

Enrique Bernales Ballesteros (Perú) *

Los caminos de la reforma constitucional en el Perú **

1. Introducción

La reforma constitucional ha sido un tema recurrente en el Perú durante los últimos años. La transición a la democracia obligaba a buscar cambios estructurales a fin de eliminar los remanentes autoritarios del sistema jurídico y de las instituciones en el país. En esa perspectiva hubo algunos progresos, pero lamentablemente el proceso está prácticamente paralizado y avanza sólo de manera coyuntural y en algunos casos peligrosa, como en la errónea pretensión de introducir en el texto fundamental principios que corresponden al derecho civil.

2. El denso proceso de la reforma constitucional en el Perú

2.1. Antecedentes

Una transición democrática es un proceso de reestructuración institucional. Las normas jurídicas dictadas durante la dictadura se examinan a la luz de un contexto en el que lo que se busca es recuperar el Estado de derecho.

Por esa razón, desde que se constituyó, en noviembre de 2000, el gobierno de transición de Valentín Paniagua tuvo entre sus principales objetivos la reconstrucción del Estado de derecho y la recuperación y fortalecimiento de las instituciones políticas destruidas por el gobierno dictatorial de Alberto Fujimori. No era posible asumir la transición sin una reforma que abarcara el texto constitucional. No obstante, dado el breve tiempo asignado al gobierno de transición y que el principal encargo

* Profesor de Derecho Constitucional. Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. bernales@cajpe.org.pe

** Un agradecimiento especial para Raúl Mendoza Cánepa y Antonio Ruiz Ballón, quienes como parte del Equipo de la Comisión Andina de Juristas han colaborado conmigo en este trabajo.

recibido era garantizar las elecciones generales, se abstuvo de convocar a una asamblea constituyente. Con buen tino optó, sí, por sentar las bases de una reforma constitucional posterior, una vez instalado el gobierno elegido por el pueblo.

2.2. *Las vías propuestas de reforma constitucional*

Mediante el decreto supremo n° 018-2001-JUS, del 26 de mayo de 2001, se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, a fin de proponer:

- las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas;
- las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas;
- el procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

La Comisión estuvo constituida por especialistas y expertos con notable trayectoria profesional y académica. Luego, el Ministerio de Justicia efectuó una convocatoria pública a través de los medios de comunicación escritos, abriendo una línea de comunicación así como medios electrónicos de comunicación para difundir el proceso y atender todas las propuestas y opiniones sobre él.

La reforma constitucional formaba parte del proceso de democratización y el gobierno que sucediera al de Valentín Paniagua debía impulsar el proceso en cualquiera de las formas recomendadas por el gobierno transitorio. Se entendía que la transición no concluía el 2001 y que era necesario modificar o sustituir la Constitución de 1993, una Carta hecha a la medida de un gobierno autoritario.

Con ese espíritu se inició el debate nacional sobre la reforma constitucional y se establecieron las vías procedimentales posibles en el contexto que se vivía y con atención a la voluntad ciudadana. En este sentido la Comisión propuso las siguientes alternativas:

2.2.1. *Primera alternativa*

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

- El artículo 307° de la Constitución de 1979 estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- La Constitución de 1993 fue aprobada por un congreso constituyente fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores han confirmado.

- Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificada por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados y con un propósito fraudulento.
- La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que en ella fueron incorporados, y adicionalmente ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier eventual legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio, de la que también careció.

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

- Se reconoce los efectos de las elecciones generales del año 2001.
- Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.
- Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una asamblea constituyente de 80 miembros, a fin de que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979 los cambios que correspondan. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados —y que cumplan con los requisitos— pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido, lo es la RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2.2.2. *Segunda alternativa*

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

a) Introducir una reforma total que incorpore la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.

b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

2.2.3. *Tercera alternativa*

a) Aprobar una ley de referéndum para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si así fuera, convocar a una asamblea constituyente a fin de que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una asamblea constituyente expresamente para ello.

3. **La reforma constitucional por el Congreso**

Con un apoyo político mayoritario inicial, el nuevo Congreso (período 2001-2006), que había recibido las propuestas de la Comisión de Bases del gobierno de transición, decidió proceder a la reforma de la Carta Constitucional, con el compromiso de revisar todo el texto de 1993. Iniciado el debate, surgieron voces que empezaron a reclamar una vuelta a la Constitución de 1979, considerando la Carta de 1993 como nula; y, de otro lado, la convocatoria a una asamblea constituyente.

En el contexto del debate comenzó a ganar terreno la opción que cuestionaba la legitimidad del proceso de reforma iniciado por el Congreso y a favor de la convocatoria a una asamblea constituyente. El Colegio de Abogados de Lima fue protagonista de la posición contraria a la reforma total de la Constitución por parte del Congreso. Es así que se empeñó en recolectar firmas para que un referéndum aprobara la convocatoria a una asamblea constituyente, incluso luego de que el Tribunal Constitucional sentenciara por la constitucionalidad de la reforma tal como se había estado llevando a cabo, intentó el camino de la elaboración de un nuevo texto constitucional por una Asamblea. Aprovechando una opinión ciudadana mayoritaria coincidente con su propuesta, exigió que los ciudadanos fueran consultados sobre la opción de una asamblea constituyente.

Otras organizaciones, como el Movimiento Fuerza Democrática, tomaron vías alternas. En este caso, esta organización política presentó una iniciativa legislativa, en ejercicio del derecho de participación ciudadana, admitida por el Jurado Nacional

de Elecciones vía resolución n° 012 - 2003-JNE, por el que se plantea declarar la nulidad de la Constitución de 1993, restituir la vigencia de la de 1979 y la convocatoria a una asamblea constituyente en caso de que el Congreso aprobara la reforma total de la Constitución.

Estos sectores (especialmente algunas organizaciones de la sociedad civil, así como algunos medios de comunicación) asumieron una posición a favor de la convocatoria a una asamblea constituyente, expresando además que el Congreso no está facultado para elaborar una nueva Constitución, que es lo que pretendería una reforma total del texto.

El fundamento del Congreso por la reforma total de la Carta (y no su sustitución) se sustentó jurídicamente en los artículos 206 y 32, inciso 1, de la Constitución de 1993, que dispone los mecanismos para tal reforma, posición validada por la sentencia del Tribunal Constitucional en el sentido de la constitucionalidad del proceso de reforma total de la Constitución por el Congreso.

3.1. La ley 27.600 que da inicio al proceso de reforma constitucional

La ley 27.600 establece en su artículo 2 que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de 1979. Dice luego que el texto aprobado será sometido a referéndum. La norma establece así que la reforma constitucional será total, es decir, sobre la base de la revisión integral del texto de 1993. La ley referida dispone una reforma de la Carta Constitucional a partir de los preceptos que ella misma establece. La única posibilidad de reformar el texto fundamental en el marco del sistema constitucional es a través de una reforma realizada por el Congreso de acuerdo con los alcances de la propia Carta.

3.2. Algunas características del debate de reforma constitucional

Durante el primer semestre del 2003 continuó el debate de reforma constitucional en el Congreso de la República iniciado a partir de la ley 27.600 del 15 de diciembre del 2001.

El Congreso hizo uso de los artículos 206 y 32, inciso 1, de la Constitución de 1993. Recogió las críticas, observaciones y propuestas contenidas en 103 aportes de instituciones de la sociedad civil. Por ejemplo, muchos colegios profesionales, ciudadanos y juristas contribuyeron con ideas en diversos temas. Se realizaron 27 foros públicos descentralizados. Las opiniones ciudadanas están contenidas en cinco tomos que testimonia el gran trabajo de participación ciudadana.

La reforma constitucional se fue llevando a cabo a la luz de la opinión pública, con la máxima transparencia y la más abierta convocatoria, y se conformaron espa-

cios de participación en Internet a través del enlace a la reforma constitucional de la página web del Congreso y con el compromiso de que el texto final fuera sometido a consulta popular a través de un referéndum.

Más adelante, y pese a que más de las tres cuartas partes del texto se había debatido en el Pleno, algunas fuerzas políticas retrocedieron y plantearon que el debate de la reforma constitucional se suspendiera hasta que se establecieran nuevos mecanismos para continuar con los cambios de la Carta Magna. Incluso se llegó a pensar que la reforma se debía realizar en función de la Constitución de 1979, cuando ya el tema se había discutido y había sido superado. Una alternativa que surgió fue la de la reforma parcial aplicada a la Constitución de 1979 dentro del procedimiento que señala el artículo 206 de la Carta vigente. Prevaleció, en realidad, el cálculo político.

Una cuestión previa, como se aprecia más adelante, paralizó en mayo del 2003, teóricamente durante diez días, el debate de la reforma. Al no recuperarse el consenso entre las bancadas, la suspensión se prolongó. A casi más de año y medio de paralizado el proceso, éste no muestra visos de reiniciarse.

3.3. El debate constitucional en el Pleno del Congreso

El debate del proyecto de Reforma de la Constitución en el Pleno del Congreso se inició el 12 de setiembre del 2002, con la discusión del título I (de los derechos y deberes fundamentales y procesos constitucionales). El propósito era aprobar esta primera parte de la nueva Carta Magna para dar paso al título III (del régimen económico), compuesto por 36 artículos.

A lo largo del debate se mantuvieron posturas contrarias al proceso, como la de los parlamentarios Daniel Estrada y Yohny Lescano, quienes consideraron que la reforma constitucional no debía ser desarrollada por el Congreso, sino por una asamblea constituyente.

Con el 70% de los artículos aprobados en marzo y luego de un largo proceso impulsado por el compromiso de las fuerzas políticas, en la sesión vespertina del Pleno del 24 de abril del 2003 el Congreso aprobó suspender el debate constitucional desde el 25 de abril hasta el 5 de mayo. En los hechos, esa suspensión continúa hasta la fecha. Los últimos artículos aprobados estuvieron referidos al Régimen de Excepción.

3.4. La acción de inconstitucionalidad del Colegio de Abogados del Cusco

3.4.1. Las objeciones del Colegio de Abogados del Cusco

En la demanda del Colegio de Abogados del Cusco se sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la ley n° 27.600, se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferi-

ble, pues bajo el membrete de “reforma total” pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un “golpe de Estado”. Afirmar, además, que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente. Luego sostiene que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una asamblea constituyente, elegida expresamente con dichas facultades.

3.4.2. *La contestación del Congreso de la República*

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

De otro lado, afirma que el número de votos necesarios para la aprobación de la ley n° 27.600 no tuvo por qué ser análogo al número de votos necesarios para aprobar una ley orgánica.

Finalmente, dice que el retiro de la firma del ex presidente Alberto Fujimori del texto de la Constitución de 1993 constituye un gesto político necesario para la moral pública, en aplicación de la resolución legislativa n° 009-2000-CR, que declaró su permanente incapacidad moral para gobernar, acto que sin embargo no afecta la vigencia de la Constitución de 1993. De alguna manera podría interpretarse que el Congreso lo percibe como un acto simbólico.

3.4.3. *La sentencia del Tribunal Constitucional*

La sentencia del Tribunal Constitucional establece que la demanda de inconstitucionalidad es infundada. Considera que no está prohibido a las comisiones del Congreso presentar proyectos de ley; que el texto resultante, una vez aprobado por el Congreso y aceptado mediante referéndum, será una Constitución nueva, la que debe recoger la Constitución histórica de la República y los principios y valores establecidos en la Constitución de 1979 y que el retiro de la firma de Alberto Fujimori en el documento de promulgación es legítimo, pues no despromulga la Constitución de 1993.

La sentencia declara que el Poder de Reforma Constitucional es un poder limitado. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden, ser formales y materiales. Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere.

Desde una perspectiva doctrinaria, la reforma constitucional es siempre parcial. Sin embargo, en aquellos sistemas que, como el peruano de 1993, se prevé expresamente la hipótesis de la reforma “total” (artículo 32°). El Tribunal Constitucional estableció que, cualquiera sea el pronunciamiento que en torno a la hipótesis de la reforma total de la Constitución que debía expedir, necesariamente habría de realizarse a partir de lo que sobre tal asunto haya previsto la Constitución de 1993.

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

Admite así la vigencia de una Ley de Reforma Constitucional y que el proceso no refiere la sustitución por otro texto constitucional. Si el artículo 206° de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32° constitucionaliza que la reforma pueda ser total.

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

Si bien la decisión de instaurar un orden constitucional diferente puede realizarse a través de un Poder Constituyente, no impide que, en un ordenamiento como el peruano, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo

a la decisión del soberano, a través del referéndum. La decisión de aprobar el texto corresponde, no obstante, al Poder Soberano. De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en el Congreso, necesariamente debe concluir con un referéndum, caso contrario puede declararse la inconstitucionalidad de tal proceso.

El Tribunal considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo 206° de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso, pues una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un proyecto de nueva Constitución éste no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

El voto singular del magistrado Aguirre Roca coincidió con la sentencia en que la supresión comentada no afecta la vigencia de la Constitución, pero por motivos distintos. La argumentación del voto singular se sustenta en la decimocuarta disposición final y transitoria, según la cual “la presente Constitución, una vez aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado de referéndum regulado mediante ley constitucional”. Así, según el voto singular, “la validez de la Constitución vigente, según su propio tenor, depende —y dependió siempre, *ab initio*— de sólo dos actos sucesivos y complementarios, a saber: la aprobación otorgada, primero, por el Congreso Constituyente Democrático, y la aprobación subsiguiente, sancionada por el pueblo, a través del referéndum”. Es decir y tal como lo expresa: “lo que la firma no dio, su retiro no puede quitar”.

El Tribunal Constitucional declaró que la ley 27.600 es constitucional y con ello el debate jurídico debería haber quedado zanjado. En ese sentido, el Congreso tiene el camino libre para una reforma total del texto constitucional de 1993. Las sentencias del Tribunal Constitucional no sólo son inapelables sino que constituyen la decisión del intérprete supremo de la Constitución.

4. La propuesta de vías de reforma constitucional del presidente Alejandro Toledo

En su discurso ante el Congreso, el 28 de julio del 2004, el presidente Alejandro Toledo planteó tres vías posibles de reforma o cambio constitucional a dilucidar por el Acuerdo Nacional: convocar a una asamblea constituyente, dar potestades constituyentes al próximo Congreso por seis meses o continuar el proceso de reforma ya iniciado por el actual Congreso.

4.1. Sobre la convocatoria a una asamblea constituyente

Una de las formas a través de las cuales se manifiesta el poder constituyente es mediante una Asamblea Constituyente. Es tal vez su expresión más auténtica y la que

no pocos problemas suele originar, pues no se trata de un poder constituido —que tiene límites— sino de una instancia con capacidad, en principio, ilimitada.

A diferencia de los otros órganos del Estado, y esta es una diferencia sustancial, los fundamentos de una Asamblea Constituyente no derivan de la Constitución. No se encuentra en ella, por lo tanto, sus posibilidades o modos de actuación. Una Asamblea Constituyente encuentra su fundamento en sí misma, en las circunstancias que la originan. En consecuencia, cualquier análisis jurídico sobre este tema no puede desconocer las bases políticas sobre las cuales se justifican su aparición y funcionamiento.

La Constitución de 1993 no ha previsto la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente, por lo que, si esto ocurre, podrían surgir dudas sobre su compatibilidad con la ley fundamental. En una coyuntura en la cual no existen posiciones de consenso sobre la vía más adecuada para reformar la Constitución, quienes tengan una posición contraria a la opción de la asamblea constituyente podrían cuestionar su convocatoria a través de una acción popular o una demanda de inconstitucionalidad. Esto es jurídicamente posible, pues toda convocatoria a una asamblea constituyente se realiza a través de una norma legal.

De producirse esta situación, habría que esperar el pronunciamiento del órgano competente (Poder Judicial o Tribunal Constitucional, según corresponda) para tener certeza de que existe luz verde para el funcionamiento de la asamblea.

En todo caso, de adoptarse la opción de la convocatoria a una asamblea constituyente, debe quedar en claro que su trabajo debería enmarcarse o tomar como base el realizado hasta el momento por el actual Congreso.

4.2. Dar facultades constituyentes al próximo Congreso en el marco de la Constitución de 1993

La propuesta de otorgar facultades constituyentes a un Congreso futuro por un plazo determinado para plasmar una nueva Carta Fundamental no tiene un fundamento constitucional. El poder constituido (el Parlamento y el Gobierno lo son) está sujeto a los límites que prevé la Constitución.

La teoría del poder constituyente tiene una raíz histórica, pues nace de la necesidad de dar contenido político y jurídico a la transición de un Estado absoluto a un Estado democrático. En virtud del contrato social, los ciudadanos adquieren un poder constituyente que crea un orden fundamental y establece el marco al cual habrá de sujetarse la autoridad. Los poderes constituidos no pueden ejercer a plenitud la competencia propia del poder constituyente, como tampoco el poder constituyente puede, con carácter de permanencia, seguir operando como poder constituido. Es el pueblo directamente el que tiene la potestad constituyente.

Si parte del poder constituyente (pueblo) está configurada en el poder constituido (Congreso), atendiendo al artículo 206 de la Constitución y a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema, el poder de reforma no convierte al Congreso en poder

constituyente al punto de adoptar una nueva Constitución. El Tribunal Constitucional sostiene que las reformas no pueden afectar el núcleo duro del texto. El Congreso tiene potestad de reforma parcial, pero no es en sí mismo un poder constituyente; por lo tanto, para que la propuesta sea válida, el Congreso del 2006 tendría que estar dotado de una capacidad superior a la prevista por el artículo 206 de la Carta.

Esta reflexión vale para asumir que si sólo es viable jurídica y políticamente la reforma de la Carta por el Congreso de acuerdo con el artículo 206 de la norma fundamental, no corresponde a éste ni a ningún otro poder constituido asignar funciones constituyentes plenas que ni siquiera se pueden asignar a sí mismos. El único antecedente es el del Congreso que en 1859 se autoasignó facultades constituyentes, en lo que algunos han convenido en llamar *golpe parlamentario*. Así se elaboró la Constitución de 1860. Dato aparte es que, pese a los procedimientos irregulares, esta Carta fue la que mayor vigencia tuvo entre todas las cartas fundamentales que rigieron la república desde 1823; operó en este caso un proceso de legitimación social, la misma que le dio posterior legitimidad al texto de 1993.

Sólo quedarían dos vías legítimas desde un punto de vista jurídico y político: la de la reforma constitucional contemplada en el artículo 206 y 32-1 y la que puede surgir de un referéndum en el que el pueblo (único investido de facultades constituyentes plenas) decida por la convocatoria a una asamblea constituyente o por dotar de facultades constituyentes temporales al Congreso del 2006.

Corresponde señalar, en primer lugar, que el pueblo soberano y en ejercicio del poder constituyente absoluto puede, por consulta previa, decidir el camino a seguir; entre otros, el de dar atribuciones constitucionales temporales a un Congreso que recién entrará en funciones en el 2006.

Como *per se* el Congreso próximo no puede decidir por sí mismo ser constituyente y esa función sólo se la puede dar el pueblo (por referéndum previo o porque en el acto de elegir parlamentarios la elección contiene el referéndum mismo), tendría que proceder a la consulta previa o elaborarse una ley especial de convocatoria a las elecciones generales del 2006: elección de representantes y simultáneamente consulta a los ciudadanos sobre si están de acuerdo en darle al Congreso facultades constituyentes por el plazo de seis meses.

¿Este sistema supone alguna ventaja? En todo caso, ¿por qué postergar hasta el 2006 reformas que son urgentes e indispensables? El Estado peruano tiene en la Constitución de 1993 una camisa de fuerza para obrar; ésta fue diseñada para un gobierno autoritario en un contexto de “toma progresiva del Estado”. No es una Constitución adaptada a las necesidades de la democracia.

4.3. Continuación de la reforma constitucional iniciada por el Congreso

Como se ha analizado, ésta es la única propuesta que se ajusta a la Constitución de 1993 y no rompe el esquema trazado por el ordenamiento constitucional. Las otras

posibilidades planteadas por el presidente Alejandro Toledo suponen una ruptura institucional, en el sentido de que sólo son admisibles en situaciones irregulares de tipo fundacional. Pese a que la Carta de 1993 es cuestionable por su origen, ha ganado su legitimación a través del tiempo. Las autoridades democráticas fueron elegidas bajo su marco, fue el referente de las sentencias judiciales y constitucionales, la invocaron los abogados y los juristas. Esta aseveración no supone que dicho texto sea conforme; por el contrario, por su origen y contenido tendencioso debe ser revisado en su totalidad y reformado según las pautas y necesidades de la democracia.

El análisis realizado del proceso de reforma constitucional en capítulos precedentes nos advierte que el proceso debe ser retomado.

5. Excesos en el proceso de reforma constitucional

Si bien el camino de la reforma parcial de la Constitución de 1993, a partir de los mecanismos establecidos en su artículo 206°, es el que nos parece más adecuado, esta alternativa no ha estado exenta de debate ni de planteamientos que otorgan a una reforma parcial alcances múltiples en cuanto interrelación con dispositivos constitucionales en apariencia no afectados. Así las cosas, una reforma parcial también puede desestructurar la lógica interna de la propia Carta, como se verá.

5.1. *La discusión sobre los alcances del artículo 206°*

El artículo 206° de la actual Carta Política señala:

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.

La norma se refiere expresamente a “Toda reforma constitucional [...]”. Sin embargo, se plantean dos posturas de interpretación. Una primera que señala que esta norma sólo facultaría al Congreso para realizar cambios parciales en la Constitución y no la reforma total del cuerpo constitucional, que es lo que en el actual contexto político se debería buscar, dado el ilegítimo origen de todo el documento de 1993.

Los partidarios de la reforma por el Congreso, en el sentido de que puede incluirse su totalidad, entienden que ésta es la única vía válida posible, mientras que la opción de una asamblea constituyente está rodeada de peligros:

Para los defensores de la reforma por el Congreso, la Carta de 1993 permite que el Congreso haga la reforma total del texto constitucional y, por el contrario, una Asamblea Constituyente implica la ruptura del esquema institucional en el sentido de que no está prevista en la lógica constitucional que sólo contempla la organización de los poderes constituidos y la utilización de mecanismos de reforma constitucional, establecidos en el artículo 206° de la Constitución de 1993. Asumen también que si bien el poder constituyente emana del pueblo, la experiencia histórica alecciona que refundar periódicamente la república por medio de asambleas constituyentes es una práctica nefasta. Se sostiene que ese ha sido el recurso de muchos gobiernos autoritarios en su afán de legitimarse. En el Perú no se ha experimentado el camino de las reformas, solamente el de las Asambleas Constituyentes y sin embargo, salvo la Carta de 1860 o de 1979, ninguna logró eficacia o vigencia real, es decir, en términos de Karl Loewenstein, fueron cartas “semánticas” o simplemente nominativas.¹

A nuestro juicio, la discusión sobre la cuestión de los alcances de la validez de una reforma constitucional según el artículo 206° en términos de *reforma total contra reforma parcial* debe plantearse en otros términos y atender principalmente a los problemas jurídicos sustanciales que cada vía entiende, así como sus alcances.

Veamos. ¿Cuándo podríamos estar ante una reforma total y cuándo ante una reforma parcial de la Constitución (o de una norma en general)?

Desde el incierto punto de vista cuantitativo podríamos tratar de establecer el límite entre lo parcial y lo total preguntándonos si es que todo lo que es inferior al 100% de cambios de texto se puede considerar reforma parcial, y sólo en el caso de un 100% de cambios de texto se debe considerar reforma total. (Esto, ciertamente, no debería ser objeto del debate parlamentario, pero ¿quién sabe?) Como es evidente, este criterio de distinción nos sirve de poco y puede llevarnos a discusiones innecesarias, pues no es ése el enfoque que se debe dar al análisis de un proceso de reforma constitucional.

Desde el punto de vista cualitativo, las cosas deberían quedar más claras. La Constitución está estructurada y ordenada de manera jerárquica y sistemática. Así, los primeros artículos constituyen la esencia de los derechos, la organización política, los deberes y las libertades que debe proteger y promover el orden jurídico peruano. Por eso, a partir y en función de ellos se desarrolla el resto del cuerpo constitucional.

En este sentido, teniendo en cuenta que la Constitución es una unidad coherente, cambios en los contenidos de las normas principales deben implicar la realización de cambios en los contenidos de las otras normas del documento. Pero aun así, ¿qué tipo de cambios en el contenido de las normas principales nos pueden llevar a afirmar que se ha producido un cambio total o parcial de la Constitución? Esta pregunta podría contestarse con algunas certezas: los cambios en los contenidos esenciales del ordenamiento constitucional vigente como el sentido político de lo que hoy son los

¹ Véase *Ojo Ciudadano en el Congreso* (Boletín Informativo del CONSODE), año 1, n° 2, setiembre de 2003, p. 54.

derechos y las libertades fundamentales, la configuración y la estructura básica del Estado y la nación, etc. Ellos implicarían necesariamente cambios sustanciales, pero ¿cuándo esos cambios pueden calificarse como un cambio total, y cuándo como cambios parciales del texto constitucional?

Más allá de una desgastante reflexión filosófica sobre el asunto, cabe pensar en las coyunturas de política, sociedad y economía que se depositan en el espacio jurídico del cual se desprende el orden constitucional. Si tenemos en cuenta la tradición jurídico-constitucional del país en las últimas décadas, hoy en día la distinción entre “reforma total” y “reforma parcial” de la Constitución no tiene un asidero real, pues más allá del tipo de proceso de reforma que se desarrolle, o del cuerpo político que la promueva, o de los cambios de contenidos que se propongan, en el contexto actual no es posible pensar que se plantearán cambios sustanciales en las normas esenciales de nuestra Carta Política. Esto quiere decir que las líneas maestras trazadas en la Constitución de 1979 y recogidas por la de 1993 provienen de la tradición histórica republicana del Perú y forman parte de lo que según algunos constitucionalistas se denomina la *Constitución histórica* y otros el *núcleo* duro. Este aspecto sustancial que expresa la identificación entre el pueblo peruano y su Constitución, es decir, su modelo de organización política de derechos sustantivos, no puede en las actuales circunstancias ser afectado; por lo tanto, queda excluida la referencia total en la medida en que ello signifique una revolución político-jurídica plasmada en un nuevo texto constitucional. A su vez, esto significa que de lo que se trata en el actual debate es de un proceso de integración y depuración de las cartas de 1979 y 1993, que tome como eje subordinante a la primera pero con las inevitables actualizaciones que la modernización democrática del país demande.

A esto es a lo que podríamos llamar sin ambages una importante reforma parcial de la Constitución, a condición de que se respeten criterios de cohesión, consistencia y sistematicidad

Este enfoque dejaría insatisfechas aquellas posiciones que exigen la reforma total, no sólo como cambio en la sustancia sino como exigencia moral que obliga a borrar toda traza de la Constitución de 1993. En efecto, no faltan las voces que plantean que el cambio de un cuerpo político corrupto por otro democrático supone una transformación de fondo en el ordenamiento constitucional aun cuando los ejes constitucionales permanezcan estables. Y yendo más allá, hay quienes sostienen que el acto de supresión “total” del texto constitucional espurio y la promulgación de uno “nuevo” es un paso sin el cual el honor de la sociedad y de la democracia no se puede sostener.

Estas últimas razones son de orden moral o político; aun cuando respetables en sí, dejan en pie la consistencia jurídica del artículo 206°. Lo cierto es el artículo en referencia no hace distinguos entre reforma parcial ni total de la Constitución (“Toda reforma constitucional...”) y, por lo tanto, deja abierta la posibilidad de transformar ampliamente el texto constitucional sin poner limitaciones para ello.

Por todas estas razones consideramos que seguir la vía de la revisión y reforma previstas en el artículo 206° es la fórmula más idónea. A fin de cuentas, es una lec-

ción de democracia y madurez social subsanar errores pero conservar el orden y la estabilidad democrática que tanto le han hecho falta al país.

5.2. *La polémica propuesta de reforma del artículo 103° de la Constitución*

No obstante nuestra posición en el actual debate se inclina realistamente por aceptar una reforma parcial que tome como punto de partida la Constitución de 1979 actualizada y modernizada, queremos dejar sentada nuestra preocupación respecto de reformas parciales que, con el pretexto de eliminar un extremo defectuoso de la Constitución de 1993, introducen en el texto constitucional vigente disposiciones que no sólo afectarán derechos sustantivos de la persona, sino que demás configuran una interferencia grave en el proceso mismo de hacer la importante reforma parcial que se espera alcanzar antes de las elecciones del 2006.

El caso del que nos vamos a ocupar podría llamarse el de la pretensión de una fisura capital o el de un intento de desestructuración general del cuerpo constitucional.

En la primera disposición final y transitoria de la actual Constitución se consagra un régimen pensionario que es abiertamente arbitrario y antitécnico.² Este dispositivo reza:

Primera: Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19.990 y 20.530 y sus modificatorias.

Antes que una disposición final y transitoria, este dispositivo lo que hace es darle rango de norma constitucional a la estabilidad jurídica de estos regímenes pensionarios, tendiendo sobre ellos un blindaje que se pone por encima de la dinámica y la justicia social.

El asunto es que, para eliminar la inequidad sobradamente demostrada de uno de estos regímenes pensionarios, entre otras reformas se propone introducir una de carácter constitucional, según la cual, además de eliminar la referida disposición final y transitoria sustituyéndola por otra, se incorporaría al artículo 103° de la Carta Fundamental la teoría de *los hechos cumplidos*, sin considerar las implicaciones que ello podría tener para la coherencia de todo el sistema constitucional. Veamos.

El actual texto del artículo 103° de la Constitución señala:

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

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

² Previsto en la ley 20.530, que no es del caso detallar aquí.

La propuesta de reforma constitucional es la 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. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

Esta propuesta busca sin miramientos dar una patente de corso al Poder Legislativo para hacer y deshacer sin distinguos con todos los derechos que se le pudieran haber reconocido en algún momento dado a un ciudadano o a cualquier sujeto de derecho (fuera de las excepciones tradicionales en materia penal). Ello puede ser comprensible dentro de la dinámica de las normas del derecho civil, pero esta lógica no puede asimilarse desde la Constitución a todo el ordenamiento jurídico.

La esencia del texto constitucional en un Estado de derecho consiste precisamente en limitar el poder discrecional del Estado garantizando condiciones básicas de respeto a los derechos fundamentales, esos que por su naturaleza son reconocidos por el Estado y no otorgados por él.

Vistas así las cosas, cabe preguntarse si es compatible con la lógica constitucional elevar a ella la discusión entre la teoría de los hechos cumplidos y la teoría de los derechos adquiridos.

Entre los argumentos en los que se pretende sostener la reforma constitucional propuesta encontramos el siguiente:

A la luz de la característica de los derechos fundamentales de ser susceptibles de limitaciones por parte del Estado, es importante, destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la virtual compatibilidad de las normas que efectivicen dicha finalidad con el ordenamiento internacional dirigido a tutelar los derechos humanos si concurren razones de utilidad pública o de interés social y se utiliza el instrumento jurídico adecuado, que es la ley. En el caso “Cinco pensionistas versus Perú”, interpretado el texto del artículo 21° de la Convención Americana en materia de Derechos Humanos y del artículo 5° de su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Señala: “Si bien el derecho a la pensión nivelada [...] es un derecho adquirido los estados pueden poner limitaciones al goce de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de pensiones), los estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados”.

Basta un análisis del contenido del texto citado para darnos cuenta de que hay un equívoco en la pretensión de utilizar este pasaje de una decisión de la Corte como justificación del recorte de derechos. La posición internacional sobre la materia entiende la necesidad de flexibilidad que puede requerir un sistema pensionario, pero en modo alguno se desprende de ella la constitucionalización de esta flexibilidad, menos aún dándole alcance general a un principio de derecho común. Por el contrario, el texto citado expresamente señala que “el instrumento jurídico adecuado” para

limitar los efectos de las leyes que desarrollan la protección de los derechos humanos es la ley y no la Constitución. Más adelante y con claridad el texto de la Corte señala:

Si bien el derecho a la pensión nivelada [...] es un derecho adquirido los estados pueden poner limitaciones al goce de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de pensiones), *los estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados.*³

Finalmente, debemos señalar que si bien existen mecanismos de protección expresados en la propia Constitución, de los cuales por la vía de la interpretación se podrían desprender los límites de la propuesta de reforma, lo cierto es que el carácter tuitivo de la Constitución en un Estado de derecho debe entenderse también en un sentido preventivo, esto es, evitar aquellos dispositivos que por su excesiva apertura pudieran poner en peligro los derechos fundamentales.

³ El resaltado es nuestro.