

## ¿REFORMA, MUTACIÓN O ENMIENDA CONSTITUCIONAL?

José F. PALOMINO MANCHEGO\*

*“Una reforma de la Constitución debe exigir un prius inexcusable de un consenso político equiparable al alcanzado en el momento constituyente”.*

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema: planteamiento del problema: ¿reforma total o revisión total de la constitución?* II. *El poder constituyente como presupuesto inicial.* III. *Segundo presupuesto: la fuerza normativa de la constitución.* IV. *Constitución en sentido material y constitución en sentido formal.* V. *La posición de Domingo García Belaunde.* VI. *Conclusiones provisionales.* VII. *Apéndice. La reciente reforma constitucional en Cuba del 26 de junio de 2002 (un caso singular).*

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿REFORMA TOTAL O REVISIÓN TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN?

Ante todo, es útil indicar que la actual situación política se ve plenamente identificada con el tema de la reforma constitucional. El mejor ejemplo que

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Diplomado en Defensa Nacional por el Ministerio de Defensa de España.

Como en anteriores ocasiones, tengo un deber de gratitud hacia Domingo García Belaunde, Javier Tajadura Tejada, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, por sus valiosas observaciones, sugerencias y material bibliográfico que me han proporcionado en su día.

se puede traer a colación es la Ley N° 27600 (El Peruano, 16 de diciembre de 2001). Su artículo 2 apunta literalmente lo siguiente:

“... ”

La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones constitucionales, propondrá un proyecto de *reforma total* de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú, y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobada, quedará abrogada la Constitución de 1993...”<sup>1</sup>

De otro lado, la opinión pública (sociedad civil), cuyo poder de decisión es cada día más notorio, también ha dejado sentir su voz a tenor de los siguientes comentarios:

¿Cómo debe hacerse la reforma constitucional?<sup>2</sup>

Algunos extractos de nuestro foro:

- “Que no cambien la Constitución actual”.
- “Debemos tender hacia una carta más liberal”.
- “Debería volverse a la Constitución de 1979 y a partir de ella hacer la reforma”.
- “Que siga como está. ¿Para qué cambiarla?”.

---

<sup>1</sup> Para el caso peruano hasta la Constitución de 1979, *vid.* Domingo García Belaunde: “¿Reforma constitucional?”, en AA.VV. *La Constitución diez años después*, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, págs. 337-358. Del mismo autor, teniendo al frente la situación actual, *vid.* “Sobre la reforma constitucional y sus problemas”, en AA.VV. *Propuestas de reforma constitucional*, Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2002, págs. 15-34. Ahora, vuelto a publicarse debidamente corregido en la presente *Revista Aequum et Bonum*. Además, *vid.* Humberto Henríquez Franco: *Naturaleza y técnicas de la reforma constitucional*, tesis para optar el grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; y Alberto Villacorta Michelena: *Los límites de la reforma constitucional*, Editorial Grijley, Lima, 2003. Antecede Prólogo de Javier Valle-Riestra.

<sup>2</sup> Las opiniones se han tomado de “El Comercio”, 4 de enero de 2002. Acerca de la reforma constitucional me he ocupado también en el Prólogo al libro de Gerardo Eto Cruz: *Estudios de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional de Trujillo-Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Trujillo, 2002, págs. I-XXIV. De igual forma, se ha publicado como artículo con el siguiente título: “Gerardo Eto Cruz y el Derecho Constitucional (Algunas notas a propósito de su reciente libro)”, en la *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, n° 31, febrero, Trujillo, 2002, págs. 143-156. Ahí pongo de relieve los importantes aportes de Peter Häberle en lo que concierne al “poder constituyente del pueblo” y al amplio espectro de posibles soluciones político-constitucionales.

- “Tiene que hacerse de modo ordenado, tomando como base la actual Constitución y, a partir de ella, promover un debate sobre los puntos fundamentales”.
- “Bajo los mismos criterios que se siguió en 1993 para que el país progrese, y no se quede estancado como en 1979”.
- “Antes que nada el Gobierno y los partidos tienen que ponerse de acuerdo sobre una agenda básica de reforma. ¿Qué país queremos para nuestros hijos y qué ámbitos debemos atender prioritariamente?”.
- “La reforma constitucional que se piensa hacer en el Congreso debe incluir la prohibición a perpetuidad de la reelección presidencial”.
- “Debe hacerse sin alterar la estabilidad nacional ni espantar las inversiones”.
- “No debe incluir la obligatoriedad del sufragio. Eso debe ser parte de la democracia”.
- “Debe considerar el problema social, respetar los principios constitucionales y los derechos de la persona y la sociedad. Debe imponer severas sanciones a los presidentes, ministros y congresistas que delincan y se burlen de la voluntad popular”.
- “Tiene que haber un Congreso Constituyente elegido por el pueblo”.
- “La reforma debe realizarse bajo los conceptos de representatividad, para lo cual debe perfeccionarse los mecanismos de participación popular”.

De lo expuesto se desprende que las opiniones van y vienen sin medir las consecuencias que acarrea una reforma de la Constitución mediante el proceso constituyente (*Verfassunggebung*). En las páginas que siguen veremos algunos aspectos relacionados con el tema, básicamente pensando en la dogmática o teoría constitucional que es, sin duda alguna, el mejor recetario y soporte para desarrollar una verdadera reforma constitucional, y su diferencia con la mutación y la enmienda constitucional.<sup>3</sup> Así, la Constitución como norma mantiene la supremacía del ordenamiento jurídico, es decir,

---

<sup>3</sup> Según el *Diccionario de la Lengua Española*, 22<sup>ava</sup>. edición, Madrid, 2001, el vocable “Reforma” equivale a acción y efecto de reformar o reformarse. “Reformar” significa volver a formar, rehacer, modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo. Mientras que “Mutación” significa acción y efecto de mudar o mudarse. Finalmente, “Enmienda” equivale a acción y efecto de enmendar, propuesta de variante, adición o reemplazo de un proyecto, dictamen, o informe o documento análogo.

sobre el resto de las fuentes del Derecho<sup>4</sup> o de las normas infraconstitucionales. En esa línea de principio, técnicamente la *supremacía* de la Constitución se complementa con el instituto de la *rigidez* constitucional<sup>5</sup> que supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Es más, la Constitución se agota en el acto constituyente.<sup>6</sup> A tenor de tales ideas podemos plantear la interrogante: ¿reforma? o ¿revisión? total de la Constitución.

De igual manera, tema político y de viva actualidad es el que ahora nos proponemos desarrollar: la reforma constitucional. En fecha reciente mucho se ha dicho y poco se ha comprendido sobre la materia, en especial por los operadores políticos. En tal sentido, conviene decir algo al respecto como una contribución al debate alturado y académico, y que sirva como material de trabajo, al igual que otros ensayos que vienen *per se* aportando lo suyo. Por consiguiente, lo cierto es que la reforma constitucional es actualmente un problema político, pero que merece indudablemente desde sus raíces una solución jurídica.<sup>7</sup>

Como anota Balaguer Callejón, con evidente acierto: “Sobre la reforma constitucional confluyen las tensiones más intensas del sistema constitucional. Esta acumulación de tensiones es lógica si se tiene en cuenta que la reforma no es solo un mecanismo técnico de modificación de la Constitución sino también la vía por la que el poder constituyente se integra en el orden constitucional. Un poder constituyente sometido a normas justamente por

---

<sup>4</sup> Sobre este punto *vid.* el libro de Miguel Carbonell de tan superlativo mérito: *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, 2ª. edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999.

<sup>5</sup> Al respecto, *vid.* Pablo Lucas Verdú: “Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional”, en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, t. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, págs. 107-132. Su lectura me ha aclarado muchas dudas. Más de pronto, *vid.* Alessandro Pace y Joaquín Varela: *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

<sup>6</sup> *Cfr.* Francisco Balaguer Callejón (Coordinador): *Derecho Constitucional*, vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pág. 109.

<sup>7</sup> Inspirado en la doctrina italiana nos dice Carlos de Cabo Martín que: “La relación de Tiempo y el Derecho es una relación compleja que trata en su globalidad de responder a la contradicción que en todos los ámbitos plantea el transcurso del tiempo como es el de la permanencia-cambio y que en el Derecho suscita las cuestiones de vigencia, eficacia y seguridad jurídicas. Y es también y sobre todo una relación compleja porque es de doble dirección en cuanto comprende la del Tiempo en el Derecho y la del Derecho en el Tiempo”. Todas estas singularidades tienen su proyección específica en la reforma constitucional. *Cfr.* su libro *La reforma constitucional*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2003.

medio de la regulación constitucional de la reforma, pero que no deja por ello de evocar a los agentes políticos con capacidad para reestructurar el marco de convivencia social que la Constitución supone. De ese modo, la reforma constitucional adquiere una doble naturaleza por cuanto expresa y limita a la vez al poder constituyente”.<sup>8</sup>

## II. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRESUPUESTO INICIAL

Discurramos brevemente sobre el poder constituyente. Lo primero que hay que analizar es ¿Cuál es el significado y alcance del poder constituyente (*pouvoir constituens*)? ¿Es lo mismo que el poder político? ¿Se le puede encuadrar y definir como poder jurídico y limitado? Pérez Serrano con su maestría habitual nos decía lo siguiente: “En realidad, si atendemos a su pura y esencial significación, habremos de entender que es ‘constituyente’ el poder que ‘constituye’. De lo cual cabe derivar dos consecuencias: 1ª. Que ha existido poder constituyente en todo tiempo, pues siempre ha habido en la comunidad política un poder que la organice, le dé estructura, le imprima su peculiar fisonomía específica dentro del género Estado y 2ª. Que sólo merece el nombre de ‘constituyente’ el poder que verdadera y cumplidamente realiza esta misión, aunque no esté jurídicamente prefigurado para acometerla y, por el contrario, no tiene derecho al título el poder que por más que este calificativo se designe fracasa en su empeño de *constituir*”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Cfr. el trabajo del catedrático granadino Francisco Balaguer Callejón: “El *status* constitucional de la reforma y la *fragmentación* del poder constituyente” en AA.VV. *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 122.

<sup>9</sup> Cfr. Nicolás Pérez Serrano: *El poder constituyente*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1947, pág.11. En la doctrina nacional recientemente ha visto la luz el ensayo de Aníbal Torres Vásquez: “El poder constituyente”, en la Revista del Foro, Año MMIII, n° 1, junio, Lima, 2003, págs. 9-18. Apoyado en los clásicos, según el autor, con quien guardamos un respeto mutuo, el poder constituyente originario comprende la potestad de dictaminar la primera Constitución o de reformar o de sustituir la existente por otra. Emanada directamente del pueblo, no está instituida por alguna Constitución precedente, por lo que no está sometido a reglas anteriores. Se caracteriza por ser originario, supremo, soberano, extraordinario, ilimitado y autónomo. Mientras que el poder constituyente derivado o constituido —agrega Torres Vásquez— denominado también poder revisor o poder constituyente permanente o instituido, comprende la potestad de reformar, haciendo modificaciones, supresiones o adiciones a preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en el mismo texto.

La posibilidad de formular una tipología de los conceptos de poder constituyente (que según Carl Schmitt es “voluntad positiva”) arranca de la comprobación de que la teoría constitucional utiliza aquella expresión con variadas direcciones, las más de las veces en un notorio emparentamiento o connotación con posiciones ideológicas muy definidas o compromisos con afirmaciones dogmáticas y apriorísticas pertenecientes a diversas “escuelas” o tendencias jurídico-políticas. En tal sentido, el punto de arranque lo encontramos en la doctrina expuesta por el abate Emmanuel Sieyès (1748-1836) con su panfleto: *¿Qué es el Tercer Estado?*<sup>10</sup>, escrito en plena Revolución francesa: el *pouvoir constituant* de la Nación.<sup>11</sup> Conceptualizando, el poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la existencia política, determinando así la propia existencia de la unidad política como un todo.<sup>12</sup>

Y como bien apunta Eto Cruz: “El poder constituyente, como desarrollo teórico, es un archipiélago que nutre distintas aristas del amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo. Así —añade Eto Cruz— el poder constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios, que en líneas generales son: a) el origen fundacional del Estado; b) en la reforma de la Constitución, y con él, en el tema de las mutaciones constitucionales; c) guarda conexidad, además, con el tema de la interpretación constitucional, y con el propio fundamento de la defensa de la Constitución; d) igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía; y e) su vinculación estrecha con la transición política”.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> *Vid.*, especialmente: *Escritos políticos de Sieyès*, Cronología, Orientación bibliográfica, Introducción y Estudio preliminar de David Pantoja Morán, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1993. También, Emmanuel Sieyès: *¿Qué es el Tercer Estado?*, traducción del francés, introducción y notas de Francisco Ayala, Aguilar S.A., de ediciones, Madrid, 1973.

<sup>11</sup> Para mayor amplitud, *vid.* los argumentos finamente tallados de Jorge Reinaldo A. Vannossi: *Teoría Constitucional (Teoría constituyente)*, t. I, 2ª. edición, actualizada con la colaboración de Alberto Ricardo Dalla Vía, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 5. Antecede Prólogo de Adolfo R. Rouzaut. Del mismo autor, *vid.* su libro *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, México, D.F., 2002. Antecede Explicación Preliminar del constitucionalista mexicano Diego Valadés.

<sup>12</sup> El concepto en mención proviene de Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, traducción del alemán de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pág. 86.

<sup>13</sup> Así lo explica en el Estudio preliminar al libro de Sigifredo Orbegoso Venegas: *Poder Constituyente y otros ensayos*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, págs. 41-42. Resulta también de utilidad el ensayo del referido profesor de Trujillo, cuyo título es “El poder constituyente” (págs. 63-103), donde plantea tesis interesantes.

### III. SEGUNDO PRESUPUESTO: LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Para abordar el tema de la reforma constitucional al igual que el de la interpretación constitucional,<sup>14</sup> es preciso partir de una premisa fundamental, que sin lugar a dudas tiene el *reconocimiento del valor normativo que posee una Constitución*, o lo que es lo mismo, el papel que esta última cumple en cuanto norma jurídica.<sup>15</sup> En efecto, no tendría ningún sentido que se postule una tarea interpretativa de parte de los operadores del Derecho si previamente no se define el valor y los caracteres que se aparejan respecto de aquel instrumento, que precisamente se desea interpretar. Cabe recordar que la Constitución es o representa la norma jurídica fundamental, la primera de las expresiones normativas que tiene un país.

A fin de cuentas, esta norma suele estar tamizada de solemnidad y convencionalismo, pero es oportuno precisar, porque así lo impone el Derecho Constitucional, las razones del por qué se invoca tan especial como significativa característica. Como se sabe, la Constitución es ante todo una norma, porque su contenido vincula o pretende vincular jurídicamente tanto a los detentados del poder estatal como a los destinatarios del mismo. Tiene por tanto, una *orientación eminentemente bilateral*, como por lo demás lo suelen proclamar todos o la mayor parte de manuales de Derecho Constitucional.<sup>16</sup> La razón de ese valor normativo tiene, sin embargo, variantes que están más allá de la simple articulación formal del ordenamiento jurídico,<sup>17</sup>

<sup>14</sup> A propósito, *vid.* Joachim Lege: “¿Reforma de la Constitución o interpretación constitucional? El debate metodológico en torno a la supresión del Senado bávaro”, en Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 9, julio-diciembre, México, D.F., 2003, págs. 187-199. Según el autor, la sentencia del Tribunal Constitucional bávaro permite reflexionar sobre la delimitación entre derecho y política constitucionales. Y con la decisión que adoptó dicho Tribunal Constitucional se debilita al Estado constitucional, por cuanto se pierde la función estabilizadora, racionalizadora y garante de la libertad de la Constitución escrita.

<sup>15</sup> Para un planteamiento general, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1985; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, *in toto*. Ambos autores se han ocupado profesionalmente del tema.

<sup>16</sup> La idea de bilateralidad de la norma constitucional ha sido desde siempre o por lo menos desde la aparición de nuestra materia, premisa básica a considerar en cualquier análisis constitucional. La doctrina suele considerar dos partes o sectores clásicos en toda Constitución, una parte dogmática y una parte orgánica. La bilateralidad no es una mera configuración dogmática, sino una auténtica expresión del sentido de toda norma constitucional.

<sup>17</sup> Bien ilustrativa a este respecto es la opinión de Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, 5ª. edición, traducción de la 2ª. edición en alemán por Roberto J. Vernengo, UNAM, México, D.F., 1986, págs. 205 y sgts.

pues la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución sólo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido, como en el papel o rol que le corresponde cumplir en el mundo del Derecho.

Por el primero de estos factores, es decir, por el relativo a su *origen*, una Constitución es *distinta* de cualquier otra, en la medida en que aquella es producto o resultado no de la voluntad de los poderes constituidos u ordinarios, sino de la voluntad del poder constituyente creador por excelencia y único, extraordinario e ilimitado por naturaleza. En la medida en que la Constitución es resultado de la intención popular, depositada en el poder soberano que la representa, su significado es mucho más relevante que el de cualquier otra expresión jurídica. Y sin equívoco alguno, ninguna otra norma por consiguiente, puede equipararsele. Pues, toda expresión del Derecho que no tenga su nacimiento en la voluntad constituyente carece de los mismos supuestos de legitimidad que acompañan a una Constitución.

Por el segundo de los factores enunciados, es distinta una Constitución, porque su *contenido*, a diferencia del correspondiente a cualquier otro tipo de norma, pretende la regulación del poder en cuanto elemento fundamental del Estado. Bajo dicho supuesto, tal ordenación, se suele traducir en tres aspectos: *a)* organización, *b)* limitación y *c)* justificación. Mientras que la idea de *organización* se refiere a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye el Estado, y la de *limitación* al reconocimiento de derechos fundamentales como esferas de libertad reconocidas sobre los individuos y respecto de las cuales el poder no puede penetrar o cometer excesos; la de *justificación*, por su parte, se vincula a los objetivos que el poder se traza como obligaciones o programas a cumplir. Cualquier norma fundamental estructura pues su contenido bajo esa configuración tripartita y es difícil, por lo menos hoy en día, prescindir de cualquiera de los elementos de la misma.<sup>18</sup>

Pero aún más: el último factor que permite justificar la razón de supremacía que acompaña a una norma fundamental y la consecuencia de su carácter normativo, es el del *papel* o *rol* que le corresponde cumplir. A ese nivel, la Constitución se identifica como la primera de las fuentes del Derecho, y fuente no sólo en términos formales sino también materiales.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> El contenido de la Constitución enfocado desde la perspectiva de las tres variantes aquí señaladas, lo encontramos explicitado en Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, pág. 49; y en Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 96-103, 139 y sgts.

<sup>19</sup> Por su valor docente, *cf.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 49-50; Dieter Grimm: “La Constitución como fuente del Derecho”, en A. Baratta, D. Grimm, F. Rubio Llorente: *Las fuentes del Derecho*, Anuario

Se dice que es *fuerza formal* en la medida en que establece el *modus operandi* en la creación del Derecho o el modo como nacen o se generan las diversas expresiones normativas. Quiere decir, en términos generales, quiénes son los órganos legitimados para crear Derecho (Congreso, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, etc.), la estructura que poseen (unicameral para el caso del Congreso, bilateral para el caso del órgano Ejecutivo, plural para el caso del órgano Judicial y sus instancias, etc.), la competencia que se les reconoce (leyes para el órgano Legislativo, decretos para el órgano Ejecutivo, jurisprudencia para el órgano Judicial, etc.) y, el procedimiento específico en la elaboración del derecho (votaciones por mayorías simples, absolutas o calificadas en el caso del Congreso, decisiones o acuerdos en el caso del Ejecutivo, debido proceso formal en el caso de la Judicatura, etc.)

Empero, se dice que es también *fuerza material*, en la medida en que la Constitución, no obstante habilitar la creación del Derecho en todas las direcciones, representa a su vez el parámetro de validez jurídica del resto de normas integrantes del ordenamiento, de modo tal que ninguna otra expresión normativa, ninguna otra manifestación jurídica, podrá sustraerse del contexto marcado por la norma fundamental y, por el contrario sólo será válida una norma o cualquier otra expresión del Derecho en la medida en que no se salga de los cauces marcados por la Constitución.

Como lo ha subrayado Carlos Sánchez Viamonte: "... el círculo máximo trazado por el poder constituyente con el nombre de Constitución, traza la órbita de la juridicidad, cuyo ordenamiento debe abstenerse dentro de dicha órbita y condicionada por ella. La sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el Estado de Derecho creado por ella, excluye todo el Derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación de voluntad colectiva o personal, de autoridad o de libertad es apta para crear Derecho que, de una o de otra manera, no tenga su origen en la voluntad constituyente expresada a través de la Constitución".<sup>20</sup>

Son en consecuencia, estas razones de *origen, contenido y función*, y no argumentaciones meramente formalistas, las que han permitido edificar la teoría de la supremacía constitucional, y por consiguiente, la correlativa ne-

---

de la Facultad de Derecho de Lleida, Barcelona, 1983, págs. 13 y sgts.; Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1985, págs. 27 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª. reimpresión, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1991, págs. 82 y sgts.

<sup>20</sup> Cfr. Carlos Sánchez Viamonte: *El constitucionalismo y sus problemas*, Ediar, Buenos Aires, 1957, pág. 54. Del mismo autor: *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, *in toto*.

cesidad de predicar su carácter indiscutiblemente normativo al interior del mundo jurídico.<sup>21</sup>

Ahora bien, la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la Constitución viene representada sin lugar a dudas, por el hecho de su *aplicabilidad*. En la medida en que una Constitución se aplica, puede predicarse de ella su valor normativo como premisa fundamental.<sup>22</sup> Tal es pues la regla general con la que se suele operar en la normativa constitucional y a la que, por supuesto, los operadores del Derecho le deben escrupulosa observación.<sup>23</sup>

Sin embargo, esto que a primera vista resulta incontrovertible, requiere ciertas precisiones adicionales, pues aunque nadie niega tal postulado, debe reconocerse que la consabida normatividad de la Constitución no supone tampoco que la aplicabilidad que le acompaña como consecuencia elemental opere o se manifieste de modo inmediato en todos los casos y en todas las circunstancias. Dicho de otro modo, el que se predique la aplicación de una norma fundamental, no sugiere que tal condición funcione inmediatamente y de manera uniforme en todas las hipótesis.

Con alguna razón se ha postulado desde hace buen tiempo que *a toda Constitución le acompañan peculiaridades especiales*.<sup>24</sup> Mientras que unas se manifiestan hacia afuera, es decir, frente a otras normas jurídicas y en ese sentido se habla de peculiaridades “de” la norma constitucional, otras, por el contrario, se manifiestan al interior de los mismos dispositivos que la integran, hablándose en tal sentido de peculiaridades “en” las normas constitucionales.

Pues bien, cuando hablamos de estas últimas, nos estamos refiriendo al problema arriba descrito. Todas las normas constitucionales se aplican, pero no todas ellas de la misma forma. Así las cosas, un dispositivo que por ejemplo tiene que ver con el reconocimiento de una libertad individual no es aplicado de manera semejante a uno que, en cambio, tenga que ver con el

---

<sup>21</sup> Por cierto, buena parte de estas razones fueron esbozadas por el histórico juez John Marshall (1755-1835) desde el momento mismo en que se sentaron las bases del principio de supremacía constitucional durante la secuela del célebre *leading case* *Marbury vs. Madison* (1803). *Vid.* el texto completo en *Revista Mexicana de Derecho Público*, vol. I, n° 3, México, D.F., 1943, págs. 317 y sgts.

<sup>22</sup> Para tal fin, me remito a Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 63 y sgts.; Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 19 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, citado, págs. 76 y sgts., y Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, págs. 45 y sgts.

<sup>23</sup> En esa línea explicativa, *vid.* Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 88-89.

<sup>24</sup> *Cfr.* Alejandro Nieto: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, n°s 100-102, enero-diciembre, Madrid, 1983, págs. 371 y sgts.

principio de pluralismo económico. Si bien el carácter normativo de ambos no puede ser colocado en tela de juicio, sus alcances operacionales difieren notoria o sustancialmente. Justo porque *no todas las normas constitucionales son semejantes*, la doctrina postula la existencia de dos géneros principales al interior de la Constitución: *a) normas operativas y b) normas programáticas.*<sup>25</sup>

Mientras que para las primeras, el nivel de aplicación es directo o inmediato, en las segundas varía el mismo en función de determinados supuestos, siendo por tanto semidirecto o mediato. Las normas *operativas* suelen asociarse a los derechos de tipo individual y político y a la mayor parte de los dispositivos concernientes con el funcionamiento orgánico del Estado, mientras que las normas *programáticas* suelen referirse a los derechos sociales, económicos y culturales, así como al conjunto de obligaciones cuya responsabilidad queda sujeta al cumplimiento del Estado y sus órganos de poder.

En esa medida, y si para las primeras no existe dificultad de aplicación, pues su cumplimiento sólo depende de la voluntad de los titulares de dichas normas sin que pueda anteponerse ningún tipo de requisito previo, con las segundas el grado de aplicación se encuentra condicionado desde que para su puesta en ejecución se hace necesario, preliminarmente, la creación de ciertas condiciones, las que por otra parte, o pueden ser técnicas (legislativas por ejemplo, cuando se trata de desarrollar un precepto, o administrativas cuando se trata de reglamentar o ejecutar un mandato, etc.) o pueden ser, eminentemente políticas o discrecionales (cuando de lo que se trata es de crear contextos materiales o socioeconómicos que habiliten la operatividad de una norma considerada programática).

Como quiera que con las normas operativas no existe mayor problema normativo, pues por principio se aplican íntegramente o en su totalidad, y como se dijo de modo directo, conviene precisar que con las normas programáticas, los niveles de aplicación, pueden operar hasta en cuatro variantes:

- a) En la medida en que una norma programática se encuentra contenida en la Constitución y goza por ende de la supremacía innata que a ésta le acompaña, puede anteponerse, y en ese sentido aplicarse, sobre normas de inferior jerarquía que la desconozcan o vulneren.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Un planteamiento general lo encontramos en Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, págs. 13 y sgts. Néstor Pedro Sagiús: *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1997, págs. 92 y sgts.; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado, págs. 222 y sgts.

<sup>26</sup> Al respecto, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 68-71; e Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional*, citado, págs. 77 y sgts.

b) En la medida en que una norma programática puede ser ejercitada por específicos titulares en específicos casos (lo que acontece por ejemplo respecto del derecho al trabajo, y el goce que del mismo atributo pueden tener algunas personas en particular) frente a la hipótesis de su transgresión –mediante actos u omisiones– cabe la tutela y por tanto, la aplicación de la misma.<sup>27</sup>

c) En la medida en que la norma programática forma parte del contenido material de la Constitución, su contenido sirve como parámetro interpretativo de toda decisión jurisdiccional, y en ese sentido también es aplicable.<sup>28</sup>

d) En la medida en que no todas las normas programáticas son iguales, prescindiendo de aquellas de naturaleza eminentemente política o discrecional, las que sólo requieren de condiciones técnicas, sí pueden resultar exigibles y en tal sentido aplicable, ante los órganos que conocen de la jurisdicción constitucional.

A los efectos de nuestro estudio, el valor normativo de la Constitución se da por el reconocimiento que es una norma jurídica fundamental, proveniente de la intención popular, a través del poder constituyente. Es una de las primeras expresiones jurídicas normativas que busca vincular al Estado con los ciudadanos, para regular el poder del mismo. Muy en línea con lo anterior, la Constitución (*norma normarum*) es considerada como la primera fuente de Derecho, cuyas normas son aplicables, pero no todas de la misma forma.

#### IV. CONSTITUCION EN SENTIDO MATERIAL Y CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL

Prescindiendo de la múltiple tipología y de la variadísima clasificación de “las constituciones”<sup>29</sup> a que conduce intrínsecamente la doctrina, podemos sostener que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre este concepto pueden subsumirse en *dos tipos genéricos*: a) en sentido *material* (la Constitución real, ontológica, teleológica, social y deontológica) y b) en sentido *jurídico-positiva*.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Cfr. Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, citado, págs. 63 y sgts.

<sup>28</sup> Cfr. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, citado, págs. 68-71; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional*, citado, págs. 77 y sgts.

<sup>29</sup> Modélico y de gran predicamento resulta el libro de James Bryce: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Antecede Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú.

<sup>30</sup> Aquí seguimos el lúcido planteamiento de Ignacio Burgoa: *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, págs. 320 y sgtes.

### A. Constitución en sentido material (mutación constitucional)

En lo tocante al primer tipo, se implica en el ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico. A su vez, presenta diversos aspectos reales, como el económico, el político y primordialmente, el cultural (*elemento ontológico*); así como en el desiderátum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico o “querer ser”). Este tipo de Constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición *sine qua non* de su identidad (Constitución real), así como en su propia finalidad (Constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica.

Huelga comentar, por tanto, que el término y el concepto de *Constitución real* fueron empleados en el siglo XIX por el socialista Ferdinand Lassalle (1825-1864)<sup>31</sup> para designar la estructura ontológica misma de un pueblo, es decir, su ser y su modo de ser. “Una Constitución real y efectiva la tienen y la han tenido siempre todos los países”, afirmaba Lassalle, agregando que: “Del mismo modo y por la misma ley de necesidad de todo cuerpo tiene una Constitución, su propia Constitución, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una Constitución real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean”.

Así, y sólo así, la presencia necesaria, esencial, innegable, *sine qua non*, de la Constitución real de un pueblo, que expresa la “*quiddidad*” (del latín *quidditas*, esencia, razón, porqué de una cosa) misma de éste, no puede inadvertirse, y tan es así que la doctrina, con diferentes denominaciones, se ha referido a ella. Por lo que concierne a lo que se llama *Constitución teleológica*, ésta no tiene una dimensión óptica como ser y modo de ser de un pueblo, sino que denota el conjunto de aspiraciones o fines que a éste se adscribe en sus diferentes aspectos vitales, implicando su *querer ser*. Desde este punto de vista, la Constitución teleológica responde a lo que el pueblo “quiere” y “debe” ser, a lo que se “quiere” que el pueblo sea o “deba” ser. Este “querer” y “deber” ser no extrañan meras construcciones especulativas o concepciones ideológicas, sino tendencias que desarrollan los factores reales de poder, como denominaba Lassalle al conjunto de fuerzas de diferentes especies que necesariamente actúan en el seno de toda sociedad.

De ello se concluye que la *Constitución teleológica* no consiste sino en los objetivos de la Constitución real, demarcados, sustantivados y condicionados por dichos factores. En la Constitución real, según se habrá observado,

<sup>31</sup> Vid. el libro clásico de Ferdinand Lassalle: *¿Qué es una Constitución?*, traducción del alemán por Wenceslao Roces, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1984, págs. 77 y sgts

se encuentra la vasta problemática de un pueblo como resultante de una múltiple gama de circunstancias y elementos que también, obviamente, se localizan en ella. Por su parte, en la Constitución teleológica se comprenden las soluciones que a dicha problemática pretenden dar los factores reales de poder desde distintos puntos de vista, tales como el político, el cultural o el socioeconómico principalmente.

Ambas especies de “Constitución” son *prejurídicas* y *metajurídicas* en su existencia prístina, o sea, existen en la dimensión ontológica y teleológica del pueblo mismo como unidad real independiente de su organización jurídica o incluso sin esta organización. En otras palabras, dichas constituciones no son jurídicas, aunque sean o deban ser el contenido de las jurídicas, a las cuales nos referimos enseguida. A la vista de lo expresado más arriba, son constituciones que aceptan las mutaciones constitucionales.

Hemos de dirigir ahora una mirada general de conjunto a la mutación de la Constitución. Por de pronto, la mutación constitucional (*Verfassungswandlung*) constituye una modificación no formal –sin modificación expresa del texto de la Constitución, alude Häberle– del ordenamiento constitucional, es decir, el cambio operado en el mismo sin seguir procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución, tal como enseña Pedro de Vega.<sup>32</sup> De ahí pues la diferencia entre reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) y mutación constitucional. La primera es la modificación de los textos constitucionales producidas por acciones voluntarias –dice Jellinek, siguiendo a Paul Laband– e intencionadas; la segunda es la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente –añade Jellinek– que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación.<sup>33</sup>

Sin embargo, la nueva doctrina del Derecho Público donde la mutación constitucional es ya un concepto corriente, la caracteriza principalmente como desvalorización y corrosión de las normas jurídicas de las institucio-

---

<sup>32</sup> Vid. a este respecto, Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1ª. reimpresión, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988, págs. 179 y sgts. Obra capital e importante para entender el tema abordado.

<sup>33</sup> Vid. Georg Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución*, traducción del alemán de Christian Förster, revisada y Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 7. En igual sentido, Néstor Pedro Sagüés: “Los jueces y la interpretación constitucional mutativa”, en su libro *La interpretación judicial de la Constitución*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 51-81.

nes afectadas.<sup>34</sup> En tal sentido, como anota Hsü Dau-Lin, resulta usual distinguir cuatro clases de mutación de la Constitución:<sup>35</sup>

a) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución. En tal caso se ignora un artículo concreto de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional. Ejm., la iniciativa imperial en el viejo *Reich* alemán.

b) Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente. El derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a la realidad jurídica. Ejm., el derecho de disolución de la Cámara de Diputados por el Presidente de la República francesa, a tenor del artículo 5 de la Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875. Desde su origen se aplicó una sola vez, por el mariscal Mac Mahon, en el año de 1887, y al cabo lo pagó con su dimisión. Desde entonces el derecho de disolución jamás se aplicó.

c) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución, sea por la llamada reforma material de la Constitución, sea por la legislación ordinaria, sea por los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva. Ejm., el artículo 49 de la Constitución del *Reich* que atribuye al Presidente el derecho incondicional de indulto y gracia en todo el *Reich*. No se regula una limitación en ciertos casos penales. No obstante, el artículo 13 de la ley sobre el Tribunal Supremo de 9 de julio de 1921 estatuye que el Presidente del *Reich* necesita la aprobación del *Reichstag* para indultar a un condenado por dicho Tribunal.

d) Mutación de la Constitución mediante su interpretación, particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. Ejm., el artículo 4 de la Constitución de Prusia del 5 de diciembre de 1848 establecía, también más tarde en su forma revisada del 31 de enero de 1850: “Todos los prusianos son iguales ante la ley. No hay privilegios estamentales ni de rangos”. El texto de la norma correspondía plenamente al sentido origi-

---

<sup>34</sup> Así lo reconoce Hsü Dau-Lin: *Mutación de la Constitución*, traducción del alemán de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pág. 29. Agradezco al profesor salmantino Lucas Verdú por haberme obsequiado dicha obra en una de las visitas que le hice a su hogar. Su magnífico Estudio preliminar que antecede al libro es iluminador para entender este tema poco trajinado.

<sup>35</sup> Aquí seguimos a Hsü Dau-Lin, quien fue discípulo de Rudolf Smend: *Mutación de la Constitución*, citado, págs. 31 y sgts. La obra fue originalmente escrita en 1932.

nario de la garantía de la libertad propia del individualismo del tiempo sobre cuya vinculación jurídica directa no pueden haber serias dudas. Sin embargo, en la práctica este precepto se interpretó con muchas restricciones, y como tal, en la práctica no tuvo alcance jurídico.

### B. *Constitución en sentido formal (reforma y enmienda constitucional)*

La *Constitución jurídico-positiva* se traduce en un conjunto de derechos básicos y supremos cuyo contenido puede o no reflejar la Constitución real y teleológica. Es dicha Constitución, en su primariedad histórica, la que da origen al Estado. En la primera hipótesis que se acaba de señalar, la vinculación entre la Constitución real y teleológica, por un lado, y la Constitución jurídico-positiva, por el otro, es indudable, en cuanto que ésta no es sino *la forma normativa de la materia normada*, que es aquélla.

En la segunda hipótesis no hay adecuación entre ambas, en el sentido de que la Constitución real y teleológica no se convierte en el *substratum* de la Constitución jurídico-positiva, o sea, que una y otra se oponen o diferencian, circunstancia que históricamente ha provocado la ruptura del orden social, político y económico establecido normativamente. De esto se infiere que la vinculación entraña la legitimidad o autenticidad de una Constitución jurídico-positiva y la inadecuación, su ilegitimidad o su carácter obsoleto, ya que o se impone a la Constitución real o no responde a la Constitución teleológica de un pueblo.

Conforme a la lógica jurídica, toda Constitución positiva debe ser el elemento normativo en que trascienden las potestades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía popular, las mismas que traducen el *poder constituyente* (mediante el principio político democrático). En efecto la autodeterminación del pueblo se manifiesta en la existencia de un orden jurídico, que por sí solo excluye la idea de arbitrariedad. El Derecho, pues, en relación con el concepto de poder soberano, se sustenta como el medio de realización normativa de la capacidad autodeterminativa.

Ahora bien, la autodeterminación, lo mismo que la autolimitación, pueden operar por el Derecho positivo en forma directa o indirecta o, mejor dicho, originaria o derivada. En efecto, el orden jurídico de un Estado que implica uno de los elementos de su sustantividad, comprende todo un régimen normativo que suele clasificarse en dos grandes grupos o categorías o disposiciones de Derecho: a) *las constitucionales*, que forman un todo preceptivo llamado *Constitución en sentido jurídico-positivo* y b) *las secundarias*, emanadas de ésta, que a su vez se subdividen en varios cuerpos legales de diversa índole, a saber: sustantivas, orgánicas, adjetivas, locales, etc.

Pues bien, es la *Constitución* la que directa y primordialmente objetiva y actualiza las facultades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía popular, por lo que recibe también el nombre de *Ley fundamental*. Se basan en la calificación, organización y funcionamiento del gobierno del Estado o del pueblo (autodeterminación) y establece las normas que encauzan el poder soberano (autolimitación). La Constitución consigna, en primer término, derechos públicos subjetivos que el gobernado puede oponer al poder público estatal; y en segundo lugar, establece competencias expresas y determinadas, como condición *sine qua non* de la actuación de los órganos de gobierno. Esta tipología de Constitución es la que acepta la reforma y la enmienda constitucional.

Por lo que respecta a la enmienda constitucional hemos de significar que es una vieja práctica que emplea la Constitución norteamericana de 1787, en actual vigencia, y que precisamente tiene 27 enmiendas a la fecha, las mismas que se incluyen *al final de su texto*, y no dentro del propio cuerpo constitucional.

Los Estados Unidos ofrecen un ejemplo típico –recuerda el maestro Adolfo G. Posada– de cómo se produce, evolutiva y expresamente a la vez, una transformación constitucional por obra de la acción interpretativa de la jurisprudencia, tan poderosamente iniciada por el juez Marshall, y de los hombres de Estado, como Hamilton, Jackson, Wilson..., y especial y principalmente merced al cambio de potencialidad de los elementos políticos y sociales con sus órganos los partidos y los grupos representativos de los intereses colectivos.<sup>36</sup>

El artículo 5 de la Constitución norteamericana señala: “El Congreso, siempre que dos tercios de ambas Cámaras lo consideren necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución o, a pedido de las Legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará a una convención para proponer enmiendas, las cuales en ambos casos serán válidas para todos los fines y propósitos de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las Legislaturas de las tres cuartas partes de los diversos Estados, o convenciones reunidas en tres cuartas partes de los mismos, según uno u otro modo de ratificación haya sido propuesto al Congreso; ello siempre que antes del año mil ochocientos ocho no se haga ninguna enmienda que de cualquier manera afectara las cláusulas primera y cuarta de la novena sección del artículo primero

---

<sup>36</sup> *Vid.*, en tal sentido, el libro clásico de Adolfo G. Posada: *La reforma constitucional*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1931, pág. 11.

y que ningún Estado, sin su consentimiento, sea privado de la igualdad de sufragio en el Senado”.<sup>37</sup>

Es, sin embargo, la actual Constitución de Venezuela, aprobada mediante el referendo constituyente, a los 15 días del mes de diciembre de 1999, la que establece claramente la diferencia entre enmienda constitucional y reforma constitucional. Al respecto, el artículo 340 apunta lo siguiente: “La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental”. A su turno, el artículo 342 prescribe: “La reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional”.

## V. LA POSICIÓN DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Como es de conocimiento público, el 26 de mayo de 2001 el Poder Ejecutivo nombró una Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, que instalada el 6 de junio, terminó sus labores el 16 de julio. Dicha Comisión, compuesta de 28 miembros, debatió largamente todos los temas de la agenda, los que fueron finalmente aprobados por consenso y en mayoría. El último tema, relativo al procedimiento de reforma constitucional, corrió a cargo de Domingo García Belaunde, y fue presentado al seno de la Comisión, y que luego de ser debatido, se aprobó con algunas enmiendas, que en realidad no cambian el sentido básico de la propuesta (y así figura en el informe oficial publicado por el Ministerio de Justicia). El proyecto original había quedado inédito en los archivos, y por eso es que ahora se publica con la autorización del autor para difundirlo con fines estrictamente académicos. Tiene el tenor literal que sigue:

### PROCEDIMIENTOS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

- La Comisión ha estimado conveniente presentar un conjunto de posibilidades para la reforma constitucional, teniendo como base la Constitución de 1979, pero a su vez aceptando como realidad que el país desde 1993 se rige por la Constitución sancionada ese año, no obstante encontrarse totalmente deslegitimada.

---

<sup>37</sup> Sobre el tema, *vid.* C. Herman Pritchett: *La Constitución americana*, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965, págs. 49-61.

- Por eso plantea algunos caminos a seguir, que sin ánimo exhaustivo, podemos enumerar de la siguiente manera.

### 1. *Primera alternativa*

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 poner en vigencia la de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida, son las siguientes:

- El artículo 307 de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso, y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- El que la Constitución de 1993 fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
- Que adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificado por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.
- Que la Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados, y adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de los 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).

Sin embargo, en el mismo acto, deben aclararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia a su revisión futura, en caso de que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten.

Expresamente debe señalarse que:

- Se mantienen 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 seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución del Defensor del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Debe mantenerse el nombre del Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979, los cambios que correspondan. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, 45 pasarán a formar el Senado (por sorteo), y los 35 restantes se incrementarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 115 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido, lo es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados serán sancionados por un referéndum posterior.
- Se mantienen las prerrogativas del Consejo Nacional de la Magistratura en lo que se refiere a la ratificación.
- Se establecerán las disposiciones transitorias que sean necesarias.

## 2. *Segunda alternativa*

Utilizar los propios medios que la actual Constitución señala en su artículo 206, y mediante ella, proceder a la modificación constitucional en todo aquello que se considere pertinente. Utilizando este mecanismo, pueden introducirse las modificaciones que correspondan y se puede tener como resultado una Constitución de 1993 actualizada, mejorada sustancialmente y sobre todo, legitimada. Con todo, queda el problema de mantener su estructura y sobre todo los nombres de los que usurparon funciones y que aparecen como firmantes del documento, así como quien lo promulgó, lo cual no es lo más recomendable. Es cierto que para efectos prácticos se trata de un nuevo texto democrático y legítimo, pero queda la impronta autoritaria, que no es lo más adecuado.

### 3. *Tercera alternativa*

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

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

### 4. *Cuarta alternativa*

Aprobar una ley de referéndum para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, en su caso, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

### 5. *Quinta alternativa*

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.

Lima, agosto de 2001.

## VI. CONCLUSIONES PROVISIONALES

A la vista de lo que venimos diciendo, y tomando como norte los dictados constitucionales, importa señalar, amén de otras, las siguientes conclusiones:

1. Desde un punto de vista sistemático, no quepa duda alguna que la técnica de la reforma constitucional (como concepto derivado del de Constitución, decía Carl Schmitt) es un ejercicio más de la democracia representativa, en la inteligencia que los actores políticos

- (parlamentarios, constituyentes) respeten el sentido y la voluntad de la norma y de la realidad constitucional.
2. El *modus operandi* de la reforma constitucional, como un procedimiento normativamente regulado, adapta el texto constitucional a la cambiante dinámica realidad política, producto de la actividad de los agentes sociales (como únicos depositarios de la soberanía nacional) a través de la Constitución material. Por ello, la iniciativa de la reforma debe respetar el sentir del poder constituyente originario, y de sus manifestaciones de voluntad.
  3. El mecanismo de la reforma constitucional<sup>38</sup> se propone desarrollar un balance permanente y positivo entre las necesidades de una verdadera estabilidad jurídico-constitucional y los permanentes requerimientos de cambio político. Para ello se debe tener presente que la norma constitucional no nace *in vitro*, sino al fluir de las exigencias de la comunidad política, quien ostenta la legitimidad democrática.
  4. También resulta preciso señalar que la Constitución, en tanto es Ley suprema, incluye dentro de su seno las vigas maestras del ordenamiento jurídico, y sobre este edificio tendrá que construirse el tan ansiado *Estado Constitucional*. Y si la reforma constitucional, en el orden práctico, no ha respetado –error antidemocrático– el mecanismo a seguir, dicha Constitución está sentenciada a desaparecer.
  5. La reforma constitucional<sup>39</sup> no puede obviar el proceso de mundialización de las ideas democráticas y las transformaciones (una suerte de eclosión dirá Néstor Pedro Sagüés) del Derecho Constitucional, el cambio político y la revertebración del orden constitucional y que se pueden traducir en los siguientes aspectos: *a)* la globalización, *b)* la apertura de fronteras, *c)* la relativización de los términos “Constitución” y “soberanía”, *d)* el despegue del Derecho Internacional de los

---

<sup>38</sup> Según Carl Schmitt, lo cual nos parece acertadísimo, la palabra “reforma constitucional” (revisión) es inexacta porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan sólo de las determinaciones *legal*-constitucionales. Sin embargo, recomienda conveniente consignar la expresión por ser usual hoy.

<sup>39</sup> Una visión completa y exhaustiva se puede consultar en Javier Pérez Royo: *La reforma de la Constitución*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. Del mismo autor se puede revisar los comentarios que realiza a los artículos 166, 167, 168 y 169 de la Constitución de España de 1978, en Oscar Alzaga Villaamil: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, págs. 413-513. También, *vid.* Pablo Pérez Tremps: “El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España”, en AA.VV. *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, t. II, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 873-888, en especial el desarrollo de la función que le tocó desempeñar al Tribunal Constitucional en su día.

derechos humanos, y como tal, el reconocimiento y cumplimiento de los Estados-parte de los tratados, pactos, protocolos, convenciones o instrumentos donde se reafirman en definitiva, el principio de dignidad de la persona humana como el valor moral más importante que tiene el hombre, y e) la función creadora del juez constitucional, sobre la base de la actividad jurisdiccional que le toca desarrollar, mediante la integración y la creación (*iuris dictio*) del Derecho.

6. En buena medida, el principio democrático de la participación popular como basamento en los procesos de reforma constitucional, mejor dicho, la participación del pueblo (como titular del poder constituyente) es fundamental, ora en el momento de la iniciativa, ora en el momento de la ratificación a través del referéndum, sin trastocar el entramado organizativo.
7. Finalmente, parafraseando a José Ortega y Gasset: “Si las constituciones deben ser como el galgo, o sea piel y huesos, ¿a qué llenarlas de tejido adiposo?”. Tal aserto es válido al momento de llevar adelante el procedimiento de la reforma constitucional, y como consecuencia de ello afianzarse el sentimiento constitucional (*Verfassungsgefühl*).

## VII. APÉNDICE. LA RECIENTE REFORMA CONSTITUCIONAL EN CUBA DEL 26 DE JUNIO DE 2002 (UN CASO SINGULAR)<sup>40</sup>

Un caso bastante especial es el que nos ofrece el modelo de reforma adoptado por Cuba no hace sino unos pocos meses. En efecto, una rápida ojeada de los contenidos que se propugna a través de la consabida Ley de Reforma nos permite apreciar que dicho país ha incorporado a sus técnicas reformatorias las llamadas *cláusulas pétreas* o de *intangibilidad*, disposiciones que como bien se sabe, apuntan a garantizar un estado de invulnerabilidad o irreversibilidad en los contenidos constitucionales. Prueba irrefutable de que dicho esquema es adoptado por el modelo en mención se corrobora desde la sola

---

<sup>40</sup> Acerca de los textos constitucionales en el devenir de su historia, *vid.* Andrés M<sup>a</sup>. Lazcano y Mazón: *Las constituciones de Cuba*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952. Antecede Prólogo de Manuel Fraga Iribarne; y *Constituciones cubanas desde 1812 hasta nuestros días*, edición e introducción de Leonel-Antonio de la Cuesta y recopilación bibliográfica de Rolando Armando Alum Linera, Ediciones Exilio, New York, 1974. La Constitución de 1901 se puede consultar también en *Constituciones de Europa y América*, t. II, selección de textos vigentes, traducción y notas de Nicolás Pérez Serrano y Carlos González Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, págs. 39-75. Antecede Estudio preliminar de Adolfo G. Posada.

supresión a toda referencia de las llamadas reformas totales o parciales originalmente reconocidas como opciones modificatorias en el texto primigenio del artículo 137 de la Constitución cubana y su sustitución por un texto genérico, que a pesar de reconocer la capacidad reformatoria, la somete a evidentes condicionamientos.

Si cabe hablar así para el nuevo texto, queda claro que si bien la Constitución puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, tal procedimiento de ninguna forma puede recaer sobre el sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable ha quedado establecido en el artículo 3 del Capítulo I. Dicho sea de paso, tampoco y por otra parte se puede aventurar una reforma cuando ésta pretenda desconocer la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Que, como complemento a lo dicho, la Ley de Reforma haya establecido que: “El socialismo y el sistema político y social revolucionario... probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido... es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo” (adición al texto del artículo 3) o que: “Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera” (adición al texto del artículo 11); no hace sino reflejar, al margen del calibrado matiz ideológico (explicado por lo demás, dadas las peculiares características gubernamentales de dicho país) una férrea voluntad de dotar a la Constitución cubana de mecanismos que aseguren su pervivencia de fondo por encima de eventuales procedimientos de modificación futura.

Si, en todo caso, la opción acogida no es practicable —engañosa, por tanto, sino errónea— dependerá en buena medida no sólo de la existencia de mecanismos jurídicos complementarios (un eventual control constitucional de las reformas, hasta hoy inexistente en dicho país) sino de la propia concepción de soberanía popular que a futuro se maneje. Sin embargo eso es algo en lo que por ahora no se puede hacer mayores especulaciones, salvo las que aparecen objetivamente en el documento examinado.

He aquí el texto:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE CUBA DEL 26 DE JUNIO DE 2002

Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular

**HAGO SABER:** que la Asamblea Nacional del Poder Popular en Sesión Extraordinaria celebrada el día 26 del mes de junio del 2002, en votación nominal, conforme a las reglas que establece en su Capítulo XV, Artículo 137, la Constitución de la República, adoptó por unanimidad el Acuerdo No. - mediante el cual habilitó la siguiente Ley de Reforma Constitucional:

**POR CUANTO:** El pueblo de Cuba, titular del poder soberano del Estado y por ende del poder constituyente de la nación, que se traduce en la Constitución vigente cuyo anteproyecto original, discutido y analizado por millones de personas que aportaron sus ideas y modificaciones al texto presentado, posteriormente aprobada en referendo nacional mediante el voto libre, directo y secreto del 97,7% de los electores que acudieron a las urnas y proclamada el 24 de febrero de 1976.

...

**POR CUANTO:** El pueblo de Cuba, en un proceso plebiscitario popular, puesto de manifiesto en la Asamblea Extraordinaria de las direcciones nacionales de las organizaciones de masas, actos y marchas a todo lo largo y ancho del país, donde participaron más de nueve millones de personas y luego mediante la firma pública y voluntaria de 8 198 237 de electores, han solicitado a la Asamblea Nacional del Poder Popular reformar la Constitución de la República.

**POR TANTO:** La Asamblea Nacional del Poder Popular, expresando la voluntad del pueblo de Cuba y en uso de la potestad que le confiere el Artículo 70 y en correspondencia con el inciso *a)* del Artículo 75 y el Artículo 137, todos de la Constitución de la República, acuerda la siguiente:

#### LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo 1: Se modifica el Capítulo I, Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado del modo que sigue:

*a)* Adicionar un párrafo al final del Artículo 3.

*b)* Adicionar un párrafo al final del Artículo 11.

Los que quedan redactados de la forma siguiente:

Artículo 3.- En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes.

Ricardo Alarcón leyó el proyecto que fue aprobado en la sesión extraordinaria.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso,

contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución.

El socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en esta Constitución, probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido y habiendo demostrado su capacidad de transformar el país y crear una sociedad enteramente nueva y justa, es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo.

Artículo 11.- El Estado ejerce su soberanía:

a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre éstos se extiende;

b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;

c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional.

La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial.

Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier otro Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Artículo 2: Se modifica el Capítulo XV, Reforma Constitucional, en la forma siguiente:

a) Suprimir en el Artículo 137, primer párrafo, las palabras: "...total o parcialmente..." y en el segundo párrafo, las palabras: "...es total o...".

b) Adicionar al final del primer párrafo del Artículo 137: "...excepto en lo que se refiere al sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el Artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera".

El cual queda redactado de la manera que sigue:

Artículo 137.- Esta Constitución solo puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, excepto en lo que se refiere al sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el Artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

Artículo 3 : Adicionar al final del texto constitucional, luego del Capítulo XV, Artículo 137, una Disposición Especial, que exprese lo siguiente:

**DISPOSICIÓN ESPECIAL.-** El pueblo de Cuba, casi en su totalidad, expresó entre los días 15 y 18 del mes de junio del 2002, su más decidido apoyo al proyecto de reforma constitucional propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de todas sus direcciones nacionales que había tenido lugar el día 10 del propio mes de junio, en el cual se ratifica en todas sus partes la Constitución de la República y se propone que el carácter socialista y el sistema político y social contenido en ella sean declarados irrevocables, como digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos el 20 de mayo del 2002.

Todo lo cual fue aprobado por unanimidad, mediante el Acuerdo No. - adoptado en sesión extraordinaria de la V Legislatura, celebrada los días 24, 25 y 26 del mes de junio del 2002.

#### DISPOSICIONES FINALES

**PRIMERA:** Teniendo en cuenta las modificaciones realizadas por esta Ley de Reforma Constitucional, corríjase en lo pertinente e imprímase íntegramente en un solo texto con carácter oficial la Constitución de la República de Cuba con las reformas aquí aprobadas y en el correspondiente texto único consígnese las fechas y demás datos de la presente Reforma.

**SEGUNDA:** Se derogan cuantas disposiciones legales se opongán al cumplimiento de lo establecido en la presente Ley.

**TERCERA:** Esta Ley de Reforma Constitucional comenzará a regir a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.

Dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Palacio de las Convenciones, Ciudad de La Habana, a los 26 días del mes de junio del 2002, “Año de los Héroes Prisioneros del imperio”.