecia en este caso que la “reforma general” de la Constitución, solamente se puede llevar a cabo a través de una Asamblea Constituyente, luego de la expedición de la ley que la convocase para tal fin, con el voto favorable mínimo de dos tercios del total de los integrantes de la Asamblea Legislativa. Es decir, tiene autorización expresa en la Constitución, y se realiza como voluntad legislativa.

¹⁶ Disponible en el Sistema Costarricense de Información Jurídica (SCIJ). Recuperado de:https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871. Consulta realizada el 15 de julio de 2022.



74. De forma similar, en el artículo 30 (¹⁷) de la Constitución de la Nación Argentina de 1994 se ha establecido que:

La Constitución puede reformarse *en el todo o en cualquiera de sus partes*. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero *no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto*.
(Énfasis agregado).

75. En el texto constitucional argentino se ha previsto la posibilidad de reformar total o parcialmente la Constitución, para lo cual - previamente- debe haberse declarado la necesidad de la reforma, a cargo del Congreso, con el voto favorable, cuando menos, de dos tercios del número de sus miembros; luego de lo cual corresponderá a una Convención convocada para tal fin llevar a cabo la reforma. Nuevamente, la habilitación es expresa en la Constitución y a iniciativa del Legislativo.
76. Por otro lado, en el caso de la Constitución de Bolivia de 2009, el artículo 411 (¹⁸) ha previsto que:

I. La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, *tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo*. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

II. La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio".
(Énfasis agregado).

77. Como puede apreciarse, en el caso de la Constitución boliviana también se ha previsto la posibilidad de reformar total o

¹⁷ Disponible en el Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de: [Constitución Argentina](#). Consulta realizada el 15 de julio de 2022.

¹⁸ Disponible en el sitio web de la Cámara de Senadores de Bolivia. Recuperado de: <https://web.senado.gob.bo/senado/marco-normativo>. Consulta realizada el 15 de julio de 2022.



parcialmente el texto constitucional, a través de la figura de la Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria que, de forma exclusiva y excluyente, se encarga de llevar a cabo la reforma total de la Constitución en dicho país.

78. En consecuencia, queda claro que diferentes países de la región han constitucionalizado la posibilidad de una reforma a través de una Asamblea Constituyente; pero debe precisarse que no todos los textos constitucionales prevén, de forma originaria, el mecanismo de una Asamblea Constituyente o figura similar para aprobar una nueva Constitución Política. Sin embargo, ello no ha impedido que con posterioridad se intente aprobar un nuevo texto constitucional, como ha ocurrido hace poco en el caso chileno y el referéndum constitucional que optó por no aprobar el proyecto sometido.
79. En el Perú, la Asamblea Constituyente al amparo de una disposición constitucional también ha sido empleada. Así, estuvo regulada en el artículo 177 de la Constitución de 1828, que consagró:

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

La Convención del año 1834 elaboró un nuevo texto constitucional, que dio lugar, precisamente, a la Constitución de ese año.

80. De todo lo expuesto, se puede advertir que el Congreso podría constitucionalizar la Asamblea Constituyente como una alternativa para la legitimación de los procesos de reforma. Sin embargo, en tanto no exista dispositivo expreso en la Constitución, es una alternativa antijurídica y solo posible mediante un acto contrario al derecho.

5. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

81. Hasta aquí se ha destacado que las constituciones pueden establecer mecanismos para su reforma total o parcial y que, sobre dicha base, cabe diferenciar entre los sujetos que pueden llevar a cabo el proceso, la forma en que se realiza y el objeto o alcance de dicha reforma, principalmente. Desde ya debe precisarse que, más allá de las concepciones jurídicas que se asocien a la reforma constitucional, como categoría



constitucional, lo cierto es que la determinación de sus alcances depende de cada experiencia constitucional concreta.

82. La Constitución vigente hace referencia a la posibilidad de que el constituyente derivado someta a referéndum la reforma total de la Constitución. Es factible esquematizar lo explicado según el siguiente detalle:

Tipo de reforma	Sujeto titular	Mecanismo	Objeto
Total (incluyendo cláusulas de intangibilidad)	Poder Constituyente Originario Fundacional o Refundacional (ciudadanía del Estado)	Acto pre jurídico	Nueva Constitución
Total o Parcial (no incluye cláusulas de intangibilidad)	Poder Constituyente Derivado (poder constituido)	Congreso de la República y referéndum o doble votación calificada	La misma Constitución reformada total o parcialmente

83. Así las cosas, la Constitución Política de 1993 ha previsto que se lleve a cabo la reforma total o parcial a través del Parlamento en combinación con la consulta popular vía referéndum, consagrando como alternativa la posibilidad del consenso generalizado en dos legislaturas.
84. Se debe poner énfasis en que, en una reforma total, el referéndum se convierte en una condición casi ineludible, por lo que el reformista debe admitir en todo el proceso una permanente actuación inclusiva que permita legitimar dicho proceso; es precisamente ello lo que propiciará el asentimiento de las reformas a la Carta Magna, y la necesidad del alto consenso o del respaldo vía referéndum. Ambas opciones se combinan de una lectura sistémica de los artículos 206 y 32 de la vigente Constitución.
85. Así las cosas, las materias abordadas imponen desarrollar, de modo conclusivo, los mecanismos vigentes previstos en la Constitución para su reforma.

5.1. MECANISMOS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

86. Respecto al artículo 206 de la Norma Fundamental, este ha previsto dos mecanismos procedimentales que pueden seguirse para dicha reforma:



- a) El primero exige que el proyecto de ley de reforma sea aprobado por el Congreso de la República con una votación favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros (66 votos) y, luego de ello, que sea ratificado a través de un referéndum.
 - b) En segundo lugar, la reforma puede ser realizada, con la posibilidad de omitir el referéndum, a condición de que el proyecto de ley de reforma constitucional sea aprobado en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de Congresistas en cada caso.
87. Así las cosas, en el ámbito de las competencias del Congreso de la República, se encuentra la de aprobar proyectos de ley de reforma constitucional siempre y cuando se observe escrupulosamente lo establecido en el artículo 206 de la Constitución, donde se ha incorporado específicamente el *iter* procedural para llevar a cabo su reforma; además de precisar qué sujetos cuentan con iniciativa en esta materia, y de mencionar la imposibilidad de que el Presidente de la República observe la ley de reforma constitucional.
88. Por lo expuesto, es el Congreso de la República el poder constituido que cuenta con la competencia para realizar *toda* reforma constitucional, y realiza esta función de forma compartida (cuando se lleva a cabo el referéndum ratificadorio) o de forma exclusiva (cuando se omite dicho referéndum), si se alcanza la votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas.
89. Corresponde ahora analizar la institución del referéndum, que está relacionada con la reforma constitucional, pero también con otros mecanismos de participación directa.
- 6. EL REFERÉNDUM EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993**
90. En nuestro ordenamiento jurídico el referéndum es un derecho de participación ciudadana.
91. El referéndum ha sido incorporado en el artículo 2.17 de la Carta Fundamental, que reconoce los derechos de participación “en forma individual o asociada, en la vida política, económica,



social y cultural de la Nación”. Dicho artículo prescribe también que “los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”. Asimismo, el artículo 31 de la Constitución Política de 1993 dispone que “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas”.

92. Por su parte, en la Ley 26300, “Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, se ha reconocido al referéndum como un derecho ciudadano (artículo 2). Además, según el artículo 32 de dicha ley, “el referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan”.
93. Además, corresponde tomar en cuenta que, según el artículo 6 de la Ley Orgánica de Elecciones, los procesos electorales, entre ellos el de referéndum, “tienen carácter mandatorio. Pueden ser requeridos por el Estado o por iniciativa popular, de acuerdo con las normas y los principios de Participación Ciudadana”.
94. En relación con el referéndum, este Tribunal ha destacado que los ciudadanos tienen el derecho de autoconvocatoria al referéndum, que no puede ser desconocido y del que no se puede privar al electorado (Sentencia 00003-1996-PI/TC).
95. Indicado lo anterior, debe tenerse presente que la propia Constitución ha establecido en el artículo 32 las materias que pueden someterse a referéndum:
 - a) La reforma total o parcial de la Constitución;
 - b) La aprobación de normas con rango de ley;
 - c) Las ordenanzas municipales; y
 - d) Las materias relativas al proceso de descentralización
96. Asimismo, en dicho artículo se ha establecido que “no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor”. Además, el constituyente también se ha referido explícitamente al referéndum en el tercer párrafo del artículo 190, según el cual: “Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una



región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional”.

97. A nivel legislativo, el ámbito material del referéndum ha sido desarrollado en la mencionada Ley 26300, donde se ha establecido en qué casos procede esta consulta a la ciudadanía. Según el artículo 39 de dicha ley, el referéndum puede llevarse cabo cuando se trate de las reformas constitucionales (totales o parciales); la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; la desaprobación de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; y las materias a las que se refiere el artículo 190 de la Constitución, de conformidad con la ley.
98. De otra parte, la Ley Orgánica de Elecciones -en su artículo 125- reproduce lo ya previsto en el artículo 32 de la Constitución previamente citado.
99. Asimismo, el constituyente ha previsto de forma expresa que, en el caso de la reforma de la Constitución, el referéndum sea de naturaleza ratificatoria. En efecto, conforme al primer supuesto, previsto en el artículo 206 del Texto Constitucional, cuando el proyecto de ley de reforma es aprobado por el Congreso con una mayoría absoluta, será necesaria la realización de un referéndum ratificatorio, cuyo resultado es plenamente vinculante.
100. Corresponde advertir que, si bien no es obligatorio someter a referéndum un proyecto de ley de reforma de la Constitución cuando ha sido aprobado en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación, en ambas, que sea superior a los dos tercios del número legal de congresistas; lo cierto es que ésta constituye la regla, y la doble votación calificada, la excepción. La realización de dicha consulta es parte integrante del derecho al referéndum y abona en favor de la legitimidad democrática de la reforma emprendida conforme ya lo hemos expuesto párrafos arriba.
101. Por lo tanto, este Tribunal aprecia que el *referéndum* en materia de reforma constitucional se ejecuta de conformidad con el artículo 206 de la Constitución, y se convierte en un trascendental mecanismo legitimador de la actuación del parlamento como poder constituido.



7. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL DE LA LEY 31399

102. A continuación, este Tribunal evaluará, en primer lugar, si la ley objeto de control ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad formal, consistente en la alegada vulneración de los artículos 206, 102.1 y 103 de la Constitución.
103. Sobre ello, debe precisarse que la invocada vulneración del artículo 103 del texto constitucional será analizada por este Tribunal al momento de dilucidar si la ley impugnada ha vulnerado la Constitución por el fondo.
104. Con relación a la infracción de la Constitución por la forma, este Tribunal ha precisado en reiterada jurisprudencia (Sentencia 00020-2005-PI/TC y 00021-2005-PI/TC, fundamento 22), que se aprecian tres supuestos:
 - a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación.
 - b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho.
 - c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo.
105. En el presente caso, se cuestiona que el contenido normativo de la ley impugnada haya sido aprobado a través de una ley (supuesto “b”), y no a través de una ley de reforma constitucional, y se ocupa así de una materia que la Constitución reserva directamente a este tipo de leyes. Asimismo, en esta controversia también se cuestiona que el Congreso de la República haya excedido las competencias que la Constitución le confiere en materia del ejercicio de la función legislativa, conforme a su artículo 102.1 (supuesto “c”).
106. Precisamente, en el ámbito de la expedición de leyes, este Tribunal ha enfatizado que, si bien el desarrollo de la función legislativa el Congreso es el primer intérprete de la Constitución y cuenta con un margen de apreciación discrecional, esto no implica que puedan dejar de observarse las reglas que emanen de la Constitución y del Reglamento del Congreso, pues ello ingresaría en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido u ordenado (Sentencia 00015-2012-PI/TC, fundamento 4).



107. En otras palabras, el procedimiento parlamentario cuenta con un considerable margen de maniobra política, lo que le permite desarrollar los contenidos constitucionales, pero su poder de normación no puede ser contrario a las obligaciones que emanan de la Constitución o de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.
108. Finalmente, cabe recordar que el proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de Norma Suprema del ordenamiento, como parámetro de evaluación.

7.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 206 DE LA CONSTITUCIÓN

109. En relación con este extremo de la demanda, corresponde dilucidar si la expedición de la ley impugnada ha vulnerado -o no- lo establecido en el artículo 206 de la Constitución, que establece los mecanismos procedimentales para reformar la Carta Magna.
110. Como ya se dejó establecido previamente, la Ley 31399 ha modificado los artículos 40 y 44 de la Ley 26300; es decir, que no se ha enmendado, directamente, la Constitución. Sin embargo, sí ha modificado dos artículos de una ley que desarrolla la Constitución, en materia de derechos de participación directa, por mandato de los artículos 2.17 y 31 de la Norma Fundamental.
111. Los mencionados artículos de la Constitución disponen:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. *Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.*

(...)”.

(Énfasis añadido).

“Artículo 31.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica (...).



112. Así pues, al tratarse de un conjunto de derechos fundamentales vinculados con el ámbito de la participación directa en asuntos públicos, corresponde, por mandato del constituyente, que, en todos esos casos, el legislador desarrolle las condiciones y procedimientos para su ejercicio, de acuerdo con la Constitución y con el bloque de constitucionalidad.
113. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1 de la Ley 26300 preceptúa lo siguiente:

La presente ley regula el ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos de conformidad con la Constitución.

114. Siendo ello así, este cuerpo legal constituye la norma especial en el ámbito de la regulación de las condiciones y procedimiento para el ejercicio de derechos fundamentales propios de la democracia directa.
115. Corresponde determinar ahora el objeto y alcance de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 31399, que ya fueron detalladas al inicio de la presente sentencia.
116. Este Tribunal aprecia que la primera modificatoria se refiere a determinados supuestos de improcedencia del ejercicio del referéndum, y se expresa que no procederá el ejercicio del referéndum, salvo en aquellos supuestos a los que la propia norma se remite. En el caso de la segunda modificatoria, esta versa sobre un aspecto procedural, dado que precisa a qué autoridad le corresponde convocar al referéndum cuando se trate de una reforma constitucional. Sin embargo, entre los dos artículos modificados existe una diferencia crucial: respecto de la improcedencia del referéndum, el propio constituyente ha dejado establecidos los ámbitos en los que no puede realizarse tal tipo de consulta; en cambio, el objeto de la segunda modificatoria no ha sido abordado por la Constitución.
117. Por consiguiente, en el primer caso existe una limitación que el legislador, al desarrollar lo que el constituyente le encomendó, no podría transgredir, alterar o modificar, y se alude entonces a lo “constitucionalmente prohibido”, con lo cual debe quedar claro que, fuera de ello, el legislador sí podía establecer las regulaciones que resulten admisibles, en el marco de lo “constitucionalmente posible”. En el segundo caso, no existe limitación expresa alguna respecto al sentido de la regulación que



pueda establecer el legislador, debiendo precisarse -sin embargo- que lo anterior no impide que la obra del legislador se encuentre condicionada a las exigencias expresas e implícitas de los principios, reglas y valores constitucionales.

118. Así las cosas, este Tribunal debe dilucidar si tales modificatorias, por el solo hecho de haber sido establecidas a través de una ley distinta a la de reforma constitucional, vulneran la Constitución.
119. En el caso de la primera modificatoria realizada por la Ley 31399 respecto del artículo 40 de la Ley 26300, el legislador ha añadido -en calidad de supuesto de improcedencia- el texto “ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”. Cabe precisar que dicho extremo es lo verdaderamente relevante en la modificatoria del artículo 40 mencionado *supra*, toda vez que el texto restante se remite a los supuestos ya previstos por el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, por lo que este Tribunal entiende que, con esta modificatoria, en definitiva, se ha reducido el ámbito de *procedencia* del referéndum, como fluye del propio texto legal impugnado.
120. En efecto, con anterioridad a la expedición de la Ley 31399, las leyes que en nuestro ordenamiento jurídico establecían ámbitos prohibidos para llevar a cabo un referéndum se remitían al texto expreso de la Constitución, siendo ese el caso de la propia Ley 26300, antes mencionada, y de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones.
121. Por otro lado, en el caso de la modificatoria realizada por la Ley 31399 al artículo 44 de la Ley 26300, relativa a la autoridad que convoca a referéndum, la disposición impugnada ha incorporado la siguiente frase: “salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”. Este Tribunal advierte, entonces, que esa frase incorpora una regla especial en el caso del referéndum realizado para la reforma de la Constitución, pues se precisa qué autoridad convoca la consulta en dicho supuesto; y se aprecia además que la redacción empleada mantiene los términos del texto modificado del artículo 40 antes descrito; esto es, que, al tratarse de un referéndum, realizado para reformar la Constitución, este deberá seguir el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206.



122. Ahora bien, debe recordarse, como ya se indicó previamente, que los ciudadanos ejercen los derechos de participación directa conforme a ley. Ello significa que el legislador puede regular, respetando el marco constitucional, diversos aspectos vinculados a ellos, las condiciones de ejercicio de tales derechos, así como los procedimientos correspondientes, siempre que dicha regulación no vulnere los mandatos constitucionales.
123. En ese entendido, este Tribunal asume que cuando el legislador añade supuestos de improcedencia o precisa aspectos relacionados con ámbitos procedimentales del referéndum, no se vulnera la Constitución por el solo hecho de hacerlo. En consecuencia, a criterio de este Tribunal, la sola ampliación de los supuestos improcedencia para llevar a cabo el referéndum no exige que para tal fin se realice necesariamente una reforma a la Constitución.
124. Un aspecto distinto es determinar si el contenido normativo de la legislación establecida resulta conforme o no con la Norma Fundamental y el bloque de constitucionalidad, lo que se evaluará en el examen de constitucionalidad por el fondo de la ley impugnada.
125. Por las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

7.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 102.1 DE LA CONSTITUCIÓN

126. A continuación, este Tribunal se pronunciará respecto del segundo vicio de inconstitucionalidad formal alegado por la parte demandante: a saber, que la expedición de la ley sometida a control implicaría un exceso en el ejercicio de las competencias del Poder Legislativo, previstas en el artículo 102.1 de la Constitución.
127. Debe tenerse presente que, a tenor del referido artículo 102.1 de la Norma Fundamental, son atribuciones del Congreso de la República: “Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”; por lo que al legislador le compete no solo la expedición de normas legales, como las leyes propiamente dichas y las resoluciones legislativas, sino la facultad de interpretarlas, modificarlas parcialmente o derogarlas. En efecto, el legislador cuenta con la competencia de



dar leyes o normas con rango de ley, pero con el límite de no vulnerar la Constitución, siendo ese sentido en el que debe entenderse el marco de competencias previstas en el artículo 102.1 del Texto Fundamental.

128. Ahora bien, en el presente caso, lo que se encuentra en discusión es si las modificatorias realizadas por el artículo único de la Ley 31399 han excedido el marco de competencias y atribuciones del Congreso de la República.
129. Al respecto, y como se ha expresado previamente, el legislador puede regular diversos aspectos relacionados con los derechos de participación directa, con el límite de no vaciarlos de contenido, limitar irrazonablemente y de forma desproporcionada su ejercicio, contravenir algún principio constitucional, explícito o implícito, o desconocer las exigencias dimanantes del bloque de constitucionalidad.
130. En esta controversia, ha quedado claro que, a través de una ley del Congreso, se han fijado reglas adicionales respecto a la procedencia del referéndum y a la autoridad que lo convoca en el caso de una reforma a la Constitución, debiendo quedar claro que el solo hecho de establecerlas no implica una contravención manifiesta del artículo 102.1 del Texto Constitucional.
131. En consecuencia, este Tribunal aprecia que la sola expedición de la ley impugnada no vulnera lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Constitución; por lo que corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.
132. Evidentemente, cosa distinta es el examen del contenido de dicha regulación o el contraste de su objeto y alcances con los mandatos constitucionales y convencionales, lo que se realizará con ocasión del análisis de compatibilidad por el fondo de la Ley 31399.

8. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA LEY 31399

133. A continuación, este Tribunal emitirá pronunciamiento respecto de cada una de las alegadas infracciones sustantivas a la Constitución en las que habría incurrido la cuestionada Ley 31399.



8.1. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

134. Corresponde ahora determinar si la ley sometida a control ha vulnerado los artículos 2.17, 31 y 32 del Texto Fundamental, los cuales se encuentran relacionados con los derechos fundamentales de participación directa y, específicamente, con el referéndum.
135. Como paso previo a dicho análisis, este Tribunal estima pertinente dejar establecidas ciertas consideraciones relacionadas con el control que aquí nos ocupa, teniendo en cuenta para ello que el examen de constitucionalidad de las leyes implica un esfuerzo riguroso y complejo del intérprete de la Constitución, que comprende, entre otros, la clara y cierta determinación del objeto a controlar, la identificación precisa del parámetro de control y el esclarecimiento de los vicios por los cuales una ley o norma con rango de ley ha sido impugnada.
136. En dicho entendido, es necesario detenerse, en primer término, en la determinación del objeto de control en el presente caso, teniendo presente que este Tribunal ha dejado establecido en su jurisprudencia que en un proceso de inconstitucionalidad no solo se controla la *disposición legal* en cuanto tal -también denominada significante o enunciado lingüístico-, sino también las *normas*, entendidas estas como aquellas interpretaciones jurídicas válidamente atribuibles a las disposiciones o textos.
137. Así, pues, la prohibición establecida en el artículo único de la Ley 31399, que modificó el artículo 40 de la Ley 26300, puede ser interpretada en más de un sentido:

Disposición objeto de control	Norma objeto de control
<p>“Artículo 40.- Improcedencia de referéndum</p> <p>No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política (texto a analizar).</p>	<p>Norma 1: Queda prohibido someter a referéndum todas las materias y normas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución. En consecuencia, no puede someterse a referéndum <u>ninguna de las materias y normas a las que se refiere la Ley 26300, que no se aprueben bajo dicho procedimiento.</u></p>



	<p>Norma 2: Queda prohibido someter a referéndum todas las materias y normas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 del texto constitucional. En consecuencia, no puede someterse a referéndum <u>las materias y normas que no se aprueben bajo dicho procedimiento, en el supuesto de reforma o modificación parcial de la Constitución.</u></p>
--	---

138. Corresponderá entonces a este Tribunal determinar si la ley impugnada, considerando dicho texto y las normas que se desprenden de él, resultan o no compatibles con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, para lo cual se aludirá necesariamente al parámetro de constitucionalidad aplicable al presente caso.
139. Como se ha establecido, los artículos 2.17 y 31 citados *supra* reconocen a la ciudadanía un conjunto de derechos que se ejercen en el ámbito de la democracia directa, complementariamente a lo cual el artículo 32 instituye el marco constitucional básico relacionado con el ejercicio del derecho al referéndum. En efecto, el propio constituyente de 1993 ha dispuesto, conforme a dicho artículo 32, que se pueda someter a consulta de la ciudadanía, mediante referéndum, diversos aspectos, como la aprobación de un nuevo Texto Constitucional, la reforma o enmienda constitucional, la aprobación de normas con rango de ley, la aprobación de ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización.
140. Por otro lado, al expedir la Ley 26300 -norma especial en el caso de los derechos de participación propios de la democracia directa, como ya se dejó establecido previamente-, el legislador ha ampliado los supuestos en que se puede realizar el referéndum, y debe destacarse que dicho dispositivo ha habilitado que el referéndum pueda llevarse a cabo para desaprobar leyes y diversas normas con rango de ley (artículo 39). También ha consagrado que se puede someter a referéndum una iniciativa legislativa promovida por la ciudadanía que, previamente, fuese rechazada en el Congreso; o cuando sus promotores consideren que, pese a haber sido aprobada, se introdujeron modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad original (artículos 16 y 41).



141. Ahora bien, este Tribunal considera que la interpretación del artículo único de la Ley 31399, respecto de la modificación del artículo 40 de la Ley 26300, en el sentido de que no se puede someter a referéndum ninguna de las materias y normas a las que se refiere la ley de los derechos de participación y control ciudadanos que no se aprueben bajo el procedimiento previsto en el artículo 206 de la Constitución, es constitucional, ya que se trata de un espacio previsto exclusivamente para el órgano revisor de la Constitución: el Parlamento.
142. Estando así diseñado en el caso peruano, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.
143. En segundo lugar, la modificatoria realizada por el artículo único de la Ley 31399, respecto del artículo 44 de la Ley 26300, ha precisado en su artículo 44 una regla especial para la convocatoria a referéndum en el caso específico de la reforma constitucional. Habiendo dejado establecido lo anterior, este Tribunal Constitucional aprecia que la regla especial prevista por el legislador, en el sentido de que el presidente de la República es la autoridad que convoca la realización de un referéndum, por disposición del Congreso, no resulta manifiestamente incompatible con la Constitución.
144. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el ordenamiento jurídico ya se encuentra previsto que sea el presidente quien convoque a un proceso electoral, como se desprende del artículo 79 de la Ley Orgánica de Elecciones. Si bien se trata de una regla que opera fundamentalmente en el ámbito de procesos electorales asociados a la democracia representativa, esta permite advertir que no resultaría irrazonable que el legislador confiera dicha atribución al presidente, considerando dicho antecedente normativo. A ello debe añadirse que el texto vigente del artículo 48 de la Ley 26300 ha establecido que los procesos de consulta que ella contempla se rijan, de forma supletoria, por las normas de la Ley Orgánica de Elecciones.
145. Por lo tanto, este Tribunal aprecia que el texto del artículo 44 de dicha ley, modificado por el artículo único de la Ley 31399, no es inconstitucional. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.



8.2. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 43 Y 45 DE LA CONSTITUCIÓN

146. Por otra parte, la Ley 31399 también ha sido cuestionada en la demanda porque vulneraría el artículo 43 de la Constitución -que reconoce el principio democrático- y el artículo 45 de dicho texto -que consagra el principio de soberanía popular-, en la medida en que, a criterio de la parte demandante, esta ley impediría a la población pronunciarse directamente sobre diversas propuestas normativas de iniciativa ciudadana.
147. Al respecto, el artículo 43 de la Constitución dispone que:

Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, *representativo* y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

(Énfasis añadido).

De esto queda claro que el principio democrático es un principio fundamental, no solo para el ordenamiento jurídico, sino para la propia estructura, organización y funcionamiento del Estado. En buena cuenta, el principio democrático confiere uno de los más importantes rasgos de identidad al Estado peruano. Complementariamente, el mandato del poder es representativo; es decir, se ejerce por los órganos de poder diseñados por la Constitución.

148. Por su parte, el artículo 45 ha contemplado uno de los principios fundantes del orden jurídico-político, cuando establece que:

Artículo 45.- *El poder del Estado emana del pueblo.* Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

(Énfasis añadido).

Así, la soberanía popular aparece como aquella fuente de legitimidad del poder que se ejerce en nuestro Estado constitucional.

149. Junto a la supremacía constitucional, se afirma el principio jurídico fundante y a la vez estructurador del ordenamiento: la soberanía popular, la misma que -como principio esencialmente



político- sienta las bases de legitimidad para el ejercicio del poder público en nombre de su auténtico titular, el pueblo.

150. El Perú se suscribe a una democracia representativa y expresa el pluralismo político en el Congreso, donde confluyen legítimamente las fuerzas imperantes y actúan en representación de la comunidad. En ese sentido, las vías participativas son formas complementarias que coadyuvan al fortalecimiento de la democracia, pero no sustituyen al poder y sus instituciones.
151. En relación con este extremo de la demanda, se ha cuestionado que la Ley 31399 habría vaciado de contenido tanto el principio democrático como el principio de soberanía popular, porque dicha norma privaría a los ciudadanos de pronunciarse a través del referéndum respecto de diversas propuestas normativas que ellos mismos hubiesen presentado o, lo que es lo mismo, de iniciativa ciudadana. Dicha afirmación carece de fundamentación dogmática, en razón de que el principio democrático y el de soberanía popular, se encauzan por la vía representativa, como se ha puesto de relieve en el punto anterior.
152. Bajo la interpretación ya desarrollada de la ley impugnada, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

8.3. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN

153. En el presente caso, este Tribunal debe analizar si la ley impugnada ha vulnerado el artículo 103 de la Constitución -en relación con el principio de generalidad de las leyes-, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas.

154. En dicho artículo se ha incorporado, implícitamente, el principio de generalidad de las leyes, toda vez que solo se habilita la expedición de leyes especiales tomando en cuenta la naturaleza de las cosas. *Ergo*, como regla general, las leyes de nuestro ordenamiento deben responder al principio de generalidad.
155. Asimismo, un aspecto sustancial de dicho mandato constitucional reside en la prohibición de expedir legislación por razón de la diferencia de las personas; disposición que recoge la exigencia



constitucional de garantizar la igualdad en la ley, así como la prohibición de discriminación, conforme al artículo 2.2 de la Constitución. Todo ello exige también la igualdad en la aplicación de la legislación.

156. El principio de generalidad es un mandato constitucional que garantiza que la obra del legislador no establezca, fomente o genere diferencias prohibidas por la Constitución en la esfera jurídica de sus destinatarios. Así pues, en principio, la ley es general y abstracta. No obstante, en el Estado social y democrático de derecho, las leyes especiales posibilitan un trato de justicia hacia los ciudadanos, no solo impidiendo que el legislador genere diferencias sociales, sino promoviendo que fomente las condiciones para promover la igualdad sustancial entre ellos.
157. En el presente caso, se encuentra en discusión si la Ley 31399 ha quebrantado el principio de generalidad.
158. A criterio de la parte demandante, la ley controlada tiene como finalidad impedir que determinadas iniciativas ciudadanas sean sometidas a referéndum, lo que contravendría el principio en mención. Sin embargo, si se repara en el contenido normativo de la ley sometida a control, este Tribunal Constitucional aprecia que en él no existe ninguna mención o referencia a alguna iniciativa que se pretendiese prohibir o, en caso contrario, fomentar. En efecto, no surge de la disposición un mandato dirigido a impedir o promover determinadas y concretas iniciativas ciudadanas, sino una regla que emerge de la Constitución para toda reforma total o parcial.
159. Por lo tanto, este Tribunal no aprecia que la Ley 31399 incumpla el principio de generalidad de las leyes; por lo que -en consecuencia- corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

8.4. SOBRE LA ALEGADA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 118.3 DE LA CONSTITUCIÓN

160. Finalmente, la parte demandante también sostiene que la Ley 31399 vulnera el artículo 118 inciso 3 de la Constitución y el artículo 4.1 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), porque impide al Poder Ejecutivo cumplir con la Política general de gobierno para el período 2021-2026, que ha sido plasmada en el Decreto Supremo 164-2021-PCM, que contempla el



fortalecimiento del sistema democrático y, de modo específico, la consolidación de la institucionalidad democrática, la gobernabilidad y la participación política de los ciudadanos.

161. Sobre ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 118.3 de la Norma Fundamental ha establecido que corresponde al presidente de la República “Dirigir la Política General del Gobierno” y que, a su vez, dicha competencia ha sido desarrollada por el legislador orgánico en la LOPE, cuyo artículo 4.1 establece que corresponde el Poder Ejecutivo:

Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno (...).

162. En el presente extremo de la demanda, se impugna la ley porque impediría al Poder Ejecutivo ejercer la política general del gobierno, aprobada para el período 2021-2026 y, específicamente, cumplir con el fortalecimiento de la institucionalidad democrática y la participación política de los ciudadanos, entre otros aspectos relacionados o afines.
163. Siendo ello así, este Tribunal entiende que, en definitiva, la ley cuestionada se desarrolla dentro del margen asignado al legislador, en resguardo del poder constituyente y su diseño de reforma, por lo que la Política general de gobierno que compete al Poder Ejecutivo se mantiene incólume, al no ser competencia del gobierno imponer una reforma constitucional ni tampoco la del Poder Legislativo realizarla con mayorías simples o sin convalidación ciudadana. En todo caso son los límites que el constituyente ha impuesto en el caso peruano y deben ser acatados por todos.
164. La reforma constitucional puede ser parte de una propuesta de gobierno, pero no puede definirse como una política a implementar de manera dominante cuando la tarea de la reforma de la Constitución, como se ha citado en palabras de Carpizo, “es una tarea del órgano revisor de la Constitución”.
165. Así las cosas, este Tribunal considera que, bajo esta última interpretación, la ley impugnada no vulnera la competencia del Poder Ejecutivo de dirigir la Política general de gobierno, prevista en el artículo 118.3 de la Constitución. Al contrario, en sus decisiones de gobierno puede impulsar diversas propuestas de gobierno, por ejemplo en materia económica, tributaria, social, e



incluso es posible que haga cuestión de confianza por dichas políticas; sin que corresponda en este estadio incluir como política de Estado un referéndum constitucional, por trascender la voluntad de los poderes constituidos.

166. En consecuencia, con sujeción a la interpretación antes referida, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

9. LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

167. La Constitución de 1993 consagra la denominada “constitucionalización de la función constituyente” en el artículo 32, inciso 1, de la Constitución que señala expresamente:

Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:
1. La reforma total o parcial de la Constitución;
(...).
(El subrayado es nuestro).

168. Así las cosas, habiendo sido voluntad del constituyente peruano de 1993 que el pueblo participe de manera directa en la decisión de “darse” una nueva Constitución (reforma total) que sustituya a la vigente en ese momento, el titular indiscutible del poder constituyente (el pueblo) debe expresar su *voluntad de cambio constitucional* en el momento de *la aprobación del Proyecto de nueva Constitución* que el congreso elabore.
169. Por tal razón, este Tribunal asume que el espíritu del artículo 32, inciso 1 de la Constitución Política de 1993, en cuanto a la reforma total se refiere, debe ser empleada como proceso de legitimación y respaldo a la desarrollada por el Congreso de la República. En tal sentido la decisión de “darse” una nueva Constitución que sustituya a la vigente, supone que el pueblo - titular indiscutible del Poder Constituyente Originario (refundacional, en ese caso)- debe expresar, de manera clara y democrática, su *voluntad de cambio constitucional*, con el referéndum.
170. De esta manera, el mandato constitucional que establece la participación del pueblo para reformar totalmente la Constitución vía referéndum, consagrada en el inciso 1 del artículo 32 de la Constitución de 1993, debe interpretarse tomando en cuenta el diseño del proceso o íter constituyente, en el que el pueblo debe ser consultado para aprobar el nuevo Texto Fundamental, luego



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso de la regulación del referéndum | 53

del debate y de la deliberación correspondientes en el Congreso de la Repùblica.

IV. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el procurador público del Poder Ejecutivo contra la Ley 31399.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ

PONENTE GUTIÉRREZ TICSE



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA
PACHECO ZERGA**

Con el debido respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues coincido con la parte resolutiva y, por eso, suscribo los fundamentos 1 a 10, 102 a 135 y 137 a 169 de la sentencia, pero me aparto del resto de sus fundamentos por los argumentos que expongo a continuación.

La sentencia, a partir de abundante cita de autores, sienta posición en temas de la teoría general del Derecho constitucional, donde los autores presentan diversas teorías dogmáticas que, a mi entender, deben quedar a la discusión o preferencia de los lectores o especialistas, sin que el Tribunal Constitucional deba tomar partido por alguna de ellas, consagrándolas en sus sentencias, a riesgo de incurrir en conceptualizaciones controvertibles, que considero no son indispensables para resolver el presente litigio.

Estos son los motivos que me llevan a no suscribir los siguientes apartados de la sentencia: 3 («El Poder constituyente»), 4 («La asamblea constituyente como salida al problema del poder de reforma constitucional»), 5 («La reforma de la Constitución de 1993») y 6 («El referéndum en la Constitución de 1993»).

S.

PACHECO ZERGA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Si bien coincido con el sentido del fallo, emito el presente fundamento de voto pues considero necesario exponer algunas consideraciones que permiten clarificar los argumentos que, a mi juicio, llevan a tal decisión.

I. Delimitación del objeto de control

1. La Ley 31399, denominada “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”, impugnada en el presente proceso, tiene un artículo único que modifica los referidos artículos 40 y 44, quedando redactados del modo siguiente:

“Artículo 40.- Improcedencia de referéndum

No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.” (subrayado agregado).

“Artículo 44.- Autoridad que convoca a referéndum

La convocatoria a referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas, salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por el presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política” (subrayado agregado).

2. Aunque el texto del artículo 40 de la Ley 26300, tal como ha quedado reformado por la Ley 31399, puede llevar a más de una interpretación, la propia denominación de la Ley 31399, y la interpretación del referido precepto en sistemática con el artículo 44 de la misma Ley 26300 (tal como ha quedado reformado), permite llegar a la conclusión de que el legislador no ha tenido la intención de que toda iniciativa que se quiera someter al referéndum deba ser tramitada según el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución, sino solo aquellas materias que supongan una reforma de la Constitución. Es este el sentido interpretativo que corresponde asignar en conjunto a los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, una vez



reformados por la Ley 31399, y es el sentido interpretativo cuya constitucionalidad corresponde analizar.

3. En otras palabras, la norma (sentido interpretativo) derivada de las disposiciones (textos) contenidas en los artículos 40 y 44 de Ley 26300, reformados por la Ley 31399, cuya constitucionalidad se encuentra sometida a juicio en este proceso es la siguiente: ***Toda iniciativa de reforma de la Constitución debe ser tramitada de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución.***
- II. ¿Quién y cómo se puede llevar a cabo una reforma constitucional? Sobre la imposibilidad de acudir a un referéndum directo para reformar la Constitución.**
4. Un primer argumento orientado a sostener que una norma que establece que toda iniciativa de reforma de la Constitución debe ser tramitada siguiendo el procedimiento establecido en su artículo 206, es compatible con la Constitución consiste en remarcar su quasi identidad semántica con lo que establece el propio artículo 206 de la Norma Fundamental. En efecto, el referido precepto establece lo siguiente: “**Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso** con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. (...)" (subrayado agregado).
5. Así pues, ateniéndose a la literalidad del precepto, este establece que, con prescindencia de la característica intrínseca que ostente la iniciativa de reforma constitucional y con prescindencia de por cuál de las dos vías se decante el procedimiento para llevarla a cabo (con o sin referéndum ratificadorio), **toda reforma constitucional** debe ser aprobada por el Congreso.
6. Ciento es que el artículo 32, inciso 1, de la Constitución, establece que puede someterse a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución. Sin embargo, a la luz de principio interpretativo de unidad de la Constitución, en base al cual “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto” (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC, fundamento 12 a.), no es razonable asumir que el artículo 32, inciso 1, autoriza un camino distinto de los previstos

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

en el artículo 206 para reformar la Constitución, de modo tal que esta pueda ser reformada acudiendo directamente a un referéndum. Lo razonable más bien es asumir que el referéndum para reformar la Constitución al que alude el artículo 32, inciso 1, es justamente el referéndum al que alude el artículo 206, el cual ciertamente puede realizarse, pero mediando necesariamente la actuación del Congreso de la República.

7. Ahora bien, hasta aquí se ha desarrollado un argumento esencialmente literal (donde la Constitución dice “toda” es “toda”, no “algunas”) o, si se quiere, autoritativo, para respaldar la validez de la norma sometida a control en este proceso. Por cierto, se trata de un argumento que, no por literal, debe ser menospreciado. La claridad semántica de ciertos términos que utiliza la Constitución, a menos que también con claridad sean inconsistentes con otros, deben ser prudentemente atendidos por el intérprete constitucional, pues son aquellos en los que con mayor nitidez se trasluce la voluntad del Poder Constituyente, la cual no puede ser desatendida por ningún poder constituido, incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional.
8. No obstante, lo expuesto no debe ser confundido con la defensa de la tesis de que el juez constitucional -parafraseando a Montesquieu- debe ser algo así como “la boca muda que pronuncia las palabras de la Constitución”. Y es que la carga axiológica de la Norma Fundamental y la amplia gama de principios en ella reconocidos, exige siempre poner a prueba la corrección de los argumentos autoritativos a la luz de razones provenientes de los valores normativamente reconocidos en la Carta.
9. En ese sentido, tal como fundamentaré a continuación, la imposibilidad de que quepa la convocatoria a un referéndum directo para reformar la Constitución, no solo deriva de la semántica de lo ordenado por el artículo 206, sino también de un correcto entendimiento de cómo deben conjugarse los principios de soberanía popular y de democracia representativa, ambos de singular importancia en nuestro constitucionalismo.
10. La Constitución fue pionera en consagrar importantes mecanismos de democracia directa o semidirecta como el referéndum, la iniciativa legislativa popular, la remoción y revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31° de la Constitución); pero, a todas luces, sería un error considerar que ello convierte al Perú en una suerte de democracia plebiscitaria.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

11. Una de las características medulares del Estado Constitucional es situar en posición preponderante a los valores de la democracia y de la soberanía popular, pero en ningún caso por encima del valor del respeto por la dignidad humana. Por ello, el artículo 1 de la Constitución reconoce a este, y no a otro, como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Y de ahí que autorizada doctrina haya caracterizado a los derechos fundamentales emanados de la dignidad como “triunfos frente a la mayoría”¹⁹ o como un “coto vedado” para la democracia²⁰. El propio Kelsen llamaba la atención sobre la importancia de distinguir entre el “principio de la mayoría” y el “dominio de la mayoría”²¹.
12. Desde luego, ello no significa que exista *per se* una oposición conceptual entre la defensa del principio democrático y la defensa de los derechos. Significa tan solo que la moralidad subyacente a los derechos fundamentales no es dependiente de una decisión mayoritaria, sino de una racionalidad intersubjetivamente sustentable. Y, en no pocas ocasiones, el criterio de la mayoría puede encontrarse en abierta contravención al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.
13. Es por ello que el constitucionalismo siempre ha defendido la institucionalización de ciertas “ataduras al mástil” para poner a buen recaudo los principios fundamentales de la Constitución de los “cánticos de sirenas”, propios de los avatares de la política, que puedan ponerlos en riesgo²².
14. Algunas de tales limitaciones a las decisiones democráticas son de tipo sustantivo. La más evidente en nuestro sistema, y sobre la que volveré luego, es la imposibilidad de someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona (artículo 32 de la Constitución). Pero otras se desenvuelven dentro de la propia configuración constitucional del principio democrático.
15. En efecto, la preponderancia que el constitucionalismo le brinda a la democracia representativa por sobre la democracia directa, no obedece solo a razones de orden práctico u operativo; son también

¹⁹ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, traducción de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 37.

²⁰ Cfr. Garzón Valdés, E., *Consenso, racionalidad y legitimidad*, en: *Isegoría*, N° 2, 1990, p. 13 y ss.

²¹ Cfr. Kelsen, H., *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena/Leipzig, 1925, p. 31.

²² Cfr. Elster, J., *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

razones de orden axiológico. La democracia representativa tiene la ventaja de permitir, usualmente, una deliberación más institucionalizada y menos fragmentaria, sin dejar de ser plural. La institucionalización del discurso a través de la participación de los movimientos políticos representados en el Congreso, constituye un primer freno a aquellos requerimientos de una mayoría social no solamente muchas veces carentes de una previa deliberación, sino también en ocasiones consecuencia de previas manipulaciones por parte de algún gobernante de turno popular, pero poco apegado a los límites constitucionales.

16. Es esta la razón modular por la que el artículo 93 de la Constitución establece que, si bien los congresistas “representan a la Nación”, sin embargo, “[n]o están sujetos a mandato imperativo”, y es que el ejercicio de representación nacional no debe ser solo atendiendo a los requerimientos sociales, sino fundamentalmente y, sobre todo, a las exigencias constitucionales, en bien de la sociedad.
17. De esta manera, tal como ha señalado con suma precisión el Tribunal Constitucional,

[b]ien puede decirse que hemos ingresado -hace tiempo ya- a un escenario de “democratización de la sociedad” en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento.

No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas, facit legem* (La autoridad -no la verdad- hace la ley) (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0030-2005-PI /TC, fundamento 11).

18. Y en esa línea, se ha enfatizado que “[d]escartada la posibilidad de que una sociedad se rija de una vez y para siempre en base a la manifestación directa de su voluntad para la adopción de todas las decisiones que le atañen, es la democracia representativa el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Ella rige nuestro Estado social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45º

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

de la Constitución, en cuanto señala que ‘[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen’’’ (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0030-2005-PI/TC, fundamento 5).

19. De otro lado, un aspecto singularmente relevante en un ordenamiento es la necesidad de velar porque la Constitución sea un documento con vocación de perdurabilidad. La cualidad de “fundamental” de una Constitución suele ponerse a prueba por su duración y rigidez, por lo que, de no preocuparse ella de estos aspectos, y que, por el contrario, se muestre como débil frente a una eventual modificación, o que no se encuentre los suficientemente defendida frente a la posibilidad de la inserción de disposiciones contrarias a ella, puede suponer el cuestionamiento de esa característica²³. Esto no supone, desde luego, que se puedan bloquear nuevos desarrollos que sean más acordes con la realidad, pero invita a reflexionar sobre la posibilidad de una continua y recurrente capacidad directa del pueblo para reformar la Constitución, con todas las consecuencias que ello puede ocasionar en sociedades con una institucionalidad democrática frágil. Puede pensarse que en la medida en que el pueblo resulta el titular del poder constituyente originario, eso lo habilitaría a que, al margen de lo dispuesto en el ordenamiento preexistente, pueda activarse en un momento constituyente y dotar a la sociedad de una nueva Ley Fundamental. Sin embargo, es pertinente recordar que no resulta viable, desde el punto de vista jurídico, que el pueblo pueda accionar al margen de la Constitución, la cual lo limita.
20. Se podría objetar que esta posición resulta contraria a la idea del pueblo como titular indiscutible del poder constituyente. Considero que ello no es así. Nuestro modelo de democracia habilita la posibilidad que la ciudadanía pueda, a través de los representantes que ella misma elija, activar los mecanismos pertinentes para la elaboración de una nueva Constitución, si es que ella así lo considera. Y es que “[l]a característica más importante de los sistemas representativos, que permite a los votantes influir en las decisiones de sus representantes, es el carácter periódico de las elecciones. En efecto, las elecciones periódicas proporcionan uno de los incentivos

²³ Cfr. Fioravanti, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 80 y 81.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

claves a los que gobiernan para que tengan en cuenta a la opinión pública”²⁴.

21. Así, es en el desarrollo del acto electoral en el que, según nuestro actual modelo, la ciudadanía puede reflejar en sus preferencias políticas la posibilidad de un nuevo texto constitucional, y no a través de mecanismos ajenos a los procedimientos previstos en nuestra Ley Fundamental, la cual supone una auto-restricción vital para la preservación de un nivel mínimo de estabilidad institucional. Es por ello que, por lo general, resulta impensable la prevalencia de cualquier otro sujeto político al margen de lo previsto en la propia Constitución, sea que se trate de un monarca o del propio pueblo, el cual, “sólo en el Estado y en su constitución encuentra orden y forma y, por ello, capacidad de existir en el plano constitucional”²⁵. También se ha precisado, sobre ello, que existe “un flujo y reflujo entre democracia y constitución. Si la democracia opera en el entorno del sistema, es el propio sistema el que la encauza y desde cierto punto de vista intenta su aseguramiento”²⁶.
22. Esto es particularmente importante en el contexto de la política peruana de los últimos años, en los que la ciudadanía ha apreciado una crisis recurrente. Y es que, en medio de toda esa turbulencia, es posible identificar una mayoritaria expectativa porque se preserven los procedimientos constitucionales. En estos mismos términos se viene ratificando un sentido político común, según el cual lo único que puede evitar el colapso de la institucionalidad democrática, es el respeto de las reglas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico para el emprendimiento de cualquier cambio o actualización constitucional.
23. Así pues, que, de acuerdo a nuestro diseño constitucional vigente, una reforma constitucional deba ser aprobada por el Congreso antes de ser sometida a un referéndum, no solo deriva de la clara semántica del artículo 206 de la Constitución, incluso luego de interpretarlo en sistemática con el artículo 32, inciso 1, sino también de una razonable interpretación valorativa que, sin desmerecer la valía de los mecanismos de democracia directa, reconoce que estos son solo el complemento de la principal institucionalización del valor de la democracia en nuestro sistema, a saber, el principio de democracia representativa, el cual, tratándose de reformas a la

²⁴ Cfr. Manin, B., *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 2019, p. 215.

²⁵ Cfr. Fioravanti, M., *Constitución*, Trotta, Madrid, 2011, p. 137.

²⁶ Cfr. Ferreyra, R., *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2007, pp. 89 y 90.



Norma que recoge los valores esenciales de nuestro sistema, representa un primer límite a ciertas posiciones de la mayoría de la sociedad que puedan ponerlos en riesgo.

24. Desde luego, lo expuesto no significa que el propio artículo 206 de la Constitución no pueda ser objeto de reforma. Dentro de ciertos límites, ello es constitucionalmente posible. Uno de tales límites, por ejemplo, es que por vía de tal reforma no podría eliminarse la rigidez de la Constitución para convertirla en una Constitución flexible, pues con ello dejaría de ser suprema²⁷. No obstante, resultaría plenamente viable, por ejemplo, que a través de una reforma del artículo 206, se incorpore la posibilidad de convocatoria y elección de una Asamblea *ad hoc* para la elaboración de una nueva Constitución cuya aprobación sea luego ratificada vía referéndum. Tal reforma no eliminaría la rigidez constitucional y constituiría una alternativa plenamente compatible con los elementos esenciales que debe ostentar un procedimiento reforma de la Constitución.
25. Ahora bien, aún cuando se respete escrupulosamente el procedimiento de reforma constitucional estipulado en el artículo 206, existen límites materiales que toda reforma debe respetar para resultar constitucionalmente válida. De ello me ocupo a continuación.

III. Sobre los límites materiales al poder de reforma de la Constitución.

26. En los modernos Estados Constitucionales, la idea de “Constitución” no se reduce, únicamente, a la calidad de ser la norma jurídica suprema. En la actualidad, su contenido se encuentra asociado a la preservación de ciertos valores y principios fundamentales. Por ello, las constituciones bajo este paradigma se caracterizan por contar con una Constitución rígida que responde, además, a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, esto es, la limitación del poder y la garantía de los derechos²⁸. Esta precisión resulta fundamental, ya que aquella norma jurídica que se considere como suprema y que no reconozca dichos pilares fundamentales, no podrá ser considerada, en el sentido contemporáneo, como una verdadera “Constitución”. Sobre ello, se ha señalado que “[s]i la existencia de una constitución depende de la protección de ciertos derechos y de la

²⁷ Cfr. Bayón, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en: M. Carbonell y L. García (coordinadores), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 285 y ss.

²⁸ Cfr. Aguiló, J., *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra, Lima, 2010, pp. 51 a 53.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

separación de poderes, un intento de suprimir esos principios - aunque respete el procedimiento establecido para las enmiendas- no puede ser entendido como una mera enmienda; el mismo equivaldría a la destrucción de la constitución y no a su modificación, y resultaría en una constitución de contenido inconstitucional”²⁹.

27. Esto supone que cualquier pretensión relacionada con una posible supresión de estos valores deba ser oportunamente controlada no solo por parte de los órganos jurisdiccionales, sino que también amerita el deber de la ciudadanía de ejercer una vigilancia constante para la protección de su Norma Fundamental. En efecto, soy consciente que, en principio, es en el propio fuero de la política en el que se dilucidan esta clase de situaciones. Sin embargo, no han faltado experiencias en el derecho comparado en las que se ha advertido que la alternación del orden institucional se ha efectuado a través del uso de las herramientas que el propio sistema jurídico habilita. De esta manera, cierto sector de la doctrina se ha referido a la existencia, en algunos regímenes, de una suerte de “constitucionalismo abusivo”, el cual suele definirse como “el uso de mecanismos de cambio constitucional en aras de hacer a un Estado significativamente menos democrático de lo que era con anterioridad”³⁰.
28. En esta clase de escenarios, se ha facultado la intervención de la justicia constitucional para reparar el orden institucional quebrantado. La legitimidad de su control obedece a que, por lo mismo que la reforma constitucional se desarrolla en sede de un órgano de poder constituido, existe el riesgo que este también pueda ignorar los principios elementales del sistema democrático. Al respecto, se ha observado que el poder de reforma no puede emplearse para socavar el propio régimen constitucional, ya que la idea subyacente para su uso debe ser el de preservar a la propia Constitución, por lo que su estructura básica no puede dejarse de lado. En ese sentido, el poder de reforma, si se encuentra facultado para adoptar cualquier alteración del texto, podría incluir el poder de destruir a la propia Constitución³¹.
29. Es por ello que en los modernos Estados Constitucionales se hace una continua referencia al control judicial de las leyes de reforma

²⁹ Cfr. Colón-Ríos, J., *La constitución de la democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 117.

³⁰ Cfr. Landau, D., *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 26.

³¹ Cfr. Roznai, Y., *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 276 y 277.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

constitucional, lo cual, de hecho, también ha sido reconocido en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. Al respecto, el intérprete final de la Ley Fundamental ha precisado que “[l]as leyes de reforma constitucional son susceptibles de control de validez, debido a que, si bien la Constitución es creación de un Poder Constituyente, las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites formales y materiales establecidos en la Constitución” (Sentencia recaída en el expediente 0050-2004-PI, fundamento 4). Existe un consenso importante en relación con estos conceptos en la jurisprudencia del Tribunal, por lo que solo deseo efectuar algunas consideraciones concernientes a los límites materiales.

30. Por lo general, estos límites se encuentran asociados a principios como la soberanía popular, el pluralismo, la separación de poderes y los derechos fundamentales reconocidos y tutelados tanto a escala nacional como internacional. Esto no impide que, en virtud del propio desarrollo histórico de cada país, se inserten valores adicionales. Como bien ha señalado, Pedro de Vega, “[c]onsiderar [...] desde un criterio puramente normativista, y desde la lógica exclusiva de la legalidad, como únicos límites implícitos a la reforma de las normas de procedimiento, equivaldría a despojar al concepto de Constitución de toda significación política y de cualquier tipo de proyección histórica”³². Ahora bien, sin perjuicio de ello, es posible identificar una suerte de núcleo duro común, y que se relaciona con la necesidad de respetar y garantizar los derechos fundamentales de la persona, así como con la preservación del carácter democrático del ordenamiento, sobre el cual gira todo el andamiaje jurídico. Sin embargo, “para que esta construcción se mantenga, es necesario un corolario ulterior: la supremacía constitucional, que asegura continuidad y estabilidad al sistema y resulta imprescindiblemente relacionada con todos los elementos mencionados con antelación”³³.
31. Ahora bien, resulta fundamental entender que varios de los conceptos relacionados con la reforma constitucional fueron acuñados entre los siglos XVIII y XX. Esto implica que su origen se ha efectuado al margen de la evolución y los conceptos vinculados con el derecho internacional. De manera particular, el derecho

³² Cfr. De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 284.

³³ Cfr. Ragone, S., *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, D. F., 2012, pp. 199 y 200.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

constitucional contemporáneo no puede ser indiferente a los notorios progresos que se han advertido en el derecho internacional, particularmente luego de la Segunda Guerra Mundial y lo que supuso la necesidad de establecer límites al poder del Estado, el cual se había caracterizado por ser una entidad cuyos actos no eran objeto de control. Por ello, considero que cualquier reflexión actual sobre los límites materiales de la reforma constitucional debe incluir, imperiosamente, un riguroso análisis sobre el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos locales. De hecho, en la doctrina francesa ya destacaba el jurista Louis Favoreau que era posible distinguir una supraconstitucionalidad interna, o concretada en principios constitucionales que debe cumplir el poder de reforma constitucional; de una supraconstitucionalidad externa, “referida a contenidos o estándares internacionales o supranacionales a los que debe ajustarse el poder constituyente”³⁴.

32. La reformulación de estos conceptos propios del Derecho Constitucional de los siglos XVIII a XX obedece a que, como bien ha anotado Ferrajoli, conceptos como el estado de derecho, la democracia, la legislación o incluso la propia constitución “se desarrollaron y modelaron históricamente dentro de los espacios de los estados nacionales, en los que derecho y política continúan preferentemente anclados todavía. Y por eso corren el riesgo de convertirse en cascarones vacíos de contenido desde el momento en que tanto el estado como la política han abandonado en gran parte las sedes representativas y constitucionalmente vinculadas de los estados”³⁵. En la actualidad, los Estados y sus respectivos ordenamientos ya no se comportan como entidades autárquicas, indiferentes a cualquier interés general y colectivo, sino que suelen encontrarse identificados con el cumplimiento de los principios propios de la comunidad internacional³⁶. Del mismo modo, las constituciones estatales ya no pueden regular la totalidad de los fenómenos normativos, ya que la comunidad internacional ha ido adquiriendo un mayor protagonismo y responsabilidad para afrontar problemáticas que ya no pueden ser resueltas de forma aislada por los Estados, como ocurren en el caso de la protección de los derechos fundamentales de la persona. No sorprende, por ello, que

³⁴ Cfr. Ugartemendia, J. y Donaire, F., *La triple justiciabilidad de las reformas constitucionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 277.

³⁵ Cfr. Ferrajoli, L., *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018, p. 71.

³⁶ Cfr. Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 232.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

se haya hecho referencia a un fenómeno progresivo de “constitucionalización de la comunidad internacional”³⁷.

33. En este orden de ideas, estimo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone un límite al proceso de reforma material, sea que se trate de una de carácter parcial o total. Por lo general, en nuestro ordenamiento se ha apelado a la Cuarta Disposición Final y Transitoria y al principio de interpretación de unidad de la Constitución para optimizar el contenido de los derechos reconocidos en nuestra Ley Fundamental. Sin embargo, es también pertinente recordar que su contenido normativo puede ser empleado para controlar eventuales escenarios en los que el uso de la reforma se emplee con la finalidad de implementar cambios que generen regresiones en el ámbito de los derechos³⁸.
34. Por otro lado, la existencia de límites actuales al poder constituyente en virtud del derecho internacional se materializa, sin duda alguna, en las denominadas normas *ius cogens*, las cuales se caracterizan por ser aceptadas y reconocidas como imperativas por la comunidad internacional de estados, y que, por ello mismo, no tienen un límite geográfico para su aplicación³⁹. En la evolución actual del derecho internacional, se ha reconocido como normas *ius cogens* a la prohibición del genocidio, la esclavitud, y la discriminación racial. En el conocido caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia se refirió, de forma general, al respecto de los “derechos básicos de la persona humana”, aunque no ha tenido la oportunidad de efectuar alguna precisión adicional respecto de este último supuesto⁴⁰.
35. Ahora bien, esta referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como límite material a la reforma constitucional obedece a que, desde hace una considerable cantidad de tiempo, en los ordenamientos jurídicos suelen existir principios que han adquirido un particular nivel de autonomía, y que son reconocidos como válidos debido a sus méritos intrínsecos “y no por el hecho que

³⁷ Cfr. Peters, A., “Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales”, en: A. Peters y otros (editores), *La constitucionalización de la Comunidad Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 209.

³⁸ Cfr. Quesada, L., “Reforma constitucional y estándares internacionales de derechos humanos”, en: B. Aláez (coordinador), *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, ob. cit., p. 165.

³⁹ Cfr. Casado, R., *Notas sobre el ius cogens internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999, p. 36.

⁴⁰ Cfr. Diez-Picazo, L. M., “Límites internacionales al Poder Constituyente”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 76, 2006, p. 16.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

cierta autoridad humana, divina o convencional los prescribió a través de actos lingüísticos registrados en ciertos documentos”⁴¹. El consenso que han generado estos principios básicos del ordenamiento ha generado que se delibere sobre una eventual “globalización de las constituciones estatales”, y ello con el fin de graficar el fenómeno de la expansión progresiva de los derechos humanos en diversas jurisdicciones y familias jurídicas⁴². Ello implica que, así como es posible aludir a una “constitucionalización de la comunidad internacional”, también resulta necesario entender que existe una actual tendencia a la internacionalización de los ordenamientos estatales, lo cual implica que, además de la comunidad internacional, sean los propios Estados los que inserten en su derecho interno todos aquellos principios y derechos sobre los que existe un importante de aceptación a nivel global respecto de la necesidad de su protección⁴³.

36. Esto supone que, en nuestro modelo, la evaluación de los límites a la reforma también se efectúe desde la perspectiva de lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como de los estándares efectuados por los principales tribunales y organismos internacionales. En ese sentido, debe existir una suerte de tendencia a la “amabilidad de la ley internacional” o a la apertura hacia la ley internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*), ya que ello refleja la conexión entre el derecho interno y el internacional, fórmula que, en los modernos Estados Constitucionales, resulta indisoluble. No sorprende, por ello, que la Corte Interamericana haya habilitado a favor de los Estados la posibilidad de efectuar el denominado “control de convencionalidad”, a fin de determinar si es que el ordenamiento nacional resulta conforme con las pautas fijadas en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Desde luego, el empleo de esta clase de criterios también puede ser efectuado por los tribunales para optimizar el nivel de tutela que emplean nuestras cláusulas constitucionales.
37. Por otro lado, otro límite material a la reforma constitucional se relaciona con la “identidad constitucional”. Inicialmente, este concepto fue empleado por diversas cortes constitucionales europeas para referirse a la existencia de principios constitucionales que no

⁴¹ Cfr. Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 18.

⁴² Cfr. Krisch, N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 8.

⁴³ Cfr. Nikken, P., “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno”, en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 53, 2013, p. 17.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

podían ceder incluso frente al proceso de integración del derecho comunitario. Sin embargo, también se ha destacado su uso como límite material al proceso de reforma. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que

[a]unque 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 omnicomprendiosa 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 (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0014-2002-PI/TC, fundamento 75).

38. De este modo, la identidad constitucional alude a aquellos principios que se relacionan con la esencia del texto constitucional, y sin la cual no es posible identificarla como tal. Esto implica, en primer lugar, que las constituciones se caracterizan, en todos los casos, por referirse a ciertos contenidos mínimos que resulta indispensable precisar, lo que ocurre, como se ha mencionado, con el caso del principio democrático, la soberanía popular o la tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, la identidad también se vincula con un componente “nacional”, en la medida en que cada Estado cuenta con un conjunto de experiencias sociales, políticas e históricas que lo hacen singular frente a la comunidad internacional. Esto implica que, contra lo que pudiera creerse, la identidad constitucional también ostenta un elevado carácter dinámico y adaptable, ya que alude a aquello que es perdurable y que desea ser resguardado del acecho de mayorías que sean provisionales o temporales⁴⁴.
39. En el caso de la Constitución de 1993, es también necesario precisar que el artículo 44 también puede ser considerado como un componente fundamental de su identidad, y ello en la medida en que precisa los deberes fundamentales que le corresponden al Estado peruano, entre los que se precisa a la defensa de la soberanía nacional; la garantía de la plena vigencia de los derechos humanos, o a la protección de la población frente a posibles amenazas contra su

⁴⁴ Cfr. Jacobsohn, G., “Constitutional Identity”, en: *The Review of Politics*, N° 68, 2006, p. 372.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

integridad. Es natural que nuestra Ley Fundamental se refiera a esta clase de principios o derechos, ya que ellos suelen ser indispensables para la garantía de la vigencia de la propia constitución.

40. Ahora bien, considero necesario precisar que, a mi juicio, estos límites al poder de reforma de la Constitución, son aplicables a toda reforma, es decir, tanto a la reforma parcial como a la reforma total.
41. La diferencia entre la reforma total y parcial de la Constitución no reside en que por vía de la primera se destruye el Estado Constitucional y por vía de la segunda no, por el sencillo motivo de que ni una ni otra puede violar los límites materiales o núcleo duro de nuestra Constitución histórica.
42. A mi juicio, la reforma total de la Constitución alude a la refundación normativa, más no material o sustantiva de nuestro Estado Constitucional. Es decir, a la posibilidad -por razones políticas, de conveniencia social, o de otra índole semejante- de derogar la Constitución de 1993 y reemplazarla, como fuente formal fundamental del sistema jurídico, por una nueva Norma Fundamental, pero que, como no podía ser otra manera, respete, cuando menos, los elementos identitarios de nuestro constitucionalismo histórico y, ciertamente, el *ius cogens* internacional. Y así, en contrapartida, la reforma parcial de la Constitución, alude a aquella que, siempre respetuosa del núcleo duro, reforme determinados aspectos de la Constitución vigente.
43. Ahora bien, así las cosas, aunque siempre respetuosa de los principios fundamentales, como se decía, siquiera desde un punto de vista normativo, la reforma total no deja de ser un acto refundacional y, por ende, suscitada por episodios políticos y sociales de extraordinaria trascendencia.
44. En tal escenario, tal como está regulado el procedimiento de la reforma en la Constitución vigente –es decir, en la hipótesis de que no se realice una reforma del propio artículo 206 para dicho cometido- la participación del Congreso me parecería necesaria, pero no suficiente. Y es que no puede dejarse de considerar que, si bien el pueblo en el Estado Constitucional también es un poder constituido, es de él de quien emana todo poder; es políticamente el mandante y el representado, aun cuando jurídicamente existan mandatarios y representantes, y la elaboración y aprobación de una nueva Constitución, que inexorablemente establecerá la defensa de cada persona del pueblo como su fin supremo, en tanto acto

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. N.º 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

normativamente refundacional, no puede prescindir de su participación.

45. En definitiva, a menos que medie reforma del artículo 206 de la Constitución, a mi juicio, de conformidad con la Constitución vigente, existe solo un procedimiento que cumpliría con las exigencias axiológicas para hacer válida una reforma total de la Constitución: que sea aprobada por el Congreso con cuando menos la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum.
46. Así pues, en conclusión, considero que la reforma introducida en los artículos 40 y 44 de Ley 26300, reformados por la Ley 31399, que establece que toda iniciativa de reforma de la Constitución debe ser tramitada de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución, no resulta inválida pues se limita a reiterar lo que ya deriva literal y axiológicamente de la Norma Fundamental vigente. Sin perjuicio de lo cual es conveniente precisar que ninguna reforma, sea total o parcial, puede afectar los límites materiales al poder de reforma.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Con relación a la sentencia en mayoría, con el debido respeto a los integrantes del Colegiado, expreso mi discrepancia y formulo voto singular en el sentido de que se debe **DECLARAR FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31399, en base a los fundamentos que expongo a continuación:

Soberanía del pueblo: el poder constituyente originario y el poder constituido o derivado

1. En primer lugar, debemos referirnos a la *soberanía* que según Mateucci se define como:

[...] poder de mando en última instancia en una sociedad política y, consiguientemente, para diferenciar a esta de otras asociaciones humanas, en cuya organización no hay semejante poder supremo y no derivado. Por lo tanto este concepto está estrechamente ligado al de poder político: en efecto, la soberanía quiere ser una racionalización jurídica del poder, en el sentido de transformar la fuerza en poder legítimo, el poder de hecho en poder de derecho⁴⁵.

2. Así, actualmente se la conceptúa como el poder originario y supremo del Estado para organizarse como tal, dictar y modificar su Constitución Política, dirigir su desarrollo interno y sus relaciones con los demás Estados y organizaciones y proteger la existencia y los derechos de su población, la integridad de su territorio y la autonomía del ejercicio de sus poderes, sin hallarse sometido a ningún poder extraño⁴⁶.

⁴⁵ MATTEUCCI, Nicola, *El Estado Moderno. Léxico y exploraciones*, Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 87.

⁴⁶ RÍOS ALVAREZ, Lautaro, La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile, En: *Estudios Constitucionales*, año 15, núm. 2, 2017, pp. 176-177. Cabe señalar que como afirmó Aníbal Quijano: “En el momento en el que se hace la llamada Emancipación, no llegaban ni al 10% los que heredan y asumen el control de eso llamado Estado-nación [...] No en el Perú, donde en el siglo XIX ni siquiera logramos tener un Estado central, aunque no fuera moderno, ni nacional ni democrático. Por ejemplo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

3. En ese sentido, el centro de la gravedad de la titularidad de la soberanía radica en el pueblo, desde la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 (“*We, the people...*”): o en la nación, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de los representantes del pueblo francés de 1789⁴⁷.
4. En esa dirección, el artículo 44 de la Norma Suprema establece que son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.
5. En el mismo sentido, el artículo 138 de la Constitución, en su primer párrafo declara que la potestad de administrar justicia *emana del pueblo* y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
6. Como señala Burdeau, el núcleo esencial de la soberanía radica en el poder constituyente: *El carácter esencial de la soberanía es la posesión del Poder Constituyente*⁴⁸.
7. Sobre el concepto de soberanía, Colón Ríos precisa la relación y diferencia entre soberanía y el poder constituyente:

La soberanía, en el contexto de la creación constitucional, generalmente se entiende como el poder de transformar cualquier voluntad en derecho. Una entidad soberana puede transformar en derecho una voluntad legislativa, judicial o ejecutiva, es decir, no está sujeta a la separación de poderes. *El poder*

la servidumbre no ha sido extinguida en este país sino a fines de los años 60 del siglo pasado [...]. En: *Vivir adentro y en contra. Colonialidad y descolonialidad del poder*, Universidad Ricardo Palma/Editorial Universitaria, Lima, 2022, p. 69.

⁴⁷ Ibídем, p. 170.

⁴⁸ BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 46.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

constituyente es un elemento de la soberanía pero no es la soberanía. La soberanía siempre le pertenece al soberano (al pueblo soberano), pero como el pueblo no puede reunirse y ejercerla lo hace a través de determinadas instituciones⁴⁹.

8. La primera Constitución peruana de 1823 asumió la noción de *Nación* como fuente de legitimidad del poder, que la delegaba sus representantes en su artículo 3:

La soberanía reside esencialmente en la Nación; y su ejercicio en los Magistrados a quienes ella ha delegado sus poderes.

9. Como señala Colón Ríos, la abolición del mandato imperativo a los parlamentarios adoptada por la Asamblea Constituyente francesa de 1791 se basó en el rechazo de la idea de Rousseau de que la soberanía le pertenece al pueblo y en el triunfo de la soberanía de “la Nación” (entendida como una entidad abstracta con una voluntad distinta, y en ese caso prevalecer, sobre el pueblo)⁵⁰.
10. Sin perjuicio de ello, en su artículo 27 la Constitución de 1823 declaró que el gobierno era de carácter popular y representativo. Por cierto, se trató de una democracia censitaria en la que se exigía para ser ciudadano tener una propiedad o ejercer cualquier profesión o arte con título público, o ocuparse en alguna industria útil sin sujeción en clase de sirviente o jornalero (artículo 17, numeral cuarto).
11. La Constitución de 1826, fue la primera en reconocer expresamente que la fuente de la soberanía se origina en el pueblo. Así, en su artículo 8 declaró:

La Soberanía emana del pueblo, y su ejercicio reside en los Poderes que establece esta Constitución.

⁴⁹ COLON RÍOS, Joel, “El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376”. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 50, septiembre-diciembre 2021, p. 81.

⁵⁰ Ibídem, p. 80.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

12. Cabe señalar que el texto fundamental de 1993 utiliza de manera diferenciada los conceptos de Nación y pueblo. Con relación a la representación política y el mandato parlamentario, siguiendo a Sieyès, declara en el artículo 93 que los Congresistas representan a la Nación. Sin embargo, este Colegiado los asume de manera indistintamente en el fundamento 7 de la STC Exp. 0006-2017-PI:

El artículo 93 de la Constitución establece que los congresistas representan a la Nación. De ello se desprende que la razón de ser del Congreso es asegurar la soberanía representativa del pueblo, o, lo que es lo mismo, representar la voluntad popular. En general, la representación puede ser entendida como aquella que determina el reemplazo de un sujeto (representado) por otro (representante). En el plano político, la representación es la forma de expresión hacia afuera del poder político y, por tanto, es el elemento formal de su legitimidad.

13. Actualmente, la noción de *pueblo* como fuente de legitimidad del poder fluye desde el Preámbulo que declara que la Constitución es una derivación del “mandato del pueblo”; el artículo 3 que declara entre los derechos fundamentales implícitos o innominados a los derivados de los principios de la “soberanía del pueblo”, y particularmente del artículo 45 que preceptúa, en su primer párrafo, que el poder supremo de la soberanía está definido como soberanía popular:

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

14. Así, este Colegiado en la STC Exp. 0030-2007-PI/TC, “*Caso Barrera Electoral*” concluyó en el fundamento 5, que consiguentemente, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

soberanía popular y el principio jurídico de la supremacía constitucional.

15. Sobre el concepto del pueblo, descartamos que sea una mera ficción o un ícono, como pretenden posiciones elitistas que rechazan a los mecanismos de la democracia participativa. Así, recurrimos a Heller en su *Teoría del Estado*:

A pesar de toda estas limitaciones y falseamientos, la localización jurídica de la soberanía en el pueblo no lo es, en absoluto, una mera ficción, sino una realidad política cuya importancia sólo se comprende cuando se concibe a la soberanía del pueblo como debe concebírsela, es decir, como un principio polémico de la división política del poder, opuesto al principio de la soberanía del dominador. Que este principio no se realice en forma pura en la vida política es cosa que sólo puede desilusionar al doctrinarismo. Por el contrario, sólo la ignorancia o la demagogia pueden negar que la soberanía del pueblo exprese un principio de estructura de la división política del real del poder. Pues es siempre un hecho que, al contrario de lo que sucede en la autocracia, en el régimen democrático determinados círculos, más amplios o más reducidos, del pueblo del Estado disponen de un poder político eficaz que se revela prácticamente sobre todo, en el nombramiento, revocación y control de los dirigentes políticos. Constituye singularmente una realidad política de máxima importancia práctica en el que la organización democrática, con su división de poderes y garantía de los derechos fundamentales, limite eficazmente el poder político de los dirigentes mediante preceptos constitucionales, asegurando a todos los miembros del pueblo del Estado sin excepción una suma, muy variable,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

ciertamente, en la realidad de ‘libertades’, es decir, de poder social y político⁵¹.

16. Nuestro Tribunal Constitucional ha seguido en gran medida la doctrina de Sieyès como señaló en el fundamento 63 de la STC 014-2002-AI/TC, *Caso de la Ley de Reforma Constitucional*. Sieyès asumió que el poder constituyente es un plenipotenciario del pueblo, mientras que los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una misión regulada en sus lineamientos por la propia Constitución:

Esto permite anticipar que lo que se ha dado en llamar reforma constitucional, y que se encuentra atribuida a uno de los poderes constituidos, no puede ser igual a la función que ejerce el Poder Constituyente.

17. En *¿Qué es el Tercer Estado?* Sieyès diferenció las facultades del poder constituyente y de los poderes constituidos. Así, el poder constituyente es ilimitado a diferencia del poder constituido es limitado:

Los representantes ordinarios de un pueblo se encargan de ejercer en las formas constitucionales, toda esa porción de la voluntad común necesaria para el mantenimiento de una buena administración. Su poder, por tanto, se limita a los asuntos de gobierno [...] Un cuerpo de representantes extraordinarios sustituye a la asamblea de esa nación. No requiere, sin duda, la plenitud de voluntad nacional, y le basta un poder especial y excepcional, pero reemplaza a la nación independientemente de todas las formas constitucionales [...] Con esto no quiero decir que la nación no pueda conceder esta nueva comisión a sus representantes ordinarios. Las mismas personas pueden, sin duda, formar parte de diferentes cuerpos. Pero es fundamental reconocer que una

⁵¹ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 266.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

representación extraordinaria no tiene que ver con una legislatura ordinaria. Son poderes distintos. Esta última no puede actuar más que en las formas y en las condiciones que le son impuestas. La otra no está sometida a ninguna forma concreta; se reúne y delibera como haría la nación si, compuesta de un número reducido de individuos, quisiera dar una constitución a su gobierno [...]]⁵².

18. Así, Sieyès el 20 de julio de 1789 ante el Comité Constitucional de la Asamblea revolucionaria sostuvo que el poder constituyente originario no tiene límites:

El poder constituyente todo lo puede. No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo lo que a él mismo pudiera aceptar⁵³.

19. Por otro lado, la obra de Carl Schmitt distingue entre Constitución y las leyes fundamentales: la Constitución se conforma a partir de una *decisión política*, concreta del pueblo, como unidad preexistente y titular del poder constituyente, y por tanto, la idea de Constitución y el poder constituyente originario son asimilables. Así, sostiene en el contexto de la Constitución de Weimar que:

Es necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda normación reside una decisión política del

⁵²SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?* Biblioteca Virtual Omegalfa, 2019. Enlace: <https://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/que-es-el-tercer-estado.pdf>.

⁵³ Citado por Pedro DE VEGA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1988, p. 28.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía [...] Estas decisiones políticas fundamentales son, por lo que afecta a la Constitución de Weimar: la decisión a favor de la Democracia, adoptada por el pueblo alemán, en virtud de la existencia política como Pueblo; encuentra su expresión en el preámbulo (“el Pueblo alemán se ha dado esta Constitución”) y en el art. 1, 2: “El poder del Estado emana del Pueblo”; además la decisión a favor de la República y contra la Monarquía en el art. 1.1: El Reich alemán es una República”, la decisión a favor del mantenimiento de los Países, es decir, de una estructura de forma federal (si bien no propiamente federal) del Reich (art. 2); la decisión a favor de una forma fundamentalmente parlamentario-representativa de la legislación y el Gobierno; por último, la decisión a favor del Estado burgués de Derecho en la forma política de una República de estructura federal. La determinación del art. 17 C. a. que prescribe una Democracia parlamentaria para todas las Constituciones de los Países, contiene la corroboración de aquella decisión fundamental de conjunto a favor de la Democracia parlamentaria⁵⁴.

20. En consecuencia, para Schmitt si la Constitución se pretende sustituir también se modificaría la propia idea de pueblo. Lo reformable serían las leyes fundamentales, que configuran una dimensión subordinada a lo propiamente constitucional.
21. En esa misma dirección, acudimos en la doctrina a Nogueira, para quien el poder *constituido, instituido o derivado* no puede transformarse en poder constituyente:

El poder de reforma constitucional constituye un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, teniendo limitaciones formales y

⁵⁴ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 47-48.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

materiales. Como señala Zagrebelsky: el poder de revisión constitucional no es el poder constituyente, sino un poder constituido, sometido a la Constitución, aunque se trate “del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual”, el cual tiene límites, salvo que se manifieste como un *poder extra y contra ordinem*, lo cual es inadmisible en el marco del Estado Constitucional democrático. En tal supuesto, se convertiría en un poder constituyente originario que debiera recabar su legitimación en la voluntad del cuerpo político de la sociedad⁵⁵ (subrayado agregado).

22. Guastini distingue dos concepciones del poder constituyente, la sustancial y la formalista:

- (1) La concepción sustancial (o sustancialista). La primera respuesta, grosso modo, suena así: una Constitución es una totalidad coherente o cohesionada de valores ético-políticos. La identidad material (es decir axiológica) de toda Constitución yace precisamente en el conjunto de valores –o principios supremos– que la caracterizan y diferencian de toda otra Constitución,

Pues bien, una cosa es revisar la Constitución existente (en normas específicas) sin, no obstante, alterar su identidad material o axiológica, otra nueva Constitución. La primera es el ejercicio de un poder constituido (precisamente, el poder de revisión), la segunda es el ejercicio del poder constituyente.

⁵⁵ NOGUEIRA, Humberto, “Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”. En: *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 36, enero-junio de 2017, Universidad Autónoma de México, p. 333.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

(...)

(2) La concepción formal (o formalista). La Constitución no es más que un conjunto de normas. Ahora, un conjunto (cualquier tipo de conjunto) puede identificarse –extensionalmente– por la simple enumeración de los elementos que lo componen⁵⁶.

(...).

23. En la concepción sustancial, poder constituyente es aquel poder, sea cual fuere su modo de ejercicio, que expresa la “*decisión política fundamental*”, en términos de Schmitt.

La sentencia del Caso Ley de Reforma Constitucional: hilo conductor de nuestro análisis

24. Este Colegiado ya se pronunció sobre los alcances del artículo 206 de la Norma Suprema en la STC Exp. 014-2002/AI, *Caso Ley de Reforma Constitucional*, en la que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley N° 27600, norma jurídica que otorgó al Congreso de la República facultades para una reforma total de la Constitución y que habilitaba a su Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales para proponer un proyecto de reforma total de la Constitución.

25. El argumento central de la demanda sostuvo que el Congreso de la República al atribuirse el poder de abrogar y sustituir por otra Constitución vigente, sin que ésta lo haya facultado expresamente para ello, dio un golpe de estado parlamentario y actuó como un poder arbitrario sin límite constitucional alguno. Argumentó que la Constitución Política no faculta al Congreso de la República para abrogarla o sustituirla por otra, sino solamente para modificarla; por consiguiente, la Ley 27600 al habilitar la abrogación de la Constitución para sustituirla por otra, contraviene la Constitución por el fondo.

⁵⁶ GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del Derecho*, Editorial Científica Peruana, Lima, 2016, p. 307 y sigts.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

26. Este Supremo Tribunal acudió a la doctrina sustentada por Böckenforde para definir al Poder Constituyente. Así, en el fundamento 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, "11 potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale", en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *JI 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 (subrayado agregado).

27. Así, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda con los votos de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, declaró infundada la demanda y desarrolló diversos conceptos sobre la reforma total de la Constitución, el poder constituyente y los poderes constituidos, los límites del poder de reforma constitucional, entre otros.
28. Este Colegiado asumió la tesis que se desarrolla en los fundamentos 100 a 120 en la Sección VIII de la sentencia (*Los alcances de la 'constitucionalización' de la reforma total de la Constitución*) **que el Congreso no está habilitado para reformar totalmente la Constitución –o sustituirla-** pero sí puede deliberar y proponer un proyecto de reforma total de la Constitución. Así, en el fundamento 114 sostuvo que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

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

29. Como señala en la doctrina nacional, Velásquez Meléndez, el Supremo Tribunal incurrió en una contradicción argumentativa insalvable: (“el Congreso no tiene competencia para la reforma total sustituyente, pero tiene competencia para tramitar ese asunto”), se incurrió en la manifiesta arbitrariedad de pretender crear por la vía pretoriana, una competencia que –según reconoce- no tiene el Congreso: ser parte del procedimiento de aprobación de una Constitución sustituta⁵⁷.
30. El magistrado Aguirre Roca -quien creó derecho desde la disidencia- suscribió un voto singular que asumimos en esta sentencia como plenamente vigente. Sostuvo que **no es viable jurídicamente la reforma total de la Constitución o crear una Constitución nueva, sin la participación y deliberación del poder constituyente originario:**

En efecto, el artículo 206 de la Constitución sólo permite reformas constitucionales que no exijan la participación ni la aprobación del pueblo, esto es, del destinatario 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

⁵⁷ VELÁSQUEZ, Raffo, *Sustitución y reforma de la Constitución*, Zela, Lima, 2021, p. 125.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

apoyo de más de dos tercios del número legal de sus miembros) no es necesaria ya 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 del poder constituyente originario.

La reforma total de la Constitución

31. Aguirre Roca fue preciso, en su voto singular en el *Caso de Ley de Reforma Constitucional*, en el sentido que el Congreso no está constitucionalmente habilitado para la reforma total de la Constitución, por cuanto constituye una atribución exclusiva del poder constituyente originario. Siguiendo a Schmitt considera que las reformas constitucionales no pueden exceder las decisiones políticas fundamentales que dan continuidad e identidad a la Constitución:

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

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 imperio temporal ininterrumpido), pero nada más. Si se trata de elaborar el texto para una nueva, 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.

32. Si acudimos a la interpretación histórica del artículo 206 de la actual Norma Suprema, tenemos que recurrir al debate constituyente de 1993. Así, el constituyente de la mayoría, Torres y Torres Lara sostuvo que la primera alternativa de reforma constitucional era su aprobación por el Congreso y su ratificación por el pueblo en un referéndum y que la segunda, sólo para temas de menor relevancia - que no definió- era que el Congreso la apruebe, en dos legislaturas sucesivas, con dos tercios de la votación:

Ha pesado, fundamentalmente, el criterio de que podía haber algunos temas que no exijan, por su menor importancia y por su evidente coincidencia, la necesidad de un referéndum⁵⁸.

33. En consecuencia, para el constituyente de 1993 la regla general de la reforma constitucional exige el referéndum, siguiendo el discurso oficial de que el sello emblemático de la Constitución de 1993 era la democracia directa. Sin embargo, el texto aprobado en los hechos – como señaló Aguirre Roca en su voto discrepante- habilita al Congreso para eludir esa vía de la democracia participativa, con la fórmula de la aprobación de la reforma en dos legislaturas sucesivas, con el voto de los dos tercios del número legal de congresistas.

⁵⁸ Debate Constitucional Pleno 1993, Tomo III, Publicación Oficial, Lima, 2003, p. 2018.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

34. Como cuestión previa es preciso citar a Lowenstein sobre la pregunta: ¿cuáles son los órganos estatales autorizados, o en su caso obligados a tomar la iniciativa de reforma y llevarla adelante?

La ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea monopolio de un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida que sea posible. Todos los detentadores legítimos del poder –gobierno, Parlamento y el pueblo organizado como electorado- deben poder participar en ella. A través del más amplio consenso y, con ello, la más elevada legitimidad. Si se permite expresar el problema de la situación del *pouvoir constituant* en forma máxima, se podrá decir: soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional (subrayado agregado)⁵⁹.

35. A la fecha, la Constitución Política de 1993 ha sido objeto de 26 leyes de reforma constitucional. Solo tres de las precitadas leyes fueron ratificadas por el electorado mediante referéndum, como dispone el artículo 206 de la Constitución (vale precisar que estas tres leyes fueron aprobadas en una sola fecha, en el “Referéndum 2018”), mientras que las 23 leyes restantes han sido deliberadas y aprobadas en doble votación calificada, por decisión del poder constituido del Congreso.

Ley de reforma constitucional	Fecha de publicación	Modificación realizada	Modalidad de reforma
Ley N.º 26470	12-06-1995	Se modifica el artículo 200 relativo al proceso constitucional de	Doble votación

⁵⁹ LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 172.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

		<i>habeas data.</i>	
Ley N.º 26472	13-06-1995	Se modifica el artículo 70 relativo a la participación ciudadana en el canon.	Doble votación
Ley N.º 27365	05-11-2000	Se reforma el artículo 112 relativo a la reelección presidencial. Y se incorporan dos Disposiciones Transitorias Especiales que acortan los mandatos presidencial y parlamentarios iniciados el año 2000.	Doble votación
Ley N.º 27680	07-03-2002	Se reforma íntegramente el capítulo XIV (del artículo 188 al artículo 199) sobre Descentralización.	Doble votación
Ley N.º 28389	17-11-2004	Se modifican los artículos 11 y 103. Y se incorpora la Primera Disposición Final y Transitoria que declara cerrado el régimen pensionario del Decreto Ley N.º 20530.	Doble votación
Ley N.º 28390	17-11-2004	Se modifican los artículos 74 y 107 que facultan a los Gobiernos Regionales con nuevas atribuciones	Doble votación

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

		(creación de tributos e iniciativa legislativa).	
Ley N.º 28480	30-03-2005	Se modifican los artículos 31 y 34 sobre el derecho al voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.	Doble votación
Ley N.º 28484	05-04-2005	Se modifican los artículos 87, 91, 92, 96 y 101, adecuando la denominación de la entonces Superintendencia de Banca y Seguros (actual “Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones”)	Doble votación
Ley N.º 28607	04-10-2005	Se modifican los artículo 91, 191 y 194 sobre irrenunciabilidad del cargo de Presidente de Gobierno. Regional, Alcaldes, Regidores y otros funcionarios. Se establece requisito para postular a cargo de Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista y otros funcionarios.	Doble votación

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

Ley N.º 29401	08-09-2009	Se modifican los artículo 80 y 81 sobre el procedimiento de aprobación de la Ley de Presupuesto.	Doble votación
Ley N.º 29402	08-09-2009	Se modifica el artículo 90 relativo al número legal de Congresistas.	Doble votación
Ley N.º 30305	10-03-2015	Se modifican los artículos 191, 194 y 203 sobre reelección inmediata de autoridades de Gobiernos Regionales y Alcaldes.	Doble votación
Ley N.º 30558	09-05-2017	Se modifica el artículo 2, inciso 24, literal f) relativo a la detención policial.	Doble votación
Ley N.º 30588	22-06-2017	Se incorpora el artículo 7-A relativo al derecho fundamental al agua potable.	Doble votación
Ley N.º 30650	20-08-2017	Se modifica el artículo 41 sobre la acción penal en caso de delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado que involucren a funcionarios o servidores públicos, y particulares.	Doble votación
Ley N.º 30651	20-08-2017	Se modifica el	Doble

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

		artículo 203, facultando al Presidente del Poder Judicial para interponer demandas de inconstitucionalidad.	votación
Ley N.º 30904	10-01-2019	Se modifican los artículos 154, 155 y 156, reemplazando al entonces "Consejo Nacional de la Magistratura" por la actual "Junta Nacional de Justicia".	Referéndum
Ley N.º 30905	10-01-2019	Se modifica el artículo 35 relativo al financiamiento de las organizaciones políticas.	Referéndum
Ley N.º 30906	10-01-2019	Se incorpora el artículo 90-A que impide la reelección inmediata de Congresistas.	Referéndum
Ley N.º 31043	15-09-2020	Se incorporan los artículos 34-A y 39-A que regulan requisitos para postular a cargos de elección popular o ejercer función pública.	Doble votación
Ley N.º 31122	10-02-2021	Se modifica el artículo 40 ampliando temporalmente la excepción de doble empleo para el personal médico especialista o	Doble votación

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

		asistencial de salud por razón de emergencia sanitaria	
Ley N.º 31118	06-02-2021	Se modifica el artículo 93 estableciendo el procesamiento por comisión de delitos comunes imputados a Congresistas durante el ejercicio de su mandato	Doble votación
Ley N.º 31280 ⁶⁰	16-07-2021	Se modifica el artículo 112 incorporando el “juicio de residencia” para el Presidente de la República y Gobernador Regional.	Doble votación
Ley N.º 31304 ⁶¹	23-07-2021	Se modifica el artículo 21 precisando los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación.	Doble votación
Ley N.º 31305 ⁶²	23-07-2021	Se modifica el artículo 2, inciso 5,	Doble votación

⁶⁰ Ley declarada inconstitucional por la sentencia recaída sobre los expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC (acumulados). La inconstitucionalidad de la presente ley se declaró debido a que fue aprobada en dos legislaturas creadas irregularmente.

⁶¹ Ley declarada inconstitucional por la sentencia recaída sobre los expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC (acumulados). La inconstitucionalidad de la presente ley se declaró debido a que fue aprobada en dos legislaturas creadas irregularmente.

⁶² Ley declarada inconstitucional por la sentencia recaída sobre los expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC (acumulados). La inconstitucionalidad de la presente ley se declaró debido a que fue aprobada en dos legislaturas creadas irregularmente.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

		incorporando nuevos supuestos para el levantamiento del secreto bancario.	
Ley N.º 31414	12-02-2022	Se modifica el artículo 21 en el particular relativo a los bienes culturales no descubiertos	Doble votación

36. La sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional* asumió clara e inequívocamente que el artículo 206 de la Constitución sólo habilita al Congreso para deliberar y aprobar reformas parciales de la Constitución vigente. El Congreso de la República no está habilitado para sustituir totalmente la Constitución, sino para modificarla o reformarla parcialmente. Así, en el fundamento 87 de la precitada sentencia, el Tribunal Constitucional declaró:

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 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 (...). (subrayado agregado).

37. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no asumió la interpretación literal, descontextualizada y ahistorical del artículo 206 de la Norma Suprema, que actualmente se invoca erróneamente para entender que la competencia del Congreso de la República para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

reformar la Constitución se refiere tanto a reformas parciales y totales, en base a la expresión: “*Toda reforma constitucional* debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros”.

38. En la doctrina, cabe citar a Guastini, quien recuerda que hasta lingüísticamente *reforma* significa rehacer, enmendar, corregir, reducir, pero no *sustituir*. En sentido material, reforma implica cambiar sin suprimir elementos de la identidad sustancial de la Constitución, pues implicaría sustituirla. En consecuencia, sostiene que la Constitución no es intangible en sus textos, pero sí es insustituible en sus principios o contenidos fundamentales⁶³.
39. En ese sentido, como distingue Guastini no se puede confundir el poder constituyente con el poder de reforma constitucional:

[...] El poder constituyente es un poder originario *extra ordinem*, mientras que el poder de revisión es un poder constituido, derivado. En ningún caso, un poder constituido puede sustituir al poder constituyente. Un poder de revisión que llegue a instaurar una nueva Constitución se convertiría en un genuino poder constituyente. La revisión constitucional- por definición- no puede, por consecuencia, llegar a sustituir la Constitución existente, alterando sus características esenciales⁶⁴.

40. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 27600, asumiendo la tesis de que conforme al artículo 206 de la Norma Suprema, el Congreso de la República puede deliberar y proponer un proyecto de nueva Constitución para que el poder constituyente originario del pueblo, mediante el referéndum, decida si lo acepta o rechaza, en aplicación del numeral 1 del artículo 32 que prevé que puede ser

⁶³ GUASTINI, Riccardo, *Discutiendo-Nuevos estudios de teoría y metateoría del derecho*, Zela, Lima, 2019, pp. 512-517.

⁶⁴ GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del Derecho*, op. cit., p. 359.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

sometido a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución.

41. Con el mismo criterio, si en última instancia lo determinante para la viabilidad de la reforma total *no es la aprobación por el Congreso sino la ratificación de lo aprobado por el poder constituyente originario*, mediante el mecanismo del referéndum, entonces no es consistente con la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, negar la posibilidad al amparo del artículo 32 de la Norma Suprema que se procese un referéndum de iniciativa popular para promover la reforma total o parcial la Constitución.
42. A mi juicio, esta tesis es errónea –como afirmó Aguirre Roca en su voto singular- por cuanto se está atribuyendo al poder constituido del Congreso el monopolio de la competencia para *deliberar y proponer* un nuevo texto fundamental o Constitución sustituta. El poder constituido o derivado nunca puede ser transformarse o sustituir al poder constituyente originario. La demanda contra la Ley 27600 debió ser declarada fundada.
43. En esa dirección, en la doctrina nacional acudimos a Blancas, quien afirma categóricamente que:

En efecto, conforme a la interpretación singular del TC, el referéndum para la reforma total es un referéndum de tipo institucional –porque es convocado por decisión del Congreso y no por iniciativa popular- integrativo-sucesivo-, y constitutivo-ratificatorio. Tal caracterización a la que conduce necesariamente la sentencia del TC, supone, como es obvio, la exclusión de la iniciativa popular como posible origen o fuente para la reforma total, o mejor dicho, la sustitución de la Constitución, consolidando en cambio, la posición de un poder constituido, como lo es el Congreso, a quien reserva la iniciativa de dicha reforma⁶⁵.

⁶⁵ BLANCAS, Carlos, *Derecho Electoral Peruano*, Palestra, Lima, 2020, pp. 214-215.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

44. En este punto, acudimos una vez más a Schmitt, quien afirmó que el legislador no puede modificar las *decisiones políticas fundamentales*:

[...] Que la Constitución puede ser reformada, no quiere decir que las decisiones políticas fundamentales que integran la sustancia de la Constitución pueden ser suprimidas y sustituidas por otras cualesquiera mediante el Parlamento. El Reich alemán no puede ser transformado en una Monarquía absoluta o en una República soviética por mayoría de dos tercios del Reichstag. El “legislador que reforma la Constitución”, previsto en el art. 76, no es en manera alguna omnipotente. La terminología que habla del “omnipotente” Parlamento inglés, irreflexiblemente repetida desde De Lolme y Blackstone y trasladada a todos los otros Parlamentos posibles, ha introducido aquí una gran confusión. Pero una resolución mayoritaria del Parlamento inglés no bastaría para hacer de Inglaterra en un Estado soviético. Sostener lo contrario ya sería, no una “consideración de tipo formalista”, sino igualmente falso desde los puntos de vista y jurídico. Semejantes reformas fundamentales no podría establecerlas una mayoría parlamentaria, sino sólo la voluntad directa y consciente de todo el pueblo inglés⁶⁶.

El derecho ciudadano al referéndum para la reforma total de la Constitución

45. Se debe resaltar la naturaleza de derecho fundamental del referéndum, reconocido como tal en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución, que declara que los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

⁶⁶ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 50.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

46. Si revisamos el debate constitucional de 1993 se comprueba que el derecho fundamental al referéndum fue introducido en términos muy amplios, precisamente para justificar la creación de un nuevo ordenamiento constitucional supuestamente más democrático. Así ante la intervención del constituyente Henry Pease, del Movimiento Democrático de Izquierda, quien reclamó para que se consagre clara y expresamente la iniciativa popular para promover el referéndum, la constituyente Martha Chávez, de la mayoría señaló que:

Simplemente, quiero aclarar un poco la preocupación del doctor Pease. No es que estén limitadas determinadas materias para efectos del referéndum. En el artículo 2 de este proyecto se señala que pueden ser sometidas a referéndum la reforma parcial o total de la Constitución y la aprobación o no de las normas con rango de ley. Por lo tanto, ahí no caben los tratados y caben cualesquiera otras normas.

La única limitación es que el referéndum no se admite para supresión de derechos fundamentales de una persona, para normas de carácter tributario y presupuestal, para los tratados en que ya es parte el Estado; o sea, lo que han sido ya suscritos, pero no los que puedan suscribirse o se pretenda suscribir luego⁶⁷ (subrayado agregado).

47. Queda claro que ningún momento del debate constituyente se asumió que el derecho a referéndum para la reforma parcial o total de la Constitución estaba supeditado o restringido al mecanismo de someter la iniciativa popular de reforma a su aprobación por el poder constituido del Congreso de la República. La verdad histórica es que Constitución de 1993 diseñó un régimen político en el cual uno de sus ejes axiales **es la coexistencia de la democracia representativa con la democracia participativa, en la cual el derecho al referéndum constituye un derecho fundamental que integra la**

⁶⁷ Debate Constitucional 1993, Comisión de Constitución y Reglamento, Tomo IV, Publicación Oficial, Lima, 1993, p. 2553.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

identidad sustantiva de la Carta Fundamental. Así, el constituyente de la mayoría, Matsuda Nishimura sostuvo:

(...) desde el primer artículo estamos incorporando una de las innovaciones sustantivas en el texto constitucional en comparación con la Carta Magna de 1979. Estamos introduciendo las instituciones de la democracia directa para que el pueblo mismo participe, precisamente en forma directa, en la toma de decisiones que lo puedan favorecer o afectar, de tal manera que se produzca una equitativa distribución del poder político y que éste no solo ejerza indirectamente a través de los representantes como nosotros, sino que la ciudadanía misma participe con todo derecho en los asuntos públicos a través del referéndum, de la iniciativa legislativa y de la demanda de rendición de cuentas (subrayado agregado)⁶⁸.

48. Este Supremo Tribunal en la STC Exp. 003-96-I/TC, *Caso Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 26592*, sostuvo en mayoría, con los votos de los Magistrados Nugent, Aguirre Roca, Díaz Valverde, Rey Terry y Revoredo Marsano que el derecho fundamental al referéndum no puede ser restringido por ningún órgano del sistema jurídico. Sin embargo, al no alcanzar los seis votos conformes exigidos por la Ley 26435, se declaró infundada la demanda. Así, la mayoría sostuvo:

Que, el referéndum es el procedimiento mediante el cual el pueblo o el cuerpo electoral decide en definitiva, y en forma directa algunas cuestiones relativas a la legislación; Que, mediante el referéndum el pueblo participa de la actividad Constitucional, legislativa o administrativa; colaborando directamente en la formulación o reforma de una norma constitucional o legislativa o en la formación de un acto administrativo. De esta manera, las funciones del Gobierno son ejercidas en

⁶⁸ Debate Constitucional Pleno 1993, Tomo I, Publicación Oficial, Lima, 1993, p. 559.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

forma directa por el pueblo sin la intermediación de otras Instituciones; Que, por los enunciados anteriores se considera al referéndum como el sistema de democracia directa, cuya iniciativa para realizarlo debe partir de un porcentaje del electorado o de los ciudadanos interesados en su realización; Que por las razones expuestas anteriormente se considera que el referéndum es uno de los derechos fundamentales del ciudadano, cuyo ejercicio no puede ser restringido, limitado o impedido por cualquier otra institución del contorno democrático; Que, el criterio preponderante atribuye al referéndum la naturaleza de ser decisivo, antes, que ratificatorio o aprobatorio, constituyendo así un acto decisivo autónomo, que sólo adquiere validez cuando se ha sometido a la votación popular, y ha sido adoptado por él; Que el artículo 2 de la Constitución en ella; su inciso 17 establece como un derecho fundamental de la persona el de participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social, y cultural de la Nación. Los ciudadanos, tienen, conforme a ley los derechos de elección de remoción, o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. De esta manera nuestra legislación, ratifica que el referéndum es un derecho fundamental de la persona, Que el artículo 31 de la Constitución, establece que los ciudadanos tienen, el derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades; Que, los ciudadanos tienen también, derecho al voto, al goce de su capacidad civil, agregando que el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años, siendo facultativo, después de esa edad. El mencionado dispositivo termina prescribiendo “Que es nulo, y punible todo acto que prohíba o limita al ciudadano el ejercicio de sus derechos”; Que, los derechos de participación y control ciudadanos han sido reglamentados por la ley 26300, que establece en su artículo 37 que el referéndum es el derecho de los ciudadanos para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consulte. Por su parte el artículo 38 establece que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10% del electorado nacional. Agrega dicha ley que si una iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada substancialmente por el Congreso, se podrá solicitar la iniciación del procedimiento de referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley; Que la ley 26592 establece que todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de los 2/5 de los votos del número legal de los miembros del Congreso; Que, la exigencia establecida en la Ley 26592 significa una manifiesta restricción, que puede, constituirse en impedimento para la realización del referéndum por lo que contraviene la disposición del artículo 31 de la Constitución, que como ya se ha indicado establece que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano en el ejercicio de sus derechos, puntuándose que si en el Congreso no se obtuviera los 48 votos en contra de la iniciativa legislativa el referéndum ya no puede realizarse; Que, consecuentemente a lo expuesto en los considerandos anteriores tiene que llegarse a la conclusión que la modificación contenida en la Ley 26592 desnaturaliza ampliamente las características del referéndum al condicionarlo a la intervención del Congreso, que aunque exige una votación minoritaria de todas maneras puede impedir su realización, contrariando la voluntad del pueblo, legítimo titular de este derecho, desvirtuando así el hecho de ser un sistema de democracia directa. Privando a los ciudadanos del derecho a la auto convocatoria a referéndum, derecho que no puede ser desconocido, y del que no se puede privar al electorado, tal como lo ha reconocido en el quinto considerando el Jurado Nacional de Elecciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

en su resolución N° 630-96-JNE de 30 de octubre de mil novecientos noventa y seis. No puede considerarse que la ley 26592 sea un simple requisito de una etapa previa, y susceptible de afectar el derecho de materia de esta acción, razón por la cual no es válida la argumentación, en este sentido, contenida en la contestación a la demanda o un acto de procedimiento para la realización de referéndum, ya que implica la intervención de un organismo ajeno a los ciudadanos que tienen derecho a realizar (...) (resaltado agregado).

49. La clara posición de la mayoría del Tribunal Constitucional en el sentido que el ejercicio del referéndum no puede ser restringido, limitado o impedido por cualquier órgano del Estado tiene su antecedente histórico en la Ley 26592, materia de pronunciamiento en esa sentencia, norma que frustró el referéndum en 1998, durante el régimen autoritario de Alberto Fujimori Fujimori, al establecer que el mecanismo de la democracia directa debía pasar previamente por el filtro de la aprobación de 48 Congresistas⁶⁹.
50. A nivel supranacional, el artículo 21, párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho de participar de la democracia directa:
 - 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.
51. En la misma dirección, el artículo 23, párrafo 1, literal a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

⁶⁹ TUESTA SOLDEVILLA, Fernando, “Perú: un referéndum para la reforma”. En: Fernando Tuesta y Yanina Wep (coords.), *El diablo está en los detalles. Referéndum y poder político en América Latina*, Fondo Editorial PUCP, Lima, p. 2020, pp. 245-246.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

52. Cabe señalar en el derecho comparado al artículo 138 de la Constitución de Suiza de 1999 que establece el derecho de iniciativa popular para la revisión completa de la Constitución Federal. Asimismo, el artículo 139 prevé ese mismo derecho para la revisión parcial.

53. En el presente caso, está en controversia los alcances del artículo 32, inciso 1 de la Constitución Política del Perú que establece:

Artículo 32

Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución.
(...)

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

54. Se debe distinguir entre el derecho a la iniciativa legislativa y el derecho al referéndum. Así, el primero está referido al derecho de presentar un proyecto de norma constitucional o un proyecto de ley; el segundo consiste en el inicio de un proceso para consultar al electorado la permanencia o no de determinada norma jurídica.

55. En ese sentido, la Constitución en su artículo 2, numeral 17 prevé que: “los ciudadanos tienen conforme a ley, el derecho de iniciativa legislativa”. Igualmente, el artículo 31 de la Norma Suprema declara que “los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos mediante iniciativa legislativa”. Asimismo, el artículo 107 establece que: “los ciudadanos tienen derecho a iniciativa legislativa conforme a ley”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

56. La Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos –LDPCC-, en su artículo 2 establece entre los derechos de participación de los ciudadanos se encuentra “la iniciativa de reforma constitucional, la iniciativa en la formación de leyes y la iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales”.
57. En el artículo 37 la LDPCC define al referéndum como “el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan”.
58. En esa dirección, el Jurado Nacional de Elecciones ha señalado sobre la iniciativa legislativa que:

[...] la iniciativa en la formación de las leyes es la facultad de presentar proyectos de ley con la finalidad de contribuir en la transformación del ordenamiento jurídico para favorecer el fortalecimiento de la democracia representativa, en la medida en que la ciudadanía coopera con la creación de normas (Auto del Exp. N° J-2016-0042, fundamento jurídico 1).
59. En consecuencia, como señala López Flores, cuando el artículo 206 de la Constitución consagra que *toda* reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso, sólo se refiere a las reformas que son promovidas por el Presidente de la República, los congresistas o por el 0.3% del electorado, como se precisa en el segundo párrafo del mencionado artículo⁷⁰.
60. Estas iniciativas en la formación de leyes se dirigen al Congreso de la República, órgano constitucionalmente habilitado para aprobarlas con el voto de más de la mitad del número legal de sus miembros. Si la iniciativa legislativa es aprobada por el Congreso de la República en dos legislaturas consecutivas, con votación superior a los dos tercios del número legal de Congresistas.

⁷⁰ LÓPEZ FLORES, Luciano, *Cuestión de (des) confianza: respuesta al Parlamento y la Convención Nacional de Reforma Constitucional*, Legis, Lima, 2019, pp. 44-46.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

61. Sostener que la decisión de deliberar la reforma total o parcial de la Constitución es competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República implica que el derecho fundamental al referéndum con esta finalidad se vaciaría de contenido esencial, deliberativo y participativo, lo que es contrario a una correcta y razonable interpretación en base al principio de unidad de la Constitución.
62. Hay que anotar que esta situación es particularmente grave cuando en la práctica constitucional históricamente el Congreso de la República ha eludido la aplicación de la vía participativa del referéndum para la reforma de la Constitución, como se detalla en el cuadro que aparece líneas arriba. Cabe señalar que en una situación de crisis institucional, desde la ciudadanía o la sociedad civil pueden promoverse iniciativas de reformas parciales de la Constitución que también pueden ser bloqueadas por la “muralla china” de una mayoría parlamentaria.
63. Como anota con claridad, Blancas, el artículo 32 de la Constitución:

[...] consagra un modelo de referéndum de tipo *facultativo, vinculante y de iniciativa popular*, es decir, que lo configura como un verdadero *derecho ciudadano*, como una fuente directa y alternativa de legislación no supeditada a la intermediación de los órganos legislativos y representativos [...] Al no haberse establecido un referéndum institucional y constitutivo-ratificadorio para la ‘reforma total’, como si lo hace el artículo 206 para la reforma parcial, es claro que el artículo 32.1, al referirse al referéndum para la ‘reforma total’ se ubica en la perspectiva del modelo que, en general, adopta la constitución, es decir el de un referéndum facultativo, de iniciativa popular y, en este caso específico, constitutivo-innovativo, en virtud al cual el pueblo tiene el derecho de iniciativa para la convocatoria de un referéndum sobre la reforma total de la Constitución sobre un proyecto de ésta contenido en dicha iniciativa sin necesidad de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

previa deliberación ni aprobación del mismo por el congreso⁷¹.

64. En esa misma dirección, se ubica la LDPCC, que en los artículos 11 al 16, identifica al derecho de iniciativa legislativa como aquel que permite que el 0.3% del electorado solicite al Congreso de la República tramitar proyectos de reforma constitucional. En tal supuesto, el Congreso de la República deberá seguir la vía prevista en el artículo 206 de la Norma Suprema. Es jurídicamente diferente al derecho fundamental al referéndum que se encuentra regulado en los artículos 37 al 41 de la LDPCC. Así el artículo 38 prevé que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor del 10% del electorado nacional.
65. A este respecto, las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones han diferenciado entre el derecho de iniciativa normativa y el derecho al referéndum: Caso *Luis Chunga Martínez* (Resolución N° 109-2003-JNE) y Caso *Luis Trinidad Abarca* (Resolución N° J-2012-00081).
66. Cabe señalar que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones conforme al artículo 181 de la Constitución resuelve con arreglo a ley a los principios generales del derecho. Así, entre otros principios generales, como organismo jurisdiccional en materia electoral debe aplicar el principio de Supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 51 de la Norma Suprema.
67. En esa dirección, en la doctrina nacional, Eguiguren diferencia la naturaleza jurídica de ambos institutos: mientras la iniciativa popular legislativa de reforma constitucional requiere ser respaldada por ciudadanos que representen no menos del 0.3% del padrón electoral, la iniciativa popular para promover la convocatoria a referéndum requiere el respaldo de ciudadanos que representen al menos el 10% del electorado. La menor exigencia del número de firmas obedece a que esta tiene que ser presentada necesariamente ante el Congreso, quien goza de plena libertad para aprobarla o desestimarla, al igual

⁷¹ Blancas, Carlos, op. cit., pp. 215-216.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

que como sucede con los proyectos de ley que generan dentro del Congreso o de los que provienen del Poder Ejecutivo u otros órganos del Estado. Sostiene que, en cambio, la iniciativa popular que promueve la convocatoria a referéndum no pasa por la aprobación del Congreso y se presenta directamente ante el órgano de la justicia electoral quien, luego de verificar que la solicitud cumple con los requisitos constitucionales y legales exigidos, estará obligado a convocar al referéndum, cuyo resultado -según el sentido de la votación popular, favorable o desfavorable a la propuesta normativa consultada- será vinculante para todas las autoridades estatales⁷².

68. Así este mecanismo –antes de la reforma restrictiva mediante la Ley 31399- podía hacerse efectiva: (i) de modo directo al electorado; (ii) cuando el Congreso de la República desestimara la iniciativa normativa que formuló antes la ciudadanía⁷³.
69. A mi juicio, al consagrarse la vía del referéndum para la reforma parcial y total de la Constitución en el numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema, se está reconociendo este derecho fundamental como un mecanismo esencial de la democracia participativa y directa, fundado en el principio de *la soberanía popular* –prevista en artículo 45 de la Constitución- según el cual el pueblo ejerce la titularidad del poder constituyente originario. No se configura, en consecuencia, ninguna laguna normativa sobre el derecho del referéndum sobre decisiones normativas de especial trascendencia nacional.
70. Como se señaló en el fundamento 118 de la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional*, citando a Manuel Aragón, con relación al referéndum como vía para 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).

⁷² EGUILUREN, Francisco, “El referéndum y sus alcances en la reforma de la Constitución en el Perú: ¿Sólo procede para ratificar una reforma aprobada previamente por el Congreso? En: *Pensamiento Constitucional* núm. 25, Lima, 2018, p. 249-250.

⁷³ VELÁSQUEZ , Raffo, op. cit., p. 63.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

71. En nuestro ordenamiento constitucional no se establece un marco jurídico del procedimiento del referéndum por lo que, en consecuencia, la regulación de esta materia corresponde a la LDPCC. Así, la LDPCC que regula la iniciativa del referéndum y otros mecanismos de la democracia directa los prevé como de exclusiva iniciativa de los ciudadanos, quienes deberán reunir el número de firmas exigidos por la Constitución y dicha ley para cada caso. La LDPCC en su artículo 38 establece que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional.
72. La Ley 31399 es una norma infraconstitucional que al modificar los artículos 40 y 44 de la LDPCC vacía de contenido el derecho al referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, como mecanismo de iniciativa popular de la democracia participativa y directa, previsto en el artículo 32.1 de la Norma Suprema. El precitado artículo -en su segundo párrafo- sólo prevé como excepciones al referéndum: (i) la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona; (ii) las normas de carácter tributario y presupuestal; y (iii) los tratados internacionales en vigor.
73. Así, si se asumiese como lo hace la Ley 31399, que el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución está supeditado a la voluntad del poder constituido o derivado del Congreso de la República -mediante la aplicación del procedimiento previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Norma Suprema- se estaría colocando inconstitucionalmente al órgano legislativo por encima del poder soberano del pueblo, al que se cercenaría su derecho a participar en el proceso deliberativo de creación normativa y se le restringiría a participar sólo en la ratificación de la reforma constitucional. El requerimiento de un referéndum ratificadorio queda supeditado al resultado de la votación parlamentaria, sin posibilidad directa de la ciudadanía en este proceso. De este modo, la Ley 31399 desnaturaliza manifiestamente las características de la democracia directa tal como lo hizo la Ley 26435, que frustró el referéndum en 1998.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

74. En esa dirección, considero que la Ley 31399 al establecer la improcedencia del referéndum, sino se adecua al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución Política, debe ser tachada de inconstitucional, por cuanto, mediante una norma infraconstitucional se vacía de contenido esencial a un *eje definitorio de la identidad de la Constitución de 1993*: la democracia participativa, que se deriva del principio de la soberanía del pueblo, mediante el cual éste es el titular del poder de decidir sobre la reforma total de la Constitución, conforme al numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema.

La función constituyente y la apertura al poder constituyente originario

75. Se debe resaltar la naturaleza de derecho fundamental del referéndum, reconocido como tal en el numeral 17 del artículo 2 de la Constitución que declara que los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

76. En la sentencia del *Caso de la Ley de Reforma Constitucional* este Supremo Tribunal asumió en el fundamento 102 que cuando el numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema reconoce el derecho fundamental al referéndum para promover una reforma total de la Constitución se ha constitucionalizado *la función constituyente*:

En efecto, cuando el artículo 32º, 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 su momento, estableciera el artículo 28º 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”).

77. Siguiendo a Nogueira, la función constituyente se concreta en un proceso complejo que desarrolla mecanismos participativos y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

deliberativos e incluye ineludiblemente la elección de una Asamblea Constituyente:

La función constituyente se concreta en un proceso donde en una primera etapa implica el desarrollo de una iniciativa constituyente que se expresa y busca ser asumida por fuerzas sociales y políticas. En una segunda etapa, los diversos grupos y sus propuestas constituyentes se reúnen en un marco formal institucional en forma representativa y democrática. En una tercera etapa dicho cuerpo colegiado debatirá, negociará y aprobará en asamblea constituyente un texto que recoja el consenso necesario. En una cuarta, etapa dicho texto será objeto de ratificación o rechazo por la ciudadanía del texto elaborado por sus representantes a través de un referéndum democrático⁷⁴.

78. En la doctrina sigue vigente el paradigma de la Asamblea Constituyente que constituye el mecanismo generalmente aceptado para la reforma total de la Constitución, tal como lo señaló Lowenstein:

De acuerdo con las teorías de la soberanía del pueblo y del *pouvoir constituant* originario del pueblo soberano, se ha generalizado y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de una constitución escrita: un asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano. La ratio de esa exigencia es que la ley fundamental adquiere una mayor solemnidad a través de la aprobación por el pueblo soberano⁷⁵.

⁷⁴ Op. cit., p. 331.

⁷⁵ LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 160-161.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

79. Como referencia en el derecho comparado, destaca el artículo cinco de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, que prevé la reforma total de la Constitución mediante una Convención Constituyente:

Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de las dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuarta partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se la privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado.

80. En América Latina, debe resaltarse a la República Oriental del Uruguay como el primer Estado en establecer la Asamblea Constituyente –Convención Nacional Constituyente- frente a las reformas totales o parciales de la Constitución. Tiene su antecedente en las reformas que se desarrollaron desde 1912 y cuyo referente es Suiza⁷⁶.

81. Como señala Soto Barrientos, el caso del Perú es muy particular por cuanto es el único que a pesar de que en su Constitución histórica ha

⁷⁶ SOTO BARRIENTOS, “Regulación constitucional de la Asamblea Constituyente en Latinoamérica”, en: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, marzo 2014, p. 175.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

contado con varios procesos constituyentes, no consagra esta figura expresamente en el texto fundamental de 1993:

El caso del Perú es particular. Todas sus constituciones, desde 1823, y con la sola excepción de la Carta de 1826, han sido elaboradas mediante AC. Hablamos en general de procesos ad hoc, conformados para dar salida institucional a crisis políticas. La mayoría de estas experiencias constitucionales, no ha tenido, en consecuencia, la estabilidad institucional mínima para conformar procesos deliberativos y representativos de la sociedad peruana. A pesar de la legitimidad constitucional que tiene la AC en Perú, esta figura no ha sido incorporada como mecanismo de reforma en ninguna de sus constituciones. Si encontramos su presencia en disposiciones transitorias de las Cartas de 1993, 1979 y 1993⁷⁷.

82. Si bien en nuestro ordenamiento constitucional no está prevista la regulación de la figura de la Asamblea Constituyente, el Tribunal Constitucional en la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional*, reconoció explícitamente que la Asamblea Constituyente **es la vía para la sustitución de la Constitución**, siguiendo la doctrina del poder constituyente originario y de que el artículo 32, inciso 1, ha constitucionalizado la función constituyente, en una paradoja insalvable admitió que existe la vía paralela mediante la cual el Congreso puede deliberar y proponer al pueblo el texto de una nueva Constitución para someterla a un referéndum constituyente (fundamento 113):

Sin embargo, si bien la decisión de instaurar un distinto orden constitucional puede realizarse a través de aquellos mecanismos (esto es, mediante una

⁷⁷ SOTO BARRIENTOS, Francisco, “Asamblea Constituyente: la experiencia latinoamericana y el actual debate en Chile”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 12, núm. 1, Santiago, 2014, p. 411



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

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 (subrayado agregado).

83. Sin perjuicio de ello, por la interpretación de este Supremo Tribunal sobre doctrina de la función constituyente, no existe una laguna constitucional sobre el órgano habilitado para la reforma total o la sustitución de la Constitución: la Asamblea Constituyente, figura que constituye por excelencia el mecanismo de apertura al poder constituyente originario⁷⁸.
84. Sin embargo, como señala Colón Ríos, *las Asambleas Constituyentes están sujetas al mandato imperativo del pueblo*, quien es el único titular de la soberanía, y en consecuencia, carecen de habilitación para ejercer poderes constituidos:

En nuestros tiempos, las asambleas constituyentes frecuentemente se convocan mediante referéndum. El referéndum normalmente presenta al electorado una pregunta como la siguiente: ¿Desea usted convocar una Asamblea Constituyente para la adopción de una nueva Constitución? De ser respondida con un “sí” por la mayoría de los votantes, este tipo de pregunta tiene (o debería tener) el efecto del mandato del pueblo soberano. Es decir, el pueblo actuando a través del electorado, instruye a una asamblea para que redacte una Constitución, es decir, un documento que reconozca derechos, que separe los poderes y que establezca un sistema de gobierno democrático. A la misma vez, y como ya mencioné, el mandato destinado a crear una

⁷⁸ COLON RÍOS, Joel, “El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376”, cit., p. 79.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

Constitución no incluye una autorización a ejercer los poderes constituidos bajo el ordenamiento constitucional existente. Quizás la única excepción son situaciones en las cuales los poderes constituidos, los órganos ordinarios del Estado, deciden impedir u obstaculizar las funciones de la Asamblea Constituyente. En esos casos podría uno decir que el mandato de adoptar una Constitución incluye una autorización implícita de actuar en contra de cualquier poder constituido que intente imposibilitar la adopción de un nuevo texto constitucional⁷⁹.

85. A mi juicio, a partir del numeral 1 del artículo 32 de la Constitución, se habilita el mecanismo participativo de la iniciativa popular del referéndum, tanto para decidir la convocatoria a una Asamblea Constituyente, que delibere y proponga el texto de una nueva Constitución, como para que el electorado apruebe o desapruebe el texto finalmente propuesto por la Asamblea. Así, con una “*decisión política fundamental*” expresada por el pueblo soberano mediante el referéndum se completa el ejercicio del poder constituyente originario.
86. En ese sentido, destaca la experiencia democrática de Colombia que en 1990 inició un proceso constituyente, convocado por el Gobierno como consecuencia del “*movimiento de la séptima papeleta*” de iniciativa de los estudiantes universitarios. La medida fue refrendada por la Corte Suprema de Justicia, órgano de control de la constitucionalidad en esos momentos. El proceso culminó con la aprobación de la Constitución colombiana de 1991 por una Asamblea Constituyente, no regulada pero ampliamente representativa de todos los sectores políticos. Así, el texto fundamental vigente actualmente sí regula la institución de la Asamblea Constituyente en los artículos 374 y 376⁸⁰. Este último precisa que mediante ley aprobada por la mayoría de miembros de

⁷⁹ Op. cit., p. 82.

⁸⁰ SOTO BARRIENTOS, Francisco, “Regulación constitucional de la Asamblea Constituyente en Latinoamérica”. Op. cit., p. 177.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

una y otra cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el periodo y la composición que la ley determine.

87. En Chile, el reciente proceso constituyente ha sido participativo y deliberativo desarrollado en cinco fases: (i) plebiscito de entrada; (ii) elección de constituyentes; (iii) convocatoria e instalación del órgano constituyente; (iv) elaboración de propuesta constitucional; (v) plebiscito de ratificación de la propuesta constitucional⁸¹. Con esa finalidad se reformó la Constitución de 1980, introduciendo un capítulo XV (“Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República”).
88. Cabe destacar que la Ley N° 21.200 que convocó al plebiscito para una nueva Constitución le fijó **límites materiales a la reforma total:**

El texto de la Nueva Constitución que se someta al plebiscito deberá respetar el carácter de la República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y los tratados internacionales ratificados por chile y que se encuentren vigentes.

89. Finalmente, en el plebiscito constitucional de 4 de septiembre de 2022 la propuesta constitucional redactada por la Convención Constituyente no fue ratificada, hecho que evidencia que la decisión constituyente en última instancia debe corresponder democráticamente al electorado.
90. Así como señala Soto Barrientos, el modelo de la Asamblea Constituyente regulado en diversos países de América Latina como Uruguay, Costa Rica, Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador, entre otros, se asemeja a la fórmula que inspira a clásicos como Tocqueville, Paine, Codorcet y Sieyès. Para estos autores, las

⁸¹ CABRERA TAPIA, Roberto, “Chile ante inicio del proceso constituyente”, Boletín Instituto Español de Estudios Estratégicos, núm. 20, 2020, pp. 472 y sigts.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

Asambleas Constituyentes para la elaboración de una carta fundamental son la única alternativa para garantizar un proceso deliberativo nacional.

Los límites materiales explícitos, implícitos y heterónomos de la reforma constitucional

91. Habiendo asumido la tesis de la viabilidad de la reforma total de la Constitución mediante la vía de la democracia participativa y deliberativa, considero pertinente e ineludible dedicar unas líneas finales a la problemática del control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales, parciales o totales que pueden ser aprobadas por el Congreso de la República o por una Asamblea Constituyente.

92. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se afirma la existencia de límites materiales para la reforma constitucional. Así, en el artículo 16 se proclamó que: Una sociedad en la que no esté establecido la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución.

93. Es un principio del ordenamiento jurídico establecer límites de tipo procesal o de rigidez constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución:

La rigidez constitucional, que como bien es sabido no es otra cosa que la existencia de un procedimiento especial y agravado para la reforma del Texto Supremo, impone, sin duda, un límite infranqueable para el poder reformador, el cual debe observar cuidadosamente el procedimiento estipulado por la propia Carta Magna para su modificación; en caso de no hacerlo, existe el riesgo de que la reforma sea considerada nula y por tanto termine siendo expulsada del ordenamiento⁸².

⁸² ROBLES LEAL, Alejandro, *La reforma constitucional por la vía referendaria en Costa Rica. Su tramitación y el ejercicio de control de constitucionalidad*, Instituto de Formación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

94. Así, en la Constitución peruana de 1993 están previstos mecanismos procesales de rigidez para la reforma constitucional o procedimiento agravado en el artículo 206: (i) mayoría absoluta del número legal de miembros; (ii) debate extendido con supermayoría legislativa: dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, con mayoría superior a los dos tercios del número legal de miembros; (iii) ratificación mediante referéndum, que puede omitirse si se desarrolla el debate extendido en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una aprobación por la supermayoría legislativa.

95. Como afirma Rawls, comentando el derecho estadounidense, hay enmiendas a la Constitución que pueden contradecir sus valores:

Esto suscita la pregunta de si una enmienda para derogar la Primera Enmienda, por ejemplo, y para convertir a determinada religión en la religión oficial del Estado, con todas las consecuencias que eso acarrearía, o para derogar la Enmienda Decimocuarta, con su protección de las leyes en pie de igualdad para todos los ciudadanos, debe aceptarla la Suprema Corte como una enmienda válida. Como expresé más arriba, sería redundante decir que si el pueblo actúa constitucionalmente, tales enmiendas serían válidas. Pero, ¿es suficiente para validar una enmienda el que se promulgue mediante el procedimiento que señala el artículo V? ¿Qué razones podría esgrimir la Suprema Corte o el Ejecutivo (suponiendo que la enmienda pasara por encima de su veto) para considerar inválida una promulgación que satisfaciera esa condición?⁸³.

96. En ese sentido, la precitada sentencia de este Supremo Tribunal en el *Caso Ley de Reforma Constitucional* desarrolla la doctrina de los

y Estudios en Democracia (IFED)- Tribunal Supremo de Elecciones-Costa Rica, San José, 2016, p. 75.

⁸³ RAWLS, John, *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 226.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

límites materiales tanto explícitos e implícitos de la reforma constitucional. Así, en el fundamento 76 los diferencia en los siguientes términos:

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 aquellos en los que la propia Constitución expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y en el caso peruano, 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 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.

97. Tal como es citada en la precitada sentencia, el artículo 183 de la Constitución peruana de 1839 contuvo un límite expreso a la reforma constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

Es inalterable la forma de gobierno popular representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo, y la división e independencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

98. En ese mismo sentido, fue una cláusula pétreo el artículo 142 de la Constitución de 1933, de prohibición de la reelección presidencial:

No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformatoria o derogatoria, y los que la apoyen directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública.

99. Aragón define a los límites materiales explícitos como las denominadas cláusulas de intangibilidad o pétreas:

(...) Así sucede, por ejemplo en Alemania, cuya Constitución contiene un amplio elenco de ellas, declarándose irreformables la dignidad de la persona, los derechos fundamentales y la forma de Estado federal (art. 79.3), o en Francia, donde la Constitución establece la forma republicana de gobierno es irreformable (art. 89.3), o en Italia, donde la Constitución dispone que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana (art. 139)⁸⁴.

100. Es relevante citar a las cláusulas pétreas en la Ley Fundamental de Bonn, enunciadas en el numeral 3 del artículo 70. Así, declara ilícita toda modificación en virtud de la cual se afecte la división de la

⁸⁴ ARAGÓN, Manuel, “Cambiar la Constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y Límites de la reforma constitucional”. En: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, UNED, 2015, p. 320.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

Federación en estado, a los fundamentos de la cooperación de los estados en la potestad legislativa o a los principios de los artículos 1 y 20.

101. En ese sentido, el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn declara que la *dignidad del hombre* es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. Asimismo, el artículo 20 declara la cláusula del Estado Social: la República Federal Alemana es un *Estado Federal democrático y social*.

102. A mi juicio, dentro de los límites materiales implícitos, se encuentra la definición del Estado, que entre otras, siguiendo a Aragón son “cualidades de una realidad que se declara permanente”⁸⁵ o eterna, tales como la prevista en el artículo 43 de la Constitución peruana de 1993, que incluye a la cláusula del Estado Social.

103. Asimismo, debemos referirnos los límites heterónomos, como los denomina Aragón⁸⁶. Así, nuestra República ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se ha sometido a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

104. A mi juicio, incluso el principio de la soberanía popular está sujeto a límites materiales. En ese sentido, discrepo con la tesis sostenida en la sentencia del Caso *Ley de Reforma Constitucional* en el fundamento 118, que carezca de límites:

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 las voluntades de las generaciones del presente, que pueden hacerlo mediante el Derecho y no

⁸⁵ Ibídem, p. 321.

⁸⁶ Ibídem, p. 324.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

condenándolas a tener que hacerlo mediante la fuerza (subrayado agregado).

105. En ese sentido, coincidimos con Pace, quien distingue entre poder constituyente y soberanía popular:

Que -en sentido diverso a lo que sostiene la Corte- poder constituyente y soberanía popular reconocida en la Constitución (legal sovereignty en el léxico de I. W. Jennings) no se identifican. El primero es un poder de hecho e ilimitado; la segunda –en cuanto reconocida en la Constitución- se descompone en poderes jurídicos y en derechos funcionales, ambos esencialmente limitados. En efecto, los límites del poder constituyente son meros límites de oportunidad (autolímites políticos) que el sujeto que pretende ejercitar tal poder (no obstante, si lo ha ejercido en realidad se sabrá, por regla general, ¡sólo ex post! no puede dejar de respetar, si pretende que su proyecto constituyente pueda transformarse en realidad efectiva a través de la sucesiva legitimación popular de la Constitución. Por el contrario, los límites al ejercicio de la soberanía (jurídica) popular, derivan de la Constitución en cuanto suprema norma organizativa de todos los poderes públicos, como se establece explícitamente (y de modo realista), por ejemplo, en el artículo 1, apartado 2 de la Constitución italiana, en el artículo 20 apartado 2 de la Ley Fundamental alemana y en el artículo 4 de la propia Constitución venezolana. La autorizada afirmación según la cual “en el Estado constitucional no existe un soberano”, significa precisamente que la soberanía jurídica, en el Estado constitucional, no corresponde en exclusiva a ningún sujeto u órgano, sino que está parcelada y distribuida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

a través de las funciones públicas y de los derechos funcionales, ambos intrínsecamente limitados⁸⁷.

106. En esa misma dirección, coincido con Velásquez quien afirma que el pueblo en el ejercicio de la democracia participativa mediante un referéndum está también sometido a los límites materiales. No se puede negar que existe la posibilidad de una reforma total de la Constitución, conforme al artículo 32, inciso 1 de la Norma Suprema, pero sin abandonar los contenidos fundamentales o principios básicos que caracterizan su identidad⁸⁸. Especialmente relevante para proteger la continuidad de los derechos fundamentales, evitar su regresión o para asegurar “una comprensión más amplia e inclusiva” –en términos de Rawls- de los valores de la Constitución⁸⁹.

107. Así, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos los Estados que están sometidos a su competencia contenciosa no pueden vulnerar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en sus textos constitucionales. Destaca el Caso “La última tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*). En este caso, la Corte IDH se pronunció sobre el artículo 19.12 de la Constitución chilena de 1980 que contemplaba la censura previa para obras cinematográficas. Así, en el considerando 71 declaró que:

En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (supra párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por Consejo de Calificación

⁸⁷ PACE, Alessandro, Muerte de una Constitución (Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Venezuela, núm. 17, del 19 de enero de 1999), En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, Madrid, Septiembre-Diciembre 1999, p. 277.

⁸⁸ VELÁSQUEZ, Raffo, op. cit., p. 131-132.

⁸⁹ RAWLS, JOHN, op. cit., p. 226.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

Cinematográfica, en noviembre de 1996, debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, “por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos”; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

108. Así, ejerciendo el *control de convencionalidad*, la Corte IDH declaró en el considerando 97:

Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película “La Última Tentación de Cristo”, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

109. En la misma dirección, se debe resaltar la sentencia de la Corte IDH en el Caso *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011 sobre la Ley 15848, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, que impedía al Estado a aplicar sanciones por los crímenes de violación a los derechos humanos, cometidos por militares y policías durante la dictadura entre 1973 y 1985, y que fue ratificada por el electorado mediante un referéndum. En el considerando 238 la Corte IDH declaró:

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (párrafo 2 del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)– sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarados nulos los artículos 1 a 4 de la Ley –el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de responsabilidad internacional de aquél.

110. Cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha asumido a partir de la sentencia del Caso “*Trabajadores Cesados del Congreso*” (Aguado y otros vs. Perú) de 24 de noviembre de 2006, en el considerando 128:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la Convención no sea vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.



111. Como señala Néstor Pedro Sagüés el control de convencionalidad no sólo obliga a los jueces locales del Poder Judicial, como jueces del sistema interamericano de derechos humanos, sino también a los jueces de un Tribunal Constitucional como entes constitucionales autónomos o extra-poder⁹⁰.

El control de la constitucionalidad de las reformas constitucionales

112. Cabe citar en esta materia a la Corte Constitucional italiana en la sentencia 1146 de 1988 en la que afirmó sobre el control de la constitucionalidad o la justiciabilidad de las reformas constitucionales:

La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no deben ser revocados o modificados en su contenido esencial, ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Estos son tantos los principios que la propia Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139, Const, it.), cuanto los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre aquellos que no pueden ser sometidos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana [...] Por tanto, no se puede negar que esta Corte sea competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes justiciables, incluso frente a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuese, se llegaría al absurdo de considerar al sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo, precisamente con

⁹⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en: *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, p. 120.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

relación a sus normas de valor más elevado ⁹¹ (subrayado agregado).

113. En esa misma dirección, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-551/03, para la cual la sustitución implica la destrucción y la reforma a la revisión de la Constitución:

[...] El poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario [...] (subrayado agregado).

114. Es muy relevante la sentencia C-141/10 de la Corte Constitucional colombiana que declaró inexequible la Ley 1354 de 2009, que aprobó un referéndum de iniciativa popular, con el fin de que los ciudadanos decidieran sobre un proyecto de reforma constitucional que proponía habilitar una segunda reelección del presidente Álvaro Uribe Vélez. Así, la Corte Constitucional determinó que ni siquiera el pueblo puede reformar la Constitución para destruir las reglas mínimas de la democracia.

115. Con relación al problema de los límites de la reforma constitucional en la sentencia del *Caso Reforma Pensionaria* (STC 00050-2004-AI y otros acumulados) este colegiado ha señalado que la reforma constitucional no puede vulnerar la *identidad esencial* de la Constitución:

En una aproximación de carácter inicial, todo cambio que se realice en el sistema conforme a la Constitución, no puede alterar su identidad. La

⁹¹ Citada por GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, op. cit., p. 359.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

adecuación de normas constitucionales, más bien para confirmar o reafirmar la mencionada identidad, en un sentido de evolución normativa y social. En este marco, es imprescindible diferenciar entre interpretación y mutación. La interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema. En este esquema, es imprescindible diferenciar en doctrina se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación '(...) modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe un significado diferente'. Esta diferencia es clave, sobre todo en un 'caso límite' corno es el que es materia de este proceso de inconstitucionalidad, relacionado con un supuesto de irreformabilidad del 'contenido fundamental', léase núcleo constitucional. Por lo tanto, desde la perspectiva de la reforma, un sistema es estable si mantiene conformidad con el desarrollo de los principios constitucionales, o requerirá una adaptación, si ésta no vulnera la esencia constitucional sobre la que se fundamenta formalmente la comunidad política.

116. En esa misma dirección, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-551/03:

[...] El poder de revisión constitucional, incluso si se recurre a un mecanismo de referendo, no es obra del poder constituyente originario ni del pueblo soberano sino que es expresión de una competencia jurídicamente organizada por la propia Constitución, y por ello se encuentra necesariamente limitado por la imposibilidad de sustituir la Carta, ya que ello



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

implicaría que el poder de reforma se erige en poder constituyente originario [...] (subrayado agregado).

117. Con relación a la tipología de los límites materiales en la precitada sentencia del *Caso Reforma Pensionaria* este Supremo Tribunal afirmó en el fundamento 35 que:

El carácter constitucional del Estado propicia la necesidad de contar con límites de distinta naturaleza. El sistema de la Constitución no sólo debe permitir detectar un núcleo irreformable en la misma, sino básicamente relativizar dicho límite mediante el conocido procedimiento de ponderación. De inicio se debe establecer la necesidad de contar con una cláusula de intangibilidad, para luego revisar los preceptos protegidos. El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen “representativo” para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho (subrayado agregado).

118. Sobre el régimen político, que la sentencia del Caso *Reforma Pensionaria* señala como límite material, considero acertado el criterio de la C-757/08 de la Corte Constitucional colombiana, en el sentido que una reforma constitucional que: [...] altera el equilibrio que la Constitución ha dispuesto entre los distintos órganos, al punto que amenaza la independencia de uno de ellos frente los otros, se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

está ante un caso de sustitución del principio de separación de poderes (subrayado agregado).

119. Con la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional*, este Supremo Tribunal asumió la doctrina que la reforma constitucional no puede alterar sus contenidos fundamentales, que garantizan su identidad y continuidad. Como afirma Aragón:

En todo caso, el control de las garantías jurídicas de la reforma constitucional está (o debe estar) encomendado a la justicia constitucional. Incluso en países (por ejemplo, España) donde expresamente no está atribuida esa competencia al Tribunal Constitucional, creo que ha de entenderse que la tiene, derivada implícitamente de su reconocimiento constitucional y legal como supremo intérprete y guardián jurídico de la Constitución. Lo contrario significaría despojar de la condición de normas jurídicas a los preceptos de la Constitución sobre su propia reforma⁹².

120. Así, en la sentencia del *Caso Reforma Pensionaria* este Supremo Tribunal asumió expresamente, en el fundamento 4, la viabilidad de controlar una reforma constitucional con relación a su *contenido fundamental*:

Es conveniente recalcar que tal actuación es componente elemental de la legitimidad con que se cuenta en sede constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional puede analizar la constitucionalidad de una norma de reforma de la Constitución siempre y cuando afecte el “contenido fundamental” de su configuración normativa, en tanto Norma Suprema política y jurídica del Estado. Para determinar este núcleo, es imprescindible remitirnos a los parámetros que la propia reforma

⁹² Ibídem, p. 525.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

constitucional asume como parte de su ordenación constitucional. Esto quiere decir que si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el Tribunal Constitucional, tal como lo señala explícitamente el artículo 201 de la propia Constitución, el órgano de control de la Constitución, se encuentra legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente la sobre la base del “contenido fundamental” protegido implícitamente en la Constitución.

121. Mientras que en la sentencia del *Caso Ley de Reforma Constitucional* este Tribunal Constitucional asumió que la sustitución de la Constitución es “*el cambio total de un texto por otro*” (fundamento 125), la Corte Constitucional de Colombia -que es el tribunal constitucional que más ha desarrollado la doctrina del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales- distingue los conceptos de la *sustitución total y parcial*. Particularmente relevante y original es el de sustitución parcial. Así, en la C-1040-05, sobre el test de sustitución señaló en la sentencia ha afirmado que se exige que la Corte demuestre que un elemento definitorio de la identidad de la Constitución fue reemplazado integralmente por otro:

- (i) Enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento.
- (ii) Señalar a partir de múltiples referentes cuáles son las especificidades de la Constitución.
- (iii) Mostrar porqué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Sólo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial.
- (iv) Se habrá de verificar si ese elemento esencial definitorio de la Constitución es irreductible



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

a un artículo, para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material;

- (v) Si la enunciación analítica de dicho elemento definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido;
- (vi) Reemplazado por otro –no simple modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y
- (vii) Si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.

Conclusiones

1. El artículo 32 de la Constitución Política del Perú establece un diseño de referéndum de tipo facultativo, vinculante y de iniciativa popular. En consecuencia, constituye un verdadero derecho fundamental y a su vez es una fuente directa y alternativa de legislación, no supeditada a la intermediación del Congreso de la República.
2. La Ley 31399 al modificar los artículos 40 y 44 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos cercena el *derecho fundamental al referéndum* para decidir la reforma total o parcial de la Constitución como mecanismo de la democracia participativa, previsto en el numeral 1 del artículo 32 de la Norma Suprema.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

3. Sostener que la decisión de deliberar y aprobar la reforma total o parcial de la Constitución es competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República implica que el derecho ciudadano al referéndum con esta finalidad se vaciaría de contenido esencial participativo, lo que es contrario a una correcta y razonable interpretación en base al principio de unidad de la Constitución.
4. Si se asumiese como lo hace la Ley 31399, que el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución está supeditado a la voluntad del poder constituido o derivado del Congreso de la República -mediante la aplicación del procedimiento previsto en el primer párrafo del artículo 206 de la Norma Suprema- se estaría colocando inconstitucionalmente al órgano legislativo por encima del poder soberano del pueblo, al que se cercenaría su derecho a participar en el proceso deliberativo de creación normativa y se le restringiría a participar sólo en la ratificación de la reforma constitucional. El requerimiento de un referéndum ratificadorio queda supeditado al resultado de la votación parlamentaria, sin posibilidad directa de la ciudadanía en este proceso. De este modo, la Ley 31399 desnaturaliza manifiestamente las características de la democracia directa tal como lo hizo la Ley 26435, que frustró el referéndum en 1998.
5. La Ley 31399 al establecer la improcedencia del referéndum, sino se adecua al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución Política, incurre en vicio de inconstitucionalidad, por cuanto mediante una norma infraconstitucional se vacía de contenido un eje definitorio de la identidad de la Constitución: la democracia participativa que se deriva del *principio de la soberanía del pueblo*, mediante el cual éste es el titular del poder de decidir sobre la reforma total de la Constitución.
6. Si bien en nuestro ordenamiento constitucional no está prevista la regulación de la figura de la Asamblea Constituyente, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Caso *Ley de Reforma Constitucional*, reconoció explícitamente que la Asamblea Constituyente es la vía para la sustitución de la Constitución,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. 00001-2022-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

siguiendo la doctrina del poder constituyente originario y de que el artículo 32, inciso 1, ha constitucionalizado la función constituyente mediante la cual se podrá deliberar sobre la reforma total de la Constitución.

7. Sin perjuicio de ello, las Asambleas Constituyentes están sujetas al mandato imperativo del pueblo, quien es el único titular de la soberanía, y en consecuencia, carecen de habilitación para ejercer poderes constituidos
8. La reforma parcial y total de la Constitución, ya sea mediante la vía de la democracia participativa del referéndum, como por la vía parlamentaria, está sometida a límites materiales explícitos, implícitos y heterónomos y al control de su constitucionalidad.

S.

OCHOA CARDICH