

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



**LA FUNCIÓN DICTAMINADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
COMO MECANISMO DE CONTROL PREVIO DE LAS REFORMAS
CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: Bach. Prieto Villena, Rodrigo

ASESOR: Mg. Neyra Barrantes, Julio Alberto

Trujillo – Perú
2019

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**LA FUNCIÓN DICTAMINADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
COMO MECANISMO DE CONTROL PREVIO DE LAS REFORMAS
CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ**

TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: Bach. Rodrigo Prieto Villena

ASESOR: Mg. Neyra Barrantes, Julio Alberto

Trujillo – Perú
2019

DEDICATORIA

A Dios por darme salud y vida,
A mi familia por su apoyo incondicional
Y a mi asesor por la orientación
necesaria para desarrollar la presente
tesis.

AGRADECIMIENTO

Doy las gracias a mi madre, por sus incansables esfuerzos dedicados a mi educación y formación profesional.

Doy las gracias a mi familia y a Kathy, porque su amor y apoyo me han permitido desenvolverme de manera correcta en la carrera de Derecho.

RESUMEN

La presente tesis se titula “La función dictaminadora del Tribunal Constitucional como mecanismo de control previo de las reformas constitucionales en el Perú” y proporcionará respuesta a la siguiente interrogante: ¿De qué manera la función dictaminadora del Tribunal Constitucional influye en el control de las reformas constitucionales en el Perú? Para ello, se empleó el tipo de investigación Básica, utilizando los métodos deductivo, inductivo, dogmático, comparativo-analógico e histórico; así mismo, se recurrió al fichaje y análisis de contenido. A través de esta tesis, se llegó a la conclusión de que el Tribunal Constitucional debe actuar como un órgano dictaminador, cuando existan vulneraciones constitucionales a través de las reformas a la Constitución.

Palabras clave: Constitución, poder constituyente, reforma constitucional, Tribunal Constitucional, acción de inconstitucionalidad.

ABSTRACT

This thesis is entitled "The Constitutional Court's ruling function as a mechanism of prior control of constitutional reforms in Peru" and will provide an answer to the following question: How does the ruling function of the Constitutional Court influence the control of constitutional reforms in Peru? For this, the Basic research type was used, using the deductive, inductive, dogmatic, comparative-analogical and historical methods; likewise, it was resorted to the signing and analysis of content. Through this thesis, it was concluded that the Constitutional Court should act as an adjudicating organ, when there are constitutional violations through reforms to the Constitution.

Keywords: Constitution, constituent power, constitutional reform, Constitutional Court, unconstitutionality action.

ÍNDICE

Portada	i
Contraportada	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Resumen & Abstract	v
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	9
1. Problema.....	9
1.1. Planteamiento del problema	9
1.2. Enunciado de problema.....	17
2. Hipótesis	17
3. Variables	18
4. Objetivos	18
5. Justificación.....	19
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	20
SUBCAPÍTULO I: ANTECEDENTES	
1. Antecedentes	20
SUBCAPÍTULOII: PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS	
1. Consideraciones generales.....	24
2. Poder Constituyente.....	24
3. Manifestaciones del Poder Constituyente	28
4. Límites del Poder Constituyente	31
5. Poderes constituidos y sus diferencias con el Poder constituyente	33

SUBCAPÍTULO III: LA CONSTITUCIÓN

1. Marco histórico.....	36
2. Conceptos de Constitución	37
3. Finalidad de la Constitución	41
4. Sentidos de la Constitución.....	41
5. Estructura de la Constitución	42
6. Jurisdicción Constitucional.....	43

SUBCAPÍTULO IV: LA REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Nociones generales acerca de la reforma constitucional	51
2. Naturaleza de la reforma constitucional	52
3. Clases de reforma constitucional	54
4. Proceso de reforma constitucional.....	55
5. Órgano Revisor de la Constitución.....	56
6. Procedimiento de reforma constitucional en el Perú	57

SUBCAPÍTULO V: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Consideraciones básicas sobre la acción de inconstitucionalidad	59
2. Características	60
3. Acción de inconstitucionalidad como control abstracto	61
4. Tipos de Infracción a la Constitución	61
5. La acción de inconstitucionalidad en el Perú	63
6. Fallo que resuelve la demanda de inconstitucionalidad	64

CAPÍTULO III: METODOLÓGICO

1. Tipo de investigación	65
2. Material de estudio.....	65
3. Métodos de investigación.....	66
4. Recolección de datos.....	67
5. Procesamiento de datos.....	68

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES EXPEDIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	69
1. Sentencia recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC.....	69
2. Sentencia recaída en el expediente N° 0014-2003-AI/TC.....	81
3. Sentencia recaída en el expediente N° 0047-2004-AI/TC.....	88
4. Sentencia recaída en el expediente N° 0050-2004-AI/TC, N° 0051-2004-AI/TC, N° 004-2005-AI/TC, N° 007-2005-PI/TC y N° 009-2005-PI/TC	97
CAPÍTULO V: CONTROL DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS	104
1. Francia	104
2. Chile.....	106
3. Colombia.....	108
4. Comparación con el caso peruano.....	110
CAPÍTULO VI: PROPUESTA	113
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES.....	117
CAPÍTULO VIII: RECOMENDACIONES	119
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120
ANEXOS	123

CAPÍTULO I INTRODUCCION

1. PROBLEMA

1.1 Planteamiento del problema

De acuerdo al artículo 201° de la Constitución Política del Perú¹, el Tribunal Constitucional es el encargado de realizar el control de la constitucionalidad en el Estado, en razón de ello, puede resolver sobre el fondo en determinadas cuestiones que se le presenten ante su jurisdicción.

Precisamente, uno de los asuntos que es de competencia del Tribunal Constitucional, es la **acción de inconstitucionalidad**². Ésta tiene por objeto declarar a una norma con rango de ley, que contravenga la Constitución formal o materialmente, como inconstitucional. En ese contexto, al momento de interponer una demanda de inconstitucionalidad, deberá de verificarse, en principio, si la norma en cuestión es infraconstitucional, es decir, si la norma tiene menor jerarquía que la Constitución Política, y que tenga de ser este el caso, rango de ley.

Por otro lado, la **reforma constitucionales** un mecanismo que implica la modificación de determinadas normas constitucionales con la finalidad de mantener su vigencia social. Es así que el artículo 206° de la Constitución, regula el procedimiento que debe desarrollarse al momento de hacer uso de esta herramienta, así como quiénes son las personas legitimadas para presentar una iniciativa de reforma.

De acuerdo a Weiland Conroy (2005) y al profesor García Belaunde (2006)

¹Artículo 201° de la Constitución Política del Perú: «*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (...)*»

²Artículo 200°, inciso 4) de la Constitución Política del Perú: «*La acción de inconstitucionalidad que procede contra normas con rango de ley (...) que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.*»

es cuestionable que la reforma constitucional sea controlada por un órgano constituido, como un Tribunal o Corte Constitucional, señalando de que por más que se emita a través del mismo proceso que las leyes ordinarias, no es una ley común, pues una ley de reforma constitucional es generada extraordinariamente y representa un acto constituyente en su manifestación derivada, que a su vez, debe desarrollarse en virtud del proceso señalado en el artículo 206° de la Constitución Política del Perú, es decir a través de:

a) La aprobación de la mayoría absoluta, complementada con la ratificación a través del referéndum positivo de la población; o b) La aprobación de 2/3 del total de los miembros del Congreso en dos (02) legislaturas ordinarias sucesivas.³

Esta problemática se produce en el Perú, a raíz de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los años 2002, 2003 y 2005, en donde se puede determinar y concluir, que éste órgano deja abierta la posibilidad de declarar como inconstitucional una ley de reforma constitucional.

Al respecto, se precisa la existencia del **expediente N° 014-2002-AI/TC**, con sentencia del 21 de enero del 2002, en donde se declara **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley N° 27600, norma que retira la firma del ex presidente Alberto Fujimori y plantea una reforma de manera progresiva de la Constitución Política de 1993.

En el **expediente N°014-2003-AI/TC**, con sentencia del 10 de diciembre del 2003, se resuelve declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Constitución Política de 1993, y además, exhortar al Congreso de la República, para que realice las

³ Procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución Política del Perú: «*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 (...)*»

acciones necesarias para lograr, nuevamente, la institucionalización democrática.

Por último, encontramos el **expediente N° 050-2004-AI/TC (y acumulados)**, con sentencia de 03 de junio del 2005. En esta se resuelve declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de la Ley de Reforma Constitucional N° 28389.

Como se puede observar, en estos tres casos, el Tribunal Constitucional admite a trámite las demandas de inconstitucionalidad, cuando evidentemente no tiene competencia para resolver éstas a través de un proceso de inconstitucionalidad, ya que, claramente el artículo 200° inciso 4) de la Constitución Política y la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del expediente N° 047-2004-AI/TC, la ley de reforma constitucional tiene un rango constitucional y no legal.

Y aunque el Tribunal Constitucional, en estos casos, aún no ha emitido un pronunciamiento declarando Fundada alguna demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de alguna reforma constitucional, igualmente existe la posibilidad que pueda hacerlo en el futuro, al admitir a trámite este tipo de demandas.

En esta línea de pensamiento concuerda el Dr. Sardón de Taboada, miembro actual del Tribunal Constitucional, tal y como se observa en su voto singular del auto admisorio recaído en el expediente *N°008-2018-PI/TC*, sobre la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra la Ley N° 30305 – Ley de reforma de la Constitución sobre denominación y no reelección inmediata de autoridades de gobiernos regionales y de los alcaldes; al indicar que *«(...) Esta ley de reforma constitucional ha sido aprobada de conformidad con el artículo 206 de la Constitución. Por tanto, no le corresponde al Tribunal Constitucional controlarla en absoluto.»*, para

luego hacer hincapié en lo siguiente: «*El auto en mayoría admite a trámite la demanda señalando que la Ley 30305 es una norma con rango legal (fundamentos 2 y 3), pero luego reconoce que ésta sí es una norma constitucional.*»

Finalmente, el magistrado culmina afirmando que el Tribunal Constitucional no tiene ninguna autorización para revisar la presente ley de reforma y de hacerla, ésta implicaría un abuso en la posición que ostenta el Tribunal dentro del Estado, convirtiéndose en un órgano que se colocaría por encima de la Constitución.

En el Derecho Constitucional Comparado, podemos notar que existen dos grupos de Control Constitucional de la Reforma a la Constitución: un control taxativo, en donde el texto constitucional faculta a los tribunales a controlar las reformas, como es en los casos de Chile, Ecuador, Colombia , Bolivia, Sudáfrica y Rumania, mientras que por otro lado, existe también un control implícito, en donde el texto constitucional no otorga dicha facultad para controlar la reforma, pero aun así, los Tribunales Constitucional se generan la misma, este el caso de EEUU, México y Argentina (control implícito formal) y Alemania, Italia y la India (control implícito material).⁴

De este modo, el caso peruano se encontraría dentro del grupo de los países que ejercitan el control implícito material de las reformas a la Constitución, a pesar de tener realidades jurídico-políticas totalmente distintas a la de los países descritos.

No es menos importante rescatar, que, hasta el día de hoy, la vinculación problemática que existe entre la acción de inconstitucionalidad, controlando los límites materiales (de fondo) y los límites formales (de procedimiento) de

⁴ Extracto de la clasificación desarrollada por el Dr. Jorge Benavides Ordoñez, en su ponencia sobre el “Control constitucional de la reforma a la Constitución” el 09 de diciembre del 2016.

la reforma constitucional, no tiene una verdad absoluta y distintas Constituciones, intentan resolver el problema a través de un control expreso sobre la reforma, tal y como se indicó en líneas superiores.

En ese sentido, como medio de solución, la presente investigación propone que el Tribunal Constitucional peruano actúe a través de una función dictaminadora cuando considere que existen vulneraciones a la Constitución Política, evitando que el Congreso Constituyente, como poder constituyente derivado, pueda abusar de las mayorías que ostente al momento de aprobar leyes de reforma constitucional.

Para tales efectos, la propuesta de la tesis se ampara la teoría desarrollada por el jurista mexicano Jorge Carpizo (2009), la misma que indica que el Tribunal Constitucional debe actuar como un órgano dictaminador cuando se presenten leyes de reforma constitucional que contravengan a la Constitución, siempre que tales reformas provengan del propio Órgano Revisor de la Constitución, sin que se emita una resolución sobre el fondo, más aun si se considera que del análisis del cuerpo constitucional nunca se precisa la atribución para que el TC las controle.

El autor en mención, indica que este problema se resuelve siempre y cuando tal facultad se encuentre expresamente fijada en el mismo texto constitucional, lo que no sucede en el caso peruano.

Por tales motivos, y amparando la propuesta, principalmente en la idea del Dr. Jorge Carpizo, así como en las posturas de Weiland Conroy, García Belaunde y Sardón de Taboada, con la presente investigación se propone implementar de una nueva facultad al Tribunal Constitucional, para que de manera expresa, actúe como un órgano dictaminador en los casos en que considere que a través de un proyecto de reforma constitucional se transgreden principios básicos del Estado Peruano, con el fin de evitar

reformas indiscriminadas en su cantidad o en su defecto, abusivas, en beneficio de oligarquías conformadas por el Congreso de la República, considerando, asimismo, que las últimas reformas al texto constitucional se han realizado sin la ratificación de algún referéndum y respetando las diferencias entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

En ese sentido, la propuesta se aplicará cuando el proyecto de reforma constitucional se encuentre en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, en ese caso, con previa solicitud de alguno de los señalados en el artículo 203° de la Constitución, el Tribunal Constitucional emitirá dictamen, en caso de considerar inconstitucional la reforma planteada en el proyecto, se necesitará como mínimo la votación de 05 magistrados, número que encuentra su justificación al ser la misma cantidad de votos favorables para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Vale precisar, que desde que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso envíe al Tribunal Constitucional, el proyecto a analizar, se suspenderá el plazo señalado en párrafo cuarto del artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República, el mismo que indica que las Comisiones disponen de 30 días útiles para emitir su dictamen sobre el proyecto en estudio.

Posteriormente, si el Tribunal Constitucional decidió emitir dictamen en contra del proyecto de ley de reforma a la Constitución, la Comisión señalada, habiendo recibido este pronunciamiento, podrá disponer el archivo del mismo o continuar con el camino de la ley hasta su debate en el pleno, en donde no resultaría viable realizar la reforma constitucional, a través de una segunda aprobación con 2/3 de sus miembros en legislaturas ordinarias sucesivas, sino que obligatoriamente se necesitaría de la ratificación a través del referéndum aprobatorio del pueblo.

En ese sentido, se deberían realizar modificaciones en la Constitución Política del Perú, en específico, en el artículo 202°, considerando el control de las reformas constitucionales a través de un dictamen emitido por el Tribunal Constitucional, remitiéndose, además, a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional.

Igualmente, se deberán realizar las modificaciones necesarias en el Código Procesal Constitucional, estableciendo los plazos y el número de votos necesarios para emitir dictamen en razón del proyecto de reforma constitucional.

De este modo, al realizar estas modificaciones, el Tribunal Constitucional actuaría a través de un control preventivo, salvando las diferencias de la propuesta, tal y como actúa el Consejo Constitucional francés o el Tribunal Constitucional chileno.

En el caso francés, el Consejo Constitucional realiza un control preventivo a través del artículo 61° del Título VII (del Consejo Constitucional) establecido en su Constitución. Para ello, el CC debe pronunciarse de manera obligatoria sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas, leyes sometidas al referéndum o reglamentos de las cámaras parlamentarias, antes de su promulgación. Por otro lado, a solicitud de determinados sujetos⁵ se realiza el control de las leyes ordinarias, siempre que se encuentren antes de su promulgación. En consecuencia, si el CC declara inconstitucional un proyecto, éste no podrá ser promulgado, en virtud de lo indicado en el artículo 62° de la Constitución francesa.

En la realidad chilena, que se acoge a la postura francesa, sucede algo muy

⁵ El artículo 61°, párrafo segundo de la Constitución francesa, menciona que: el Presidente, el Primer Ministro, el Presidente de Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, 70 diputados o 60 senadores pueden solicitar la intervención preventiva del Consejo Constitucional.

similar. De acuerdo al artículo 93° de su Constitución vigente, inciso 1), el Tribunal Constitucional ejerce un control previo de constitucionalidad de las leyes que interpreten a la Constitución, leyes orgánicas o tratados sobre materia constitucional, en estos casos la Cámara respectiva envía el proyecto al Tribunal dentro de los 05 días de tramitado en el Congreso. A su vez, en concordancia con el inciso 3) del mismo artículo, el TC chileno resuelve las cuestiones sobre constitucionalidad durante la tramitación de proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados, siempre que sean requeridos por el Presidente de la República o cualquiera de las Cámaras del Congreso.

Como se señaló, la diferencia entre las legislaciones en mención y la propuesta presentada en el presente proyecto, básicamente radicaría en que el Tribunal Constitucional peruano únicamente emitiría un dictamen, que no tiene la calidad de sentencia, pues éste órgano constituido no tiene la facultad para realizar dicho control, pero que si la calidad de realizar un control previo sobre la propuesta de reforma constitucional, en garantía de la constitucionalidad del país.

Las ventajas que se obtienen al establecer al Tribunal Constitucional como un órgano dictaminador, en estos casos, son múltiples: en primer lugar, se respetarían las teorías desarrolladas sobre el poder constituyente y sus formas de manifestación, como originario y derivado, diferentes de los poderes constituidos, afirmando, de este modo, que el Tribunal Constitucional como poder constituido se encuentra limitado por la Constitución, con facultades específicas, no debiendo realizar las que no se le otorgan; otra ventaja que se obtendría, es el hecho de que se generarían debates de corte académicos, jurídicos, políticos y públicos, con la especial participación de la ciudadanía, porque finalmente es sobre quién recae la competencia de crear una Constitución y por ende, también la de realizar sus modificaciones a través de las reformas constitucionales; se aceptaría

la tesis de que las realidades sociales son cambiantes, al igual que las formas de pensar y de actuar, de esta forma se permitirían cambios en beneficio de un pueblo que considera que es lo mejor para sí; y, en definitiva, serviría como un limitante del Poder Legislativo, evitando que se aprueben reformas constitucionales de manera indiscriminada y lesiva de derechos fundamentales, sobre todo cuando dentro de su conformación, cuente con grupos parlamentarios que alcancen la mayoría calificada suficiente para realizar estas reformas sin necesidad de recurrir a un referéndum, buscando fines contrarios a los constitucionales.

Finalmente, queda señalar que la importancia del presente trabajo de investigación radica en facultar al Tribunal Constitucional, para que en su desempeño como órgano constituido, realice un control previo a través de dictámenes desfavorables en contra de proyectos de ley de reforma constitucional que puedan afectar a la constitucionalidad en el Estado peruano, aceptando, en primer lugar, que dicho Tribunal no tiene competencia para declarar su inconstitucionalidad a través de un proceso de control normativo.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera la función dictaminadora del Tribunal Constitucional influye en el control de las reformas constitucionales en el Perú?

2. HIPÓTESIS

La función dictaminadora del Tribunal Constitucional influye de manera positiva en el control de las reformas constitucionales en el Perú, generando una actuación preventiva, y además, garantizando el respeto de las atribuciones que el Poder Constituyente le otorgó a los Poderes Constituidos, ambas en beneficio de la Constitución.

3. VARIABLES

3.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

Función dictaminadora del Tribunal Constitucional.

3.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Control de las reformas constitucionales en el Perú.

4. OBJETIVOS

4.1 General

- Determinar de qué manera la función dictaminadora del Tribunal Constitucional influye en el control de las reformas constitucionales en el Perú.

4.2 Específicos

- Desarrollar la temática sobre el poder Constituyente, poder constituido, la Constitución, la reforma constitucional y la acción de inconstitucionalidad.
- Comparar el control de las reformas constitucionales en el Perú con el de otros ordenamientos jurídicos.
- Establecer la necesidad de la función dictaminadora del Tribunal Constitucional, a través de la modificatoria del artículo 202° de la Constitución Política y las modificaciones correspondientes en Código Procesal Constitucional.

5. JUSTIFICACION

Considerando lo desarrollado por Hernandez , Fernandez, & Baptista (2014) la presente tesis tiene como justificación plantear que el Tribunal Constitucional debe actuar a través de un rol dictaminador cuando alguna reforma constitucional pueda vulnerar a la Constitución Política.

Además, la presente tesis es beneficiosa para entender en qué casos el Tribunal Constitucional debe actuar como un órgano dictaminador, planteando las particularidades de la propuesta y sobretodo recordando que es el constituyente quién realiza las modificaciones del texto que creo en un primer momento.

Es importante señalar, que la presente tesis adquiere especial trascendencia al demostrar un valor adicional a través de una propuesta novedosa que acepta la postura de que las reformas constitucionales representan un camino para alcanzar cambios, pero, a su vez, éstas no pueden ser contrarias al mismo texto constitucional, pues si lo fuesen, deben ser consideradas como inconstitucionales a través de un dictamen, impidiendo en el futuro, su aprobación en el seno del Congreso.

Igualmente, esta tesis será beneficiosa, pues, servirá para estudios posteriores que se realice sobre la problemática desarrollada durante la presente investigación.

CAPÍTULO II MARCO TEORICO

SUBCAPÍTULO I ANTECEDENTES

1. Antecedentes

Durante el desarrollo de la tesis, hemos encontrado trabajos de investigación que se relacionan con nuestras variables. Siendo las siguientes:

- 1.1. En la Pontificia Universidad Católica del Perú, existe una tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional denominada “La Reforma total de la Constitución y los límites materiales del poder de reforma en las Constituciones peruana de 1993 y panameña de 1972”, presentada por Córdoba Barría, Rubén Darío en el año 2015.

La tesis no presenta un enunciado de problema ni una hipótesis.

Entre sus conclusiones más resaltantes se encuentran:

- *«La distinción que históricamente se ha hecho entre poder constituyente y poder de reforma sigue vigente, en el sentido de que aquel es el poder que siempre tiene un pueblo en democracia de darse una Constitución sin necesidad someterse a los límites jurídicos formales o materiales que establece la Constitución vigente (...).»*
- *«En lo que respecta a la denominada reforma total de la*

Constitución (...) la concebimos como aquella que abre la posibilidad formal a una revisión general del texto constitucional, salvaguardando los límites jurídicos que tiene toda reforma constitucional. Desde nuestra perspectiva, una reforma puede ser total desde el punto de vista formal, pero necesariamente debe ser parcial desde el punto de vista material (...)»

- *«(...) Contrario a lo que ha sostenido el Tribunal Constitucional, sostenemos que de conformidad con el artículo 206 y el inciso 1 del artículo 32 de la Constitución, el referéndum no se ha establecido como un componente obligatorio de la reforma total de la Constitución, sino que se realizará o no dependiendo de la vía reformatoria que se escoja, haciendo la salvedad de que los ciudadanos también pueden solicitar la realización del correspondiente referéndum constitucional con base en el inciso 1 del artículo 32 constitucional, en la forma que establece la Ley 26300 de 2 de mayo de 1994 o “Ley de los derechos de participación y control ciudadanos”.»*

- *«Toda reforma constitucional, así se le denomine parcial o total, está sometida a los límites formales y materiales del poder de reforma (...)*»

- *«Consideramos entonces que una reforma constitucional total, no puede ser total en el sentido de que puede desconocer la dignidad del hombre, los derechos fundamentales o la soberanía popular característica del Estado democrático, pues terminaría socavando la propia esencia de la Constitución como herramienta de limitación del poder político y protección de los derechos fundamentales.»*

- 1.2. En la Universidad de Sevilla, existe una tesis para obtener el grado académico de Doctor en Derecho Constitucional denominada “Reforma Constitucional y Límites en la Constitución ecuatoriana de 2008” presentada por Benavidez Ordoñez, Jorge en el año 2016.

La tesis no presenta un enunciado de problema ni una hipótesis.

Entre sus conclusiones más resaltantes se encuentran:

- *«En definitiva, la comprensión del poder constituyente como un concepto edificado sobre la base del principio de soberanía popular supuso importantes consecuencias, en la medida en que, por un lado, significó la abolición de un modelo de Estado de corte absoluto en donde se consideraba soberano al rey, y, por otro, sirvió de fundamento para una de las señales de identidad del Estado de Derecho, esto es, el imperio de la ley (...).»*
- *«En la reforma constitucional se presenta un hecho que supondría una tensión intrínseca, en la medida en que por un lado, se acude a la reforma con el fin de actualizar la Constitución a la realidad donde aquella rige y, por otro lado, promueve la permanencia de la Constitución, en el sentido de que para su modificación se debe recurrir a unos procedimientos particularmente rigurosos, asegurando así, que los contenidos constitucionales se mantengan protegidos de los ímpetus reformatorios de simples mayorías parlamentarias de turno (...).»*
- *«En consecuencia, entre las Constituciones más rígidas tendríamos a Bolivia, Brasil, Chile, Perú y Venezuela, seguidas por los Textos de Colombia y Costa Rica, y, finalmente, ubicamos como los Textos menos rígidos el de Argentina y el de México.*

Ecuador, a estos efectos, se ubicaría en el grupo de los países con Constituciones más rígidas, en la medida en que contempla la activación de una Asamblea Constituyente para modificar regresivamente los derechos, así como por la previsión de dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional para introducir cualquier cambio a la Constitución, y por la existencia de una cláusula de intangibilidad, que impide reformar de modo regresivo los derechos y garantías constitucionales.»

SUBCAPÍTULO II

PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

1. Consideraciones Generales

Para comprender el planteamiento problemático del presente trabajo, es importante realizar la distinción entre ambas instituciones jurídicas y así poder entender su naturaleza.

Parafraseando a Henríquez Franco (2012, pág. 115) a largo de la historia, el rey, el Poder Ejecutivo y hasta el Poder Legislativo, han detentado la titularidad total del poder constituyente, por ahora, a pesar de los rezagos ya superados en la actualidad, se puede afirmar que la titularidad del poder constituyente nace plenamente de la voluntad soberana del pueblo, por lo tanto, proviene de la población, desligando, así, cualquier posibilidad de recaer sobre otro órgano o poder.

Cabe mencionar, que ahora « (...) *la doctrina es uniforme en considerar como titular legítimo únicamente al pueblo, [aunque] su ejercicio en la práctica, corresponde a sus representantes, legítimamente elegidos para cumplir con la finalidad de aprobar una Constitución (...)*» (Ibíd.)

2. Poder Constituyente

En primer lugar, para un adecuado desarrollo temático, es importante comenzar con el clérigo y a la vez político francés Emmanuel Sieyès, quién fue de los primeros en abordar sobre el concepto de poder constituyente, estableciendo su pensamiento a partir de la teoría clásica de división de poderes de Montesquieu.

García Toma, señala una de las ideas principales desarrolladas por Sieyès, cuando expresa:

«Emmanuel Sieyès, en su libro ¿Qué es el tercer Estado? del año 1788, estableció de que ninguna clase de poder delegado puede modificar la condición de lo que ha sido establecido por el poder delegante, así, las reglas fundamentales son obra de la voluntad nacional y no del poder constituido por esta.»(García Toma V., 2014, pág. 504)

El profesor Henríquez Franco, expresa que el abate acude al término “Nación”, de manera previa, para entender al poder constituyente y que, a pesar de ser un término abstracto, es considerado como fuente de donde se desprenden los derechos plasmados en una Constitución. La postura planteada por Sieyès, complementa la teoría de “división de poderes” desarrollada por Montesquieu, en donde el clérigo francés, deja en claro que el poder constituyente, es un poder previo y superior que separa a los poderes constituidos. (cfr. Henríquez Franco, 2012, pág.110)

Parafaseando al profesor Orbegoso Venegas (2002, pág. 77) en la doctrina de Emmanuel Sieyès, el Poder Constituyente en su forma originaria, puede funcionar para los fines que fue creado, es decir, para instaurar una Constitución. Se debe tener en claro que éste no podrá otorgarse para sí, las facultades reconocidas para los Poderes Constituidos, como por ejemplo la administración de justicia o la función de legislar en materia no constitucional. Del mismo modo los Poderes Constituidos, no tienen la capacidad de poder modificar o variar la Constitución, pues para ello, según la doctrina Sieyès, el Poder Constituyente podrá ser ejercido por representantes, toda vez que se respete el procedimiento desarrollado en la Constitución.

Sieyès, resalta que: *«En cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente (...) En ese sentido, las leyes constitucionales son fundamentales (...) son fundadas por voluntad nacional, con anterioridad a toda Constitución.»*(Pereira Menaut, 2006, pág. 49)

De esta forma, la doctrina apoya la postura del clérigo francés Emmanuel Sieyès, resaltando que su importancia radica principalmente en diferenciar la voluntad popular que se manifiesta a través del poder constituyente y que recae sobre el pueblo al momento de hacer valer su soberanía, mientras que los poderes constituidos: siempre representarán una colectividad que nace a partir de la Constitución, pero como producto de la actuación del poder constituyente.

Realizando paráfrasis del doctor Henríquez Franco (2012, pág. 111) otro de los grandes pensadores que ahondaron en el tema de poder constituyente fue el austriaco Hans Kelsen, para él, el poder constituyente es una institución que tiene por finalidad dificultar las modificaciones normativas que se desarrollan en el ámbito del derecho positivo.

«Toda su teoría, como puede verse, parte de una hipotética norma fundamental de la que derivan las demás normas jurídicas», señala el profesor Henríquez Franco (Ibídem.)

Esta norma fundamental, a la que hace referencia el profesor constitucionalista, sería la Constitución Política de un Estado. En ese sentido, para Kelsen, el poder constituyente no tiene mayor relevancia que la de funcionar como un obstáculo para limitar las acciones realizadas por los representantes del pueblo. Para este autor, el poder constituyente, nace a raíz del Estado, es decir desde que tiene una Constitución Política instaurada como norma.

Por su parte, el alemán Carl Schmitt, sostiene que *«el poder constituyente es la voluntad política con fuerza o autoridad para adoptar la decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política.»*(Orbegoso Venegas, 2002, pág. 64)

Según su visión sobre el poder constituyente (Ibídem), agrega que: *«Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su*

validez sino en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y la forma del propio ser.»

El profesor alemán mantuvo una postura sobre el poder constituyente realzando su especial calidad de fuerza superior a la Constitución, y por ende, a cualquier norma infraconstitucional. Por lo tanto, más allá de que la Constitución sea considerada como fundamento de las normas que integran el ordenamiento jurídico debe tenerse especial consideración por la autoridad normativa, compuesta por el “ser político”, es decir el poder constituyente.

Por otro lado, el jurista Hermann Heller, de manera muy oportuna reúne las teorías de Kelsen y Schmitt, desarrollando un concepto completo de poder constituyente enfocándose en una perspectiva intermedia. Al respecto, indica que el poder constituyente es: *«aquella voluntad política cuyo poder (...) está en condiciones de determinar la existencia de la unidad política en el todo (...) [en donde] el elemento normativo no se puede separar, en manera alguna, del concepto de autoridad.»* (Henríquez Franco, 2012, pág. 112)

Tal es así, que para Heller, el poder constituyente es producto del consenso popular, en ese sentido, es la voluntad política del pueblo, conformada por ideologías, costumbres e intereses, la que admite determinadas normas como obligatorias para sí.(cfr. Orbegoso Venegas, 2002, pág. 65)

Realizando paráfrasis de las palabras de Henríquez Franco (2012, pág. 111), Heller considera que las posiciones desarrolladas por Schmitt y Kelsen, son contrarias entre sí, puesto que la teoría sobre el poder constituyente de Schmitt, la recoge como la voluntad política, es decir como un poder que no necesita de una norma que lo materialice, sino que existe de por sí. Por otro lado, Kelsen, piensa en sentido opuesto, al establecer que el poder constituyente es producto de una norma dejando de lado al poder o voluntad política.

El profesor Maurice Hauriou, parte de la idea de un conjunto de valores y principios superiores al texto de la Constitución, al que denomina “superlegalidad constitucional”. Partiendo desde ese punto, se puede explicar el rol que cumple el poder constituyente dentro de su teoría.

La denominada “superlegalidad constitucional” abarca, según señala el autor Naranjo Mesa (2003, pág. 351):

« 1) La organización de una operación constituyente, con un poder constituyente que esté por encima de los poderes gubernamentales ordinarios (...), y con un procedimiento especial de revisión que da a la Constitución un carácter rígido; y 2) La organización de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias.»

Según Hauriou, el poder constituyente es aquel que se ubica por encima de los poderes gubernamentales establecidos, es decir, por encima de los poderes constituidos y reconocidos en la Constitución. Su consideración es necesaria para la existencia de una superlegalidad constitucional.

3. Manifestaciones del Poder Constituyente

El poder constituyente presenta dos formas, haciendo paráfrasis del Dr. Henríquez Franco (2012) se establece la siguiente estructura:

- **Poder Constituyente Originario**, es el que tiene como fundamento a la soberanía nacional, sin ningún tipo de sometimiento o subordinación. Puede encontrarse, a sí mismo, **poder constituyente fundacional**, que se origina a partir del cambio de un Estado preconstitucional a un Estado Constitucional, desde que realiza una Constitución.

Entre sus características, podemos rescatar que es inicial, porque no es precedido por ningún otro poder, presenta superioridad que aparece cuando

se funda o convierte un nuevo orden jurídico, siendo a su vez autónomo, ya que no depende ni se condiciona por otro poder y finamente es inagotable, porque siempre se encuentra en estado potencial de presencia.

- **Poder Constituyente Derivado**, es conocida como el poder de reforma o revisión de la Constitución, que tiene por finalidad realizar las modificaciones o cambios en base a un procedimiento agravado y así poder mantener vigente al texto político normativo.

García Toma V. (2014, pág. 506), menciona, en un primer momento, sobre el poder constituyente originario, que: « (...) *es aquella capacidad o energía que permite cumplir o alcanzar una meta de naturaleza política, para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para estructurarlo y organizarlo política y jurídicamente.*»

Posteriormente, destaca dos elementos que conforman su esencia, mencionando así, la voluntad y la efectividad política. En cuanto a la primera, señala que «*La voluntad política debe expresar una acción dotada de fuerza, potencia o energía encaminada a crear o recrear la existencia de un Estado; para lo cual establece un orden normativo fundamental.*» En el mismo sentido, «*La efectividad política debe expresar que dicha acción debe orientar una capacidad de operar y regular sobre la realidad. Por ende, aspira a alcanzar una capacidad de obediencia interna y de respeto externo.*» (Ibídem.)

Javier Pérez Royo, señala que «*una vez que el poder constituyente originario cumple con elaborar la Constitución ipso facto deja de existir.*» (Ibíd., pág. 533)

En virtud de los párrafos precedentes, se puede establecer que la forma originaria del poder constituyente sirve para dar una Constitución al Estado, y que esa es su única finalidad, en tanto que organiza y estructura al mismo, desde un punto de vista jurídico y político, al mismo tiempo. Así también, se puede determinar que es

la forma, en donde de manera directa se aprecia la soberanía del pueblo al tomar sus decisiones que serán las líneas directrices que fijen el rumbo de un Estado.

Por otro lado, la forma derivada del poder constituyente, siendo llamada, también, “poder constituyente constituido”, por el jurista español Pereira Menaut, es aquél que considera un procedimiento dentro la propia Constitución para poder realizar su reforma. En otras palabras, el poder constituyente derivado se reflejará, de manera indubitable, en la reforma constitucional. (cfr. Pereira Menaut, 2006, pág. 51)

Textualmente, Pereira Menaut, complementa la definición sobre el poder constituyente derivado, mencionando que es «*Ese poder suficiente para modificar la misma Constitución es, eo ipso, constituyente. (...)*» (Ibídem.)

Al parecer del autor español, el poder constituyente constituido se encuentra por encima y por debajo del poder constituyente originario, al explicar que: «*Por debajo, porque sin ella no existiría, y por encima porque pueda alterarla.*» (Ibíd., pág. 52)

En resumen, el poder constituyente derivado, es una representación que sirve para mantener actualizada la vigencia de la Constitución. Es evidente que la capacidad de esta forma de poder constituyente, tiene por finalidad modificar a la Constitución, a través de la reforma constitucional cumpliendo, siempre, con un procedimiento establecido en el mismo cuerpo constitucional.

Realizando paráfrasis del profesor García Toma V. (2014, pág. 535) entre las diferencias que podemos encontrar de las dos manifestaciones del poder constituyente, resalta claramente el caso del autor Guillermo Calandrino, quién ejemplifica de manera muy clara y simple la distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado. El primero, menciona, que está representado por los cimientos de una casa y sus componentes básicos como el

techo, el hormigón y las columnas, mientras que el segundo, está conformado por las modificaciones que se hacen al interior de la misma.

Se puede concluir, entonces, que el poder constituyente originario establece la Constitución Política, determinando el orden jurídico y político del Estado, como si fuesen éstas los cimientos de una casa. En esa misma línea de ideas, el poder constituyente derivado, será aquél que tenga la capacidad de poder modificar y revisar la Constitución, para así poder mantenerla vigente a los nuevos acontecimientos sociales, este poder es representado por las modificaciones internas de la casa, según el ejemplo de Calandrino.

4. Límites del Poder Constituyente

He considerado plantear en este acápite, las posturas que se señalan sobre el poder constituyente originario y sus limitaciones durante el desarrollo de su ejercicio.

En primer término, Pereira Menaut, señala que el poder constituyente originario no se encuentra limitado desde un punto de vista jurídico, sino que sus limitaciones serán de carácter axiológico-políticas, relacionados con el sentido de justicia. (cfr. Pereira Menaut, 2006, pág. 62)

Por otro lado, se encuentra lo desarrollado por el jurista Sagüés, en donde los límites del poder constituyente originario son: «*fácticos (fuerzas políticas, lobbies, factores de poder, posibilidades económicas, etc.), normativos (Derecho internacional, convenciones, tratados, etc.) y axiológicos (...) del Derecho Natural (valores como la justicia, la libertad, la igualdad, la paz, la seguridad, la dignidad humana, etc.)*» (Henriquez Franco, 2012, pág. 117)

El Dr. Henríquez indica algo muy interesante sobre los límites del poder constituyente, tanto en su forma originaria, como en su forma derivada y ésta es que «*Lo que es válido para el poder constituyente originario (...) no lo es, sin*

embargo, para el poder constituyente derivado (...), el cual es por naturaleza limitado. Su actuación obedece a un procedimiento sujeto a condiciones determinadas por la propia Constitución (...)» (Ibídem.)

De los límites del poder constituyente derivado se puede decir, de acuerdo a lo estudiado en la doctrina, que debe cumplir con el procedimiento que se encuentra en el mismo texto constitucional. En ese sentido, parafraseando a Pereira Menaut (2006, pág.62) el poder constituyente derivado, encuentra las mismas limitaciones que la reforma constitucional, siendo que ambas se relacionan de manera indiscutible, resulta lógico que ambas se encuentren limitadas en los mismos aspectos.

Por lo tanto, su primer límite será respetar el proceso de reforma previsto como consecuencia del poder constituyente originario.

Respecto a un segundo límite del poder constituyente derivado, es pertinente tener en cuenta que existe una fórmula basilar, la misma que se compone por la médula esencial de la Constitución. Sobre ello, el poder constituyente derivado, a través de la reforma, no puede modificar ésta, debido a que no se estaría en presencia de un cauce de legitimidad constitucional, sino frente a un proceso de revolución, fuera de competencia de la misma reforma constitucional. (Cfr. García Toma V., 2014, pág. 534)

El profesor peruano (Ibídem.) indica la composición de esta fórmula basilar de la Constitución, fragmentando cada elemento de manera específica:

«La fórmula basilar de una Constitución se compone de un techo ideológico (liberal, democrático, socialista, fascista, etc.), está ajustada a una fórmula económica (capitalismo privado, capitalismo de Estado, etc.), se adscribe al influjo de determinados principios de organización estadual (federalismo, república, monarquía, etc.), régimen político

(presidencialismo, parlamentarismo, etc.) y catálogos de derechos fundamentales.» (Subrayado propio)

Cabe aclarar, que desde un punto de vista teórico, el poder constituyente derivado no puede reformar ningún aspecto de la fórmula basilar de la Constitución. Desde otro punto de vista, quizás más realista, y también acomodado a la doctrina anteriormente mencionada, la soberanía del pueblo, bien sea por una transición democrática o producto de una revolución puede realizar modificaciones de su texto constitucional, siempre y cuando, la considere más ventajosa que la anterior.

5. Poderes constituidos y sus diferencias con el Poder Constituyente

Está claro que los poderes constituidos, nacen a partir de la Constitución, por lo tanto, se encuentran sometidas a ella. En el caso peruano, encontramos como ejemplo de poderes constituidos a los clásicos poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; así como a los organismos constitucionalmente autónomos.

Cierta parte de la doctrina, como Jorge Carpizo, indica que el poder revisor de la Constitución es también un poder constituido. Según su postura, el autor entiende que todos los poderes con excepción del constituyente originario, son constituidos, pero con diferente jerarquía constitucional. (Cfr. Carpizo McGregor, 2009, págs. 29-34)

Para efectos de la tesis, y como apreciación personal, descarto la postura del profesor Carpizo, en el sentido de que es necesario de manera indubitable considerar al poder constituyente derivado, como, valga la redundancia, un poder constituyente, no únicamente porque así lo señala la mayoría de autores desarrollados en los puntos 2. y 3. del presente SUBCAPÍTULO, sino porque el órgano revisor de la Constitución debe tener la capacidad suficiente para poder modificar el texto constitucional, por lo tanto, no podría realizar tal acción, si se le considerase como un poder constituido, obviamente en una calidad por debajo de la Constitución.

Tal es así, que considerando al Poder Constituyente derivado, como un poder netamente constituyente, aunque éste actúe de manera excepcional, se justifica de manera lógica que a través del órgano que compete se realice las modificaciones de la Constitución.

Siguiendo esta postura, las normas constitucionales gozan de mayor jerarquía que las normas legales ordinarias elaboradas por el Poder Legislativo. Partiendo de la premisa de que las normas de rango constitucional son creadas por el Poder Constituyente, es obvio que sólo éste podrá modificar o derogar normas constitucionales y no la actividad legislativa desarrollada por un Poder Constituido.

En ese orden de ideas, *«Los poderes constituidos, por el hecho de serlo, no deben tocar la esfera constitucional reservada a la soberanía del Pueblo en ejercicio de sus inherentes potestades constituyentes.»* (Orbegoso Venegas, 2002, pág. 76)

Las diferencias planteadas por Carpizo, son precisas al señalar lo siguiente:

Cuadro 1. Diferencias entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos (según Jorge Carpizo)

Poder Constituyente	Poderes Constituidos
Poder de origen o poder creador (anterior)	Derivados y creados por la Constitución (posterior)
Jurídicamente ilimitado	Jurídicamente limitados
Función concreta	Funciones múltiples

Fuente: Jorge Carpizo. "El Tribunal Constitucional y sus límites", págs. 28 -29.

**Elaboración Propia*

Del cuadro presentado, se puede determinar que el poder constituyente es un poder de origen que al mismo tiempo regula la conformación política de un Estado, enumerando, de igual manera, una lista de derechos fundamentales que serán

protegidos, mientras que los Poderes Constituidos, son poderes que se derivan de la creación de la Constitución, por lo tanto, se puede afirmar que son consecuencia del Poder Constituyente.

La segunda diferencia marcada por el profesor mexicano, es que el Poder Constituyente es jurídicamente ilimitado, puesto que no se le puede imponer ningún límite en su formación, como también avala cierta parte de la doctrina, mientras que, por otro lado, los Poderes Constituidos, son jurídicamente limitados, en la medida que sólo pueden actuar conforme a las facultades que establece la Constitución.

Finalmente, el autor, plantea como tercera diferencia, que el Poder Constituyente tiene como única función crear a la Constitución, mientras que los Poderes Constituidos, ejercen potestades múltiples, las mismas que se desprenden de la Constitución.

Como diferencia adicional a las mencionadas, es importante rescatar la existencia de la temporalidad, pues, es ciertamente notorio que el poder constituyente tiene una duración efímera, en donde cumple con una única finalidad, la cual es crear a la Constitución y desaparecer, mientras que los poderes constituidos, por ser creados por el texto constitucional tendrán una duración prolongada, garantizando así, cada una de las funciones que el constituyente le otorgó.

SUBCAPÍTULO III

LA CONSTITUCIÓN

1. Marco Histórico

Debemos iniciar las referencias históricas mencionando que la idea de Constitución fue plasmada en un primer momento en la antigua Grecia. Tal y como señala Enriquez Franco (2012, pág. 40) al indicar que *«corresponde a Aristóteles el mérito de haber sido el primero en utilizar el término constitución (...) en su obra “La Política” [en donde] el autor refiere que durante sus viajes por el mundo antiguo se había encontrado con cerca de 158 constituciones (...)*»

Se debe de entender que Aristóteles realiza la primera referencia acerca de la Constitución, en un sentido amplio, no escrito ni formal, puesto que ésta sólo establecía la organización del gobierno: llámense monarquías, aristocracias o democracias (cfr. Ibídem). De este modo, todo desarrollo doctrinario del término “Constitución” encuentra su origen en el autor en mención.

En ese orden de ideas es menester, señalar que:

«La noción aristotélica de Constitución difiere, pues, notablemente del sentido que hoy se atribuye al término. Su significado hace alusión a la forma de organización o establecimiento de un Estado, una manera de ser, un modo de vida propio que hace que todo Estado, por el sólo hecho de serlo, tenga una Constitución.» (Ibíd., pág.83)

Siguiendo el curso de la historia debemos detenernos en Roma, de donde se desprende, hasta el día de hoy, la mayor fuente de conocimientos en el campo jurídico. Pues, es innegable el hecho de que en Roma existió un desarrollo más que significativo del Derecho.

Sin embargo, cabe aclarar que este desarrollo se hizo bastante más concentrado en el ámbito del Derecho Privado, más no en el Derecho Público, es así que, en esta esfera, los romanos *«apenas si distinguieron entre leyes fundamentales y*

leyes ordinarias, característica esencial del constitucionalismo moderno, pero de ninguna manera perfilaron el concepto formal de Constitución.»(Ibíd., pág.41)

En el transcurso de la edad media, en donde existía predominio de la iglesia y se desarrollaba el feudalismo, ocurre la denominada “atomización del poder público”, en donde los señores feudales estaban encargados de establecer las leyes, de tal manera, se generó atasco en el desarrollo del conocimiento jurídico, científico y cultural. (cfr. Ibídem.)

Se debe rescatar de esta época, a la aparición de los Fueros españoles, como el Fuero de León de 1020, de Toledo de 1085, de Burgos de 1073 y de Aragón de 1283; así también, se debe señalar el nacimiento de la Carta Magna en 1215, documento suscrito por el rey Juan sin Tierra, en donde se reconocía que, por tradición, los ingleses adquirirían determinados derechos. (cfr. Ibíd., pág. 42)

2. Conceptos de Constitución

En primer lugar, parafraseando al profesor Henriquez Franco (2012, pág.83) se debe dejar en claro que la definición del término “Constitución” tiene diversas concepciones y ha sido uno de los temas, que como cualquier otro concepto jurídico, genera polémica.

Considerando que existe un cierto grado de complejidad al definir al término Constitución, debido a su importancia tanto política como jurídica, es interesante el hecho de que exista diversa doctrina que intente establecer una definición completa, no sólo por el hecho de que sea un simple concepto jurídico, sino por el carácter importantísimo de esta institución dentro del aparato estatal.

Para comenzar a establecer las definiciones que se encuentran recogidas en la doctrina constitucional, se debe empezar señalando la acepción etimológica de la palabra Constitución, la misma que se desprende del latín “*constituere*” que significa ordenar o imponer algo, que deriva, también de la palabra en latín “*constitutio*”, que significa ordenamiento de las reglas básicas de organización. (cfr. Ibíd., pág. 84)

Habiéndose desarrollado el origen etimológico de la palabra Constitución, que nos abre el panorama para comprender conceptos posteriormente designados en esta tesis, pasaremos a consignar las definiciones que se establecen en la doctrina.

Tal y como señala el profesor Henriquez Franco (cfr. 2012, págs. 84-93) en clara alusión al jurista austriaco Hans Kelsen, quiendiferencia entre:

- Constitución Formal, hace referencia al significado moderno de Constitución, en donde se la considera como el documento escrito que contiene el conjunto de normas, valores y principios, que es redactado por un órgano constituyente competente, y;
- Constitución Material, este concepto indica que la Constitución es el conjunto de normas, escritas o no, que versa sobre la actuación de los actores políticos, así como el diseño institucional del régimen político estatal. En ese modo, pueden ser normas escritas o consuetudinarias, es decir producto de la costumbre.

Continúa el profesor desarrollando algunas definiciones más sobre la Constitución, entre las cuales destacan (cfr. *Ibidem.*):

- Constitución Jurídica, en donde se entiende por Constitución como el orden jurídico fundamental de la sociedad, en donde se establecen los principios, conforme a la unidad política del Estado. Esta Constitución contribuye en el entendimiento de una constitucionalidad para completar los vacíos o lagunas que el texto contiene, contribuyendo con la función esencial de la Constitución, la misma que es resolver los entrapamientos políticos y contribuir con transformar la realidad.
- Concepción Sociológica, en esta concepción, el autor Lasalle, señala que todo Estado tiene una Constitución por el solo hecho de ser Estado,

encontrando su validez al encontrar un símil entre sus normas y la realidad social.

- Concepción Neocontractualista, a través de esta concepción desarrollada por John Rawls, la Constitución adquiere un sentido de plasmar acuerdos mínimos de principios de justicia, considerando un desarrollo de los derechos humanos, logrando, así, satisfacer las expectativas de todos, pero con mayor énfasis en los más desprotegidos.

Por otro lado, encontramos a Carl Schmitt, que en primer lugar, establece que el término Constitución debe limitarse, debido a que cualquier cosa puede tener una constitución, como por ejemplo una sociedad o un establecimiento, por lo que recoge la expresión “Constitución del Estado” defendiendo la postura de que ésta viene a ser una decisión política, en el sentido de que es producto del poder constituyente, que como ser político, es quien acepta normativamente a la Constitución del Estado. (cfr. *Ibíd.*, págs. 69,71,73 y 74)

Al respecto García Toma V. (2014) señala que la Constitución es un *«instrumento político – jurídico que contiene un conjunto de valores, principios, normas y prácticas básicas de sociedad política [constituyendo] una póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, un orden supremo constituyente del sistema jurídico (...)»*

Esto se puede complementar con lo paráfrasis realizada al profesor Pereira Menaut (2006, págs. 5-9) en donde la Constitución constituye una realidad jurídico-formal y político-organizativa que limita al poder, estableciendo la real y concreta configuración del país.

Siempre se debe tener en consideración que la Constitución Política también recoge aspectos sociológicos, además de los jurídicos y políticos. (cfr. Henríquez Franco,2012, pág. 83)

Según el profesor Correa Noriega (2016, pág. 174) la concepción moderna de la Constitución apunta a que ésta es la encargada de crear los parámetros jurídicos dentro de un Estado, al señalar lo siguiente:

«El moderno concepto de Constitución alude a (...) códigos políticos, elaborados por el Poder Constituyente, [que] establecen las normas jurídicas básicas, los principios generales y las prácticas organizativas, a las que debe encuadrarse la estructura general de las sociedades humanas que quieren actuar como Estados (...) instauran, así mismo, los órganos y procedimientos a través de los cuales debe ejercerse la autoridad (...)»

Para el profesor Carbonell (1998, pág. 147) « (...) *la Constitución* [se encuentra relacionada] *con el papel que desempeña el sistema jurídico (...) dentro del entramado de relaciones sociales (...)*»

Así mismo, señala también que la Constitución engloba dos cuestiones fundamentales como fuente principal de un sistema jurídico, en un *primer momento* se establece como fuente de fuentes, es decir como pilar del sistema jurídico y en un *segundo momento* se constituye como creadora de normas materiales, directamente aplicables a las diversas relaciones jurídicas. (cfr. Ibídem.)

En palabras del profesor Jacques Turgot, citado por Diaz Arenas (1997, pág. 149) la Constitución «*es un cuerpo social sólido y armónicamente articulado (...)*»

Este concepto encontraría una relación con lo desarrollado por el profesor Rubio Llorente, al expresar que la Constitución debe de promover la garantía de los derechos fundamentales, así como también, debe de instaurar una división de poderes, siendo estos dos elementos considerados como el contenido mínimo de toda Constitución. (cfr. Carbonell, 1998, pág. 164)

De acuerdo a lo desarrollado por Jacques Turgot y Rubio Llorente, se puede formar un concepto muy interesante de Constitución, el mismo que la debería

considerar como el cuerpo social-normativo que de manera concertada contiene un mínimo una garantía de los derechos constitucionales y una adecuada división de poderes.

3.Finalidad de la Constitución

En palabras de Correa Noriega (2016, págs. 174-175) «*La Constitución Política tiene por finalidad concreta la construcción jurídica de un orden político estatal (...) instituyendo, para el efecto, normas, órganos, procedimientos, recursos y competencias requeridas para hacer funcionar al Estado.*»

Mientras que, para el jurista Quisbert (2012, pág. 13) el fin que persigue la Constitución se concentra en establecer el «*equilibrio entre el poder de los gobernantes y los derechos de los gobernados, fijando límites y controles a los primeros y regulando los derechos y obligaciones de los segundos.*»

Por lo tanto, se puede afirmar que la finalidad que cumple la Constitución se concentra, básicamente, en determinar un orden político y jurídico-estatal, generando un control de equilibrio entre los representantes y el pueblo, considerando que, sobre este último, es sobre quien recae el poder constituyente encargado de crear en un primer momento, el texto constitucional.

4. Sentidos de la Constitución

Cuando nos referimos a los sentidos de la Constitución debemos entender que, ésta puede ser formal o material, también denominada real. (cfr. De Vergottini, 2004)

La Constitución formal «*es producto normativo creado expresamente (...) para recoger en un documento el equilibrio (...) y metas comunes que deciden fijarse para el desarrollo de un Estado.*»(Carbonell, 1998, pág. 158)

Por otro lado, la Constitución material, es aquella que contiene la normatividad jurídica reflejada a la realidad, evolucionando de acontecimientos sociales. Es importante resaltar, que la Constitución que no se ajuste a la realidad social, no puede ser por sí una Constitución, porque perdería su carácter pragmático. (cfr. Quisbert, págs. 20-21)

Es significativo señalar, que no se debe limitar un cuerpo consitucional a un mero sentido formal y escrito, puesto que esto, significaría limitar aspectos fundamentales a un carácter formal. (cfr. De Vergottini, 2004, pág.,111)

En ese sentido (Carbonell, 1998) hace mención de que ambos conceptos no son contrarios entre sí, sino que se complementan, por lo tanto añade que:

«Entre ambos conceptos de Constitución[en referencia a los sentidos] no existe, ni mucho menos, una relación de oposición, sino que una deriva de la otra, es decir, la Constitución formal es la declaración solemne, la forma escrita, puntualizada y formalizada – como su nombre lo indica- de las condiciones que conforman ese entramado de fuerzas que se ha llamado Constitución material.» (pág. 158)

Claramente se puede aseverar que ambos conceptos se encuentran en constante relación, debido a que la Constitución, formalmente establecida, deberámantenerse en paralelo a los hechos que suceden en la realidad, tal y como se define una Constitución material.

5. Estructura de la Constitución

Respecto a la estructura dela Constitución, ésta se puede instituir como la plantea Quisbert (2012, pág. 9):

«1) Preámbulo: es un discurso introductorio que tiene por objeto promover los valores comunes de los miembros de una sociedad y unir esfuerzos para la defensa colectiva de sus intereses (...) [también

contiene] principios que la inspiran [en alusión a la Constitución] y que han sido tenidos en cuenta por los constituyentes.

2) Parte Dogmática: contiene los derechos fundamentales

3) Parte Orgánica: regula la fundación, los límites y enumeración de los distintos órganos del Estado.

4) Cláusula de Reforma: es una garantía extraordinaria de la rigidez de la Constitución Política condicionando su reforma parcialmente (...) o totalmente (...).»

Así mismo, el autor señala que en base a la estructura establecida, la Constitución contiene **normas dogmáticas**, que enuncian los derechos o garantías de las personas y las colectividades; y **normas orgánicas**, que regulan la estructura jurídica política del Estado, a las que también se les denomina como los “mínimos constitucionales”, sin las cuales, una Constitución no podría quedar constituida (cfr. *Ibid.*, págs. 9,10 y 11).

Por su parte, el profesor Henriquez Franco (2012, pág. 93) establece sobre el contenido interno de la Constitución que ésta «*deberá contar por lo menos con dos partes fundamentales: la dogmática y la orgánica.*»

A entender del mismo autor, en la parte dogmática se establecen principios fundamentales que deben regir en el Estado; por otro lado, en su parte orgánica, se establece normas que determinan la organización, funciones y relaciones de los principales órganos de gobierno del Estado. (cfr. *Ibidem*)

6. Jurisdicción Constitucional

En principio, se debe precisar que la jurisdicción constitucional no es un concepto ajeno a los tiempos remotos, por el contrario, presenta referentes históricos en Inglaterra, Francia y Estados Unidos. El vocablo “jurisdicción constitucional”

aparece en la literatura jurídica europea en el periodo de entreguerras. (cfr. García Belaunde, 1990, pág. 30)

Así pues, como existía una jurisdicción civil, penal y administrativa, era necesario crear también una jurisdicción constitucional la cual se encargaría de resolver conflictos que se originaran a partir de la Constitución.

El gran propulsor de la creación del Tribunal Constitucional, Hans Kelsen, utilizaba indistintamente los términos “*jurisdicción constitucional*” y “*justicia constitucional*”, para referirse al sentido habitual procesal.

«Kelsen (...) creyó que lo más conveniente era crear un órgano especializado y no recurrir a los órganos ya existentes, y por eso, sobre la base de la experiencia del Tribunal de Imperio, concibió este Tribunal Constitucional austriaco, creado en 1919, y plasmado constitucionalmente recién en 1920»(Quíroga León, 1991, pág. 29)

En tal sentido, la jurisdicción constitucional del Estado ha venido siendo entendida como aquella facultad que consistía en resolver litigios por razón de transgresión o vulneración a las disposiciones del ordenamiento jurídico constitucional, llevados por terceros ante la autoridad competente.

«El establecimiento de una jurisdicción especial de tipo constitucional, está representado en un primer momento, por las experiencias de Austria de 1919, Checoslovaquia de 1920 y España de 1931, experiencia esta última que solo duró mientras duró la República, es decir, hasta 1939 en que terminó la Guerra Civil española y se estableció el Gobierno autoritario de Franco. Su desarrollo propiamente se ha dado en Europa, con las experiencias jurisdiccionales especiales de Italia, Alemania y la España postfranquista.

Y en América Latina esta jurisdicción recién se plasma en la Constitución peruana de 1979, en Chile con la constitución de 1980, en

Ecuador con su Constitución de 1984 y en Colombia con su Constitución de 1991 ».(Ortecho Villena, 2012, pág. 30)

A partir de ello, se puede colegir que ambas experiencias (europeas y latinoamericanas) han sido fundamentales para poder desarrollar una jurisdicción constitucional, la cual ha ido evolucionando con el transcurso de los años.

6.1. Concepto

Como se sabe, la Constitución Política de un Estado es la norma suprema en base a la cual se organiza el aparato estatal de cada país. Así pues, en ella se encuentran consagrados los derechos fundamentales de los ciudadanos, las atribuciones y límites de la autoridad, los órganos públicos, entre otros aspectos; de modo que, este complejo de preceptos es el que amerita la creación de una jurisdicción constitucional, la cual se encargue básicamente de velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución Política a través de los respectivos controles de constitucionalidad.

En palabras del maestro Ortecho Villena, *«la jurisdicción constitucional es la potestad de los organismos especiales o del propio Poder Judicial, de pronunciarse sobre conflictos en materia constitucional (...). La jurisdicción constitucional implica actividad y ejercicio de autoridad.»*(2012, pág. 31)

Así también, Ernesto Blume refiere que *«la jurisdicción constitucional defiende y preserva la constitucionalidad, entendida esta como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que esta diseña»*. (1996, pág. 16)

Cabe recalcar, que para la efectivización del rol de la jurisdicción constitucional, cada país deberá incorporar o implementar los mecanismos necesarios para garantizar el respeto de la supremacía

constitucional, así como de todos los derechos fundamentales que le asisten a los ciudadanos.

6.2. Sistemas de jurisdicción constitucional

Parafraseando a García Belaunde (1990) según la postura de Cappelletti, existen tres sistemas de jurisdicción constitucional:

-Sistema Difuso.

También conocido bajo la denominación de sistema americano, por haber surgido y llevarse a cabo con gran arraigo en los Estados Unidos. Este sistema surgió en la vía jurisprudencial, con la sentencia del juez Marshall, en 1803, en el caso particular sobre Marbury vs Madison, no obstante, recibe el nombre de sistema difuso porque la facultad de control jurisdiccional de las leyes se reparte entre todos los jueces, quienes, en casos concretos de inconstitucionalidad, pueden pronunciarse. (cfr. Ortecho Villena, 2012)

En este modelo, la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del Órgano Judicial ordinario (se le denomina también de revisión judicial –*Judicial Review*– o de contralor judicial). Así, la pluralidad de los jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial.

En este tipo de casos, no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*, sino que son los jueces comunes los que ante una determinada controversia deberán examinar si existe contradicción entre la norma invocada –teóricamente aplicable para amparar un supuesto derecho–, y los alcances de la propia Constitución, por lo que, de ser el caso,

aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la ley inconstitucional. (cfr. García Toma, 2014)

-Sistema Concentrado.

Conocido también como sistema austriaco o europeo. Se le denomina *austriaco*, por su origen y esencialmente porque fue concebido y desarrollado por Hans Kelsen en Austria donde se implementó en un primer momento; *europeo*, por haberse desarrollado exitosamente en los principales países de Europa; y, *concentrado*, por estar a cargo de un órgano jurisdiccional exclusivo, específicamente los Tribunales Constitucionales.

Estos tribunales se encargarán de hacer efectiva la primacía de la Constitución, realizando un control de constitucionalidad no sólo de las leyes, sino también de los actos de los funcionarios de los poderes públicos, como también de analizar los conflictos respecto de competencia entre los órganos constitucionales.

Según (Ortecho Villena, 2012) el sistema concentrado se caracteriza esencialmente por lo siguiente:

«Se plantea en vía de acción y se resuelve en forma abstracta y no en referencia a ningún caso particular o concreto.

Las sentencias se pronuncian declarando la inconstitucionalidad de las leyes, lo que implica la consiguiente derogatoria de las mismas, cuyos efectos a la vez son erga omnes.»

-Sistema Político.

Se dice que este sistema no constituye propiamente uno jurisdiccional, puesto que, corre a cargo de los organismos políticos del Estado,

específicamente del Poder Legislativo, el cual ejerce un control constitucional de las leyes.

6.3. Presupuestos jurídicos.

Siguiendo el razonamiento de García Toma (2014), para el establecimiento de una jurisdicción constitucional, deben concurrir los siguientes presupuestos jurídicos:

a) **«La existencia de una Constitución morfológicamente rígida;** una constitución rígida es aquella que formalmente sólo puede ser modificada mediante un procedimiento especial de reforma, lo cual garantizará su supremacía normativa frente al resto.

b) **La existencia de un órgano de control de la constitucionalidad dotado de competencias resolutivas;** los órganos encargados de la defensa y control de la constitucionalidad necesariamente deben estar completamente dotados de competencias que les permitan apartar, anular o inaplicar la normatividad contraria a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución.

c) **La existencia de un conjunto de procesos y procedimientos que permitan orientar las demandas o solicitudes relativas a la defensa del control de la constitucionalidad, los mismos que deben concluir con resoluciones o sentencias en donde se utilicen las técnicas propias del derecho;** ello significa que, se deben determinar los tipos de acciones procesales, las reglas de organización judicial, el marco competencial, el trámite de los procesos y la ejecución de las decisiones relativas al órgano contralor. »

6.4. Importancia de la jurisdicción constitucional.

La importancia de la jurisdicción constitucional se encuentra al momento de considerar la creación de una institución que de manera autónoma y definitiva, interprete los postulados que se encuentran regulados en la Constitución que rige a un Estado, determinando de esta manera en qué casos se estaría vulnerando su espíritu o su contenido, ya sea tanto en forma como en el fondo.

Estos postulados a los que se hace referencia deben ser observados en un sentido amplio, considerando además a los principios y valores que ellos incorporan por su propia naturaleza, debiendo existir una valoración axiológica y no tanto taxativa.

En el caso peruano, la importancia de la jurisdicción constitucional recaería principalmente en el Tribunal Constitucional, que, como entidad que garantiza una adecuada interpretación del texto constitucional, puede decidir respecto de las violaciones que puedan afectarla.

Ante ello, debemos remitirnos a lo indicado por el autor Quíroga León (1991, pág. 168):

«Esta institución, por el ente encargado de la jurisdicción constitucional determina con imparcialidad y autonomía política, las violaciones constitucionales desde el Legislativo a través de leyes y normas inconstitucionales, como del Ejecutivo a través del exceso de poder manifestado en actos constitucionales cuya forma puede ser diversa y variable. También el Poder Jurisdiccional puede estar incurso en las violaciones constitucionales a través de actos o normas inconstitucionales, cuanto por la ausencia del respeto a la garantía del debido proceso legal.»

De lo expuesto, es rescatable mencionar también que la jurisdicción constitucional, protegerá la Constitución respecto de actos que vulneren su contenido en general, o sea cualquier acto inconstitucional que provenga de cualquier Poder del Estado, o de un Organismo Constitucionalmente Autónomo, elevándose así la importancia de dicha jurisdicción.

SUBCAPÍTULO IV

LA REFORMA CONSTITUCIONAL

1. Nociones generales acerca de la reforma constitucional

«La reforma de la Constitución constituye una garantía básica para su propia conservación, considerando las exigencias que impone la vigencia de un Estado de Derecho, así como los requerimientos de adaptación jurídica que demanda una realidad en permanente cambio.»(De Vega, 1988, pág. 67)

Se debe tener en cuenta que no solo la adaptación de la norma jurídica a la realidad justifica la previsión del mecanismo de reforma constitucional, sino también el principio de supremacía constitucional vinculado a la exigencia del "paralelismo de las formas", a través del cual, las normas solo pueden ser modificadas de la misma manera en que han sido producidas. (cfr. Pérez Royo, pág. 173)

La reforma constitucional se instituye, entonces, como un mecanismo que permitirá mantener a la Constitución actualizada y a la par de la realidad social, debido a que ésta última es demasiado variable con el pasar de los tiempos.

Cabe desatacar que no se requiere de una modificación total –reforma total- de la Constitución, para que se mantenga renovada, sino que bastaría mantener la esencia de la misma, modificando determinados puntos que requieren, por necesidad social, ser variados – a través de una reforma parcial.

El Tribunal Constitucional (2003) en la STC del Expediente N° 014-2002-AI/TC, en el fundamento 67, considera al acto de reforma o de revisión como *«un acto limitado, reglado y ordenado por el poder constituyente en la Constitución que en su momento definió un procedimiento, así como determinados límites de naturaleza material para modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.»*

Del mismo modo, es importante rescatar lo que precisa Carl Schmitt, nombrado por Víctor García Toma (2014, pág. 533), al señalar que: *«la competencia para reformar el texto constitucional no es una atribución normal, sino, más bien, una prerrogativa de carácter extraordinario y limitado.»*

Al parecer del autor peruano, sobre el comentario de Carl Schmitt, agrega que: *«Mediante la reforma se puede modificar, pero no destruir la Constitución; en caso contrario, también se enerva su legitimidad como poder de revisión (...) dicho tipo de poder promueve la “conservación” del texto magno mediante su permanente actualización con la realidad.»*

En ese sentido, el poder constituyente será de uso extraordinario y su desarrollo no puede estar encaminado a destruir la esencia del texto constitucional que le permite desarrollarse, sino que por el contrario, persigue una actualización constitucional vigente con los acontecimientos sociales, por lo tanto, es una medida que garantiza la permanencia social de la Constitución.

2. Naturaleza de la reforma constitucional

Respecto de la naturaleza de la reforma constitucional es necesario indicar lo que menciona Araujo Rentería, citado por García Toma V. (2014, pág. 527) al referir que: *«el poder de reforma constitucional (...) está integrado a un cuerpo que existe y obra gracias a la Constitución, por lo mismo que es un cuerpo constituido, no constituyente, delegado, más no originario.»*

La percepción que establece Araujo Rentería parece poco exacta, puesto que no considera la clasificación clásica del poder constituyente, a través de sus vertientes pueden ser P.C. originario o P.C. derivado, pero poder constituyente al fin y al cabo, más nunca poder derivado, siendo que involucra a las instituciones que se crean a partir del nacimiento de la Constitución y no las que nacen a la par de ella, como es el caso de la reforma.

Por ello, consideramos que la reforma constitucional se encuentra dentro de la clasificación del poder constituyente derivado, porque es la misma Constitución que en un primer momento se creó, a través del poder constituyente originario y establece dentro de sí, una forma especial de modificación total o parcial, a través de un proceso, en donde el Legislativo no actuará como un simple poder del Estado, sino como Poder Constituyente en su manifestación derivada.

Precisamente esta explicación se ampara en lo señalado por el doctor García Toma (2014, pág. 531) al mencionar que:

«La razonabilidad de la reforma constitucional se explica en razón a lo siguiente:

a) Por la constatación de una imperfecta acción constituyente originaria (...)

b) Por la presencia de cambios en la sociedad política; lo que implica el surgimiento de un “desfase” entre la norma y la voluble realidad.»

Precisamente, en estas razones detalladas por el autor, en donde la reforma constitucional aparece como una imperfección de la acción constituyente originaria, es en donde se encontraría la verdadera naturaleza de la reforma constitucional, siendo producto del poder constituyente derivado.

Luego de haber determinado que la reforma constitucional es producto del poder constituyente derivado, se debe hacer una mención respecto a la naturaleza normativa de la reforma constitucional. Básicamente, el inconveniente surge al determinar si la ley de reforma constitucional es per sé una norma con rango de ley o si adquiere un carácter constitucional.

Para efectos de la tesis, mi postura recoge lo señalado por el Tribunal Constitucional, pese a sus contradicciones que serán desarrolladas en el Capítulo

III, que considera que la reforma constitucional adquiere un carácter netamente constitucional.

3. Clases de reforma constitucional

Parafraseando al autor Pereira Menaut (2006, pág. 69), se puede distinguir hasta tres clases de reforma constitucional:

- a) Reforma total, que implica un cambio en toda la Constitución. Es poco común, puesto que en la práctica siempre se ha preferido elaborar una nueva Constitución, por ser más sencillo.
- b) Reforma parcial, representa un cambio o renovación de algún precepto constitucional, sin alterar su totalidad. En la práctica, es la clase de reforma constitucional, más usada por los Estados.
- c) Reforma por simple adición, esta clase de reforma incorpora nuevas normas constitucionales a través de artículos suplementarios, sin alterar el texto constitucional primigenio. El caso más resaltante es el que ocurre en Estados Unidos, a través de sus 27 enmiendas, hasta la actualidad.

En palabras del profesor español (Ibídem.), el procedimiento de reforma determina si una Constitución es rígida o flexible, al mencionar que: *«Hay que continuar teniendo presente la distinción entre constituciones rígidas, que sólo pueden cambiarse por procedimientos especiales, y flexibles, que pueden cambiarse por el procedimiento legislativo ordinario.»*

El comentario realizado por el jurista Pereira Menaut, ayuda a consolidar la idea de que la cláusula de reforma constitucional, es una de las partes de la Constitución. Por más que no se encuentre en absolutamente todas las constituciones escritas, prevalece como una garantía al plantear un procedimiento gravoso de modificación.

4. Proceso de reforma constitucional

Existen presupuestos para el desarrollo del proceso de reforma constitucional, los mismos que son explicados por el jurista peruano Víctor García Toma. (cfr.2014, págs. 536-542):

-*La necesidad de reforma*, es aquella etapa en donde el legislador discute la probabilidad de una revisión, justificando de manera tal que pueda responderse de manera afirmativa que existe la necesidad de realizar determinada reforma.

-*La oportunidad de la reforma*, debe ser entendida como aquella en donde existe tranquilidad pública, que permita una manifestación con pleno albedrío, sin estar sujeto a una guerra exterior o etapas políticas convulsionantes.

-*Plazo de espera para la reforma constitucional*, entendido como el plazo que debe esperarse para cualquier modificación del texto constitucional. La Constitución Política del Perú vigente desde 1993, no plantea ningún plazo, a diferencia de la Constitución de Cádiz (8 años), la Constitución de 1826 (4 años) y la Constitución de 1828 (5 años).

-*Plazo de estudio para la reforma*, con el fin de poder verificar y comprobar el contenido de la reforma con la realidad.

-*Disposiciones intangibles*, son aquellas que no pueden ser objeto de modificación, entendiendo que las mismas son materias no reformables por pertenecer a la fórmula basilar de la Constitución, como resguardo de la legitimidad dentro de un Estado.

-*Restricciones heterónomas*, conformada por las normas de derecho internacional que se admiten e incorporan en la Constitución de un Estado, formando parte de su universo normativo. Entre los que encontramos: Tratados sobre Derechos Humanos, Tratados de Paz, Acuerdos de Guerra, etc. Estas restricciones encuentran fundamento en el artículo 27° de la Convención de Viena sobre los Tratados al mencionar que ningún Estado puede desligarse de sus compromisos internacionales a causa de normas de derecho interno.

-Finalmente, se encuentran las *reglas de aprobación*, que son las que finalizan el proceso de reforma constitucional. En ese sentido encontramos a: la exigencia de mayoría calificada, la doble aprobación en una prolongación de tiempo y el referéndum confirmativo.

En cuanto a la oportunidad de reforma, como una fase dentro del proceso de reforma constitucional, cabe destacar que nada impediría que un el poder constituyente derivado actuase durante una guerra o durante el desarrollo de épocas políticas confrontacionales, sino que, según apreciación del autor, no es lo más recomendable. Lógicamente, esto restaría credibilidad y confianza en la reforma.

Sobre el plazo de espera sobre la reforma constitucional, es importante señalar que actualmente, existe una peculiaridad con Portugal, debido a que establece como margen de reforma de la Constitución un plazo de 05 años, luego de realizada cualquier revisión constitucional. Este precepto constitucional portugués, se ubica en el artículo 287° su Constitución, convirtiéndose así, en el único caso en donde un país, determina la existencia de un límite temporal de su reforma constitucional, al menos en nuestros días.

Finalmente, destacar que la idea de disposiciones intangibles, se ampara sobre la base de la denominada “fórmula basilar” de la Constitución, que es lógica en la idea de protección de determinadas instituciones del texto constitucional, según el criterio de García Toma; indicar además, que dicha figura fue explicada de manera detallada en el SUBCAPÍTULO I, acápite N° 4.

5. Órgano Revisor de la Constitución

Debido a la gran cantidad de población existente, es correcto que se utilice la figura de la democracia representativa para el desarrollo dentro de un Estado democrático, puesto que sería inviable e innecesario que se desarrolle una

democracia directa, siendo muy difícil prever el voto de cada ciudadano dentro del territorio nacional y así, tomar una decisión.

Teniendo en consideración la gran cantidad de población, el poder constituyente se realiza a través de una Asamblea o un Congreso Constituyente, como se puede observar en el parafraseo realizado a Henriquez Franco (2012, pág. 117).

La diferencia existente entre ambas, se deriva en que la Asamblea Constituyente *«sólo cumple el encargo de aprobar la Constitución, luego del cual se disuelve»*; mientras que el Congreso Constituyente *«dada la Constitución, pierde sus facultades constituyentes pero continúa funcionando como poder constituido ordinario.»*(Ibíd., pág. 118)

Cabe resaltar, que, en el caso peruano, se ha previsto la figura del Congreso Constituyente, en la medida de que es innecesario convocar una Asamblea Constituyente y que de esta forma, sea el mismo Poder Legislativo, con facultades de poder constituyente derivado, quien modifique a la Constitución.

6. Procedimiento de reforma constitucional en el Perú

El procedimiento de reforma constitucional se encuentra previsto en el artículo 206º de la Constitución Política peruana, en donde se debe señalar en primer lugar que la iniciativa de la reforma corresponde solo a:

- Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros.
- A los miembros del Congreso.
- Y, a los ciudadanos, cuando reúnen el 0.3% de la población electoral, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Esencialmente, lo que se prevé en el citado artículo es que cuando se requiera de una reforma constitucional, ésta necesitará de aprobar la reforma con mayoría simple, es decir la mitad más uno, esto quiere decir, que debe equivaler en la

actualidad a 66 congresistas, además de ratificar la aprobación a través de un referéndum.

Ahora, esta regla se puede prescindir, siempre y cuando, en dos legislaturas ordinarias sucesivas, más de los dos tercios del número total de congresistas vota en favor de la reforma constitucional, en la actualidad, esta situación equivaldría al voto por mayoría calificada de 87 congresistas de la República.

Señala Henríquez Franco (2012) la ratificación de la reforma constitucional en el caso peruano, se puede desarrollar de dos maneras:

«En primer lugar, por referéndum, si la aprobación supera los votos de la mitad del número legal de sus miembros y no alcanza los dos tercios de los votos de los congresistas. En segundo lugar, por el Congreso, si es que se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de los congresistas.»

Así también, en líneas posteriores señala que:

«La intención de los constituyentes (...) era aminorar los plazos (...) y, de otro lado, ganarse la simpatía del pueblo para lograr su respaldo en la consulta popular, al darle el derecho de participar en la toma de decisiones sobre aspectos normativos de importancia como la reforma de la Constitución (...)»

SUBCAPÍTULO V

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Consideraciones básicas sobre la acción de inconstitucionalidad

El fundamento principal de esta garantía se encuentra en el principio de supremacía constitucional, en donde la Constitución, como norma suprema, o también denominada “Ley de leyes”, debe ser respetada tanto en su aspecto formal, como material, así lo señala Huerta Ochoa (2003, págs. 932-933) al expresar que:

«La supremacía constitucional en su aspecto formal permite hacer una primera distinción entre la norma suprema y la legislación ordinaria, de tal manera que la forma de la norma, o en otras palabras, su proceso de creación o modificación, determina su naturaleza de constitucional. En su aspecto material, la supremacía se traduce en una obligación de adecuación o conformidad de la ley a la Constitución, de aplicarla en la determinación de situaciones jurídicas, y de interpretar el orden jurídico conforme a ella, lo cual hace posible el control de la constitucionalidad.»

Este proceso *«se caracteriza por un amplio margen de atribuciones desarrolladas jurisprudencialmente, en tanto las sentencias interpretativas que expide el Tribunal Constitucional involucran un margen de determinación de amplios sentidos interpretativos que superan la noción de enunciados lingüísticos de la normativa constitucional.»* (Figueroa Gutarra, 2013, pág. 204)

El profesor Henriquez Franco (2012, pág. 172) señalando el concepto de la acción de inconstitucionalidad, refiere que *«es una herramienta jurídica a través de la cual se busca dejar sin efecto las normas que son incompatibles con la Constitución, expulsándolas del sistema jurídico y asegurando la primacía de la misma.»*

Se puede inferir, que la acción de inconstitucionalidad tiene como finalidad, en primer lugar, establecer si una norma con rango de ley vulnera un precepto

constitucional y en segundo lugar, en caso de que el anterior supuesto sea positivo, eliminar dicha norma inconstitucional del sistema jurídico, evitando así todo tipo de transgresión constitucional.

2. Características

El autor Henríquez Franco expone las características las cuales señala de la siguiente manera (cfr. págs. 172,173):

-Mecanismo de naturaleza procesal. - debido a que se desarrolla a través de un proceso con la finalidad de resolver una controversia de carácter constitucional.

-Mecanismo de rango constitucional. - establecida y desarrollada por la Constitución, ésta la prevé dentro de su cuerpo normativo.

-La interposición sólo corresponde a algunos órganos. - la legitimación pasiva corresponde a los órganos que promulgaron la norma impugnada. Cabe rescatar que la legitimidad activa, corresponde a quién considere que existe una norma con rango de ley que se encuentra vulnerando a la Constitución.

-Proceso normativo y abstracto. - porque supone una confrontación entre dos normas, una de carácter constitucional y otra con rango de ley.

-Nulidad de la norma inconstitucional. -puesto que la norma señalada como inconstitucional puede establecerse con efectos temporales para el futuro, con efectos retroactivos o con efectos diferidos.

-Tiene como objeto a la norma impugnada. - la misma que es la que tiene rango de ley.

-De instancia única. - lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad es inimpugnable.

-Implica un control posterior. - la acción de inconstitucionalidad siempre se interpone luego de emitida una norma.

3. Acción de inconstitucionalidad como control abstracto

El Tribunal Constitucional realiza control abstracto al momento de resolver una demanda de inconstitucionalidad de alguna norma con rango de ley que no se encuentre alineada al contenido constitucionalmente válido, considerándola, desde ese momento, como una infracción constitucional.

«El control abstracto implica impedir que en el caso de aplicación de las normas se produzca un conflicto normativo (...)»(Huerta Ochoa, 2003, pág. 935). Es preciso señalar, que el conflicto normativo, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, se presentan siempre entre la Constitución y las normas con rango de ley. En el caso de las normas infralegales y su discordancia con la Constitución, se debe emplear otra garantía constitucional, que se denomina acción popular ante el Poder Judicial.

Además, la autora señala que el control abstracto entre normas debe funcionar como un mecanismo preventivo, que evite el enfrentamiento innecesario entre la Constitución y la ley. La importancia en la interpretación representa un valor fundamental al realizar el control preventivo. (cfr. *Ibíd.*, pág.938)

4. Tipos de Infracción a la Constitución

Siguiendo al Centro de Estudios Constitucionales, y parafraseando al profesor Chávez Montoya (2015, págs. 117-227) podemos determinar que las infracciones a la Constitución se dividen en:

- **Infracciones de acuerdo con su carácter:** Pudiendo ser de forma o de fondo.

Respecto a las infracciones de forma, éstas implican una violación a las normas procedimentales establecidas en la Constitución Política del Perú. Este tipo de infracción de forma puede presentarse como en su manifestación objetiva, que ocurre cuando una fuente que no está establecida para regular una materia. También puede presentarse en su

manifestación subjetiva, que sucede cuando un órgano que no tiene competencia para emitir una fuente, la emite a pesar de ello.

En cuanto a las infracciones de fondo, éstas son aquellas que se sustentan en la violación de derechos, principios y valores que se recogen en la Constitución.

- **Infracciones de acuerdo a la cantidad de afectación:** Éstas pueden ser totales o parciales. Cabe aclarar que, en esta clasificación, se hace referencia a la norma lesiva, no a la Constitución.

En el primer grupo, las infracciones totales, obviamente hacen referencia a aquella situación en donde un dispositivo normativo es totalmente contrario a la Constitución, por lo que una sentencia que declare su inconstitucionalidad deberá hacerlo de manera total.

Caso contrario ocurre con las infracciones parciales, en donde el dispositivo normativo es en determinada parte, contrario a la Constitución, pero lo restante, se acomoda perfectamente al texto constitucional.

- **Infracciones de acuerdo al parámetro control:** En esta clasificación se encuentran a las infracciones directas y las infracciones indirectas de la Constitución.

Sobre la infracción directa, debe tenerse en cuenta que, hace referencia a la afectación única del cuerpo constitucional. Siendo la Constitución el único margen de control de constitucionalidad.

Por otro lado, las infracciones indirectas de la Constitución, se refieren a aquellas que no afectan inmediatamente a la Constitución, sino que el dispositivo normativo lesivo afecta el denominado bloque de

constitucionalidad o normas de desarrollo constitucional. Debe entenderse que luego de afectar al bloque de constitucionalidad, existirá una transgresión posterior de la Constitución.

- **Infracciones de acuerdo al tipo de acción:** en esta clasificación se encuentran a las infracciones por comisión y las infracciones por omisión.

Las infracciones por comisión, son aquellas que se cometen cuando se emite una norma con rango de ley que transgrede a la Constitución. Son las infracciones más habituales que ocurren.

Existe también, la posibilidad de que existan infracciones por omisión, que se entienden como aquellas inacciones realizadas por el órgano encargado de emitir una determinada norma con rango de ley. Al no existir una norma expedida, la acción de cumplimiento es la garantía que se utiliza para vigilar, en estos casos, la inconstitucionalidad por omisión.

5. La acción de inconstitucionalidad en el Perú

Esta garantía constitucional se encuentra recogida por la Constitución Política del Perú en el artículo 200º, inciso 4, el mismo que supone una supervisión constitucional de las normas con rango de ley, tales como los decretos legislativos, las leyes ordinarias, el reglamento del Congreso de la República, los tratados, las ordenanzas regionales o municipales, entre otras.

Las normas adjetivas respecto a la acción de inconstitucionalidad se encuentran recogidas dentro del título VI (Disposiciones Generales de los Procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad) y título VIII (Proceso de Inconstitucionalidad) del Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237.

Entre las personas que están facultadas para interponer esta garantía constitucional, encontramos al presidente de la República, Fiscal de la Nación,

Presidente del Poder Judicial, al Defensor del pueblo, 25 % del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, los presidentes regionales y los alcaldes provinciales, con aprobación de sus respectivos concejos y finalmente, los colegios profesionales en la materia de su especialidad.

Se debe resaltar que existe un plazo de prescripción para interponer una demanda de inconstitucionalidad, en ese sentido, se puede interponer dentro del plazo de 06 años contados a partir de la publicación de la ley infractora o 06 meses en caso de tratados.

6. Fallo que resuelve la demanda de inconstitucionalidad

Según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – Ley N° 28301, considerada como norma de desarrollo constitucional, en su artículo 5°, prevé la necesidad de cinco (05) votos en un mismo sentido para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, por lo tanto, se ha creído conveniente en el caso peruano, que es necesaria una mayoría calificada, considerando que el número total de miembros del Tribunal Constitucional son siete (07).

La sentencia puede ser estimativa, amparando la pretensión del accionante o desestimativa, rechazando la pretensión contenida en la demanda de inconstitucionalidad, en ese caso «*la denegatoria impide una nueva interposición (...)*» (Chávez Montoya, 2015, pág. 292)

Las sentencias que resuelven acciones de inconstitucionalidad de manera estimativa, deben establecer un mandato, que será la expulsión de la norma con rango de ley del ordenamiento jurídico, por ser lesiva a la Constitución. Al eliminar esta norma, se refuerza la idea de su invalidez constitucional, considerando, además, que dependerá si es una infracción parcial o total, para determinar que extremo de la norma es expulsada. Este mandato es utilizado en última ratio, cuando no exista otro remedio a utilizar. (cfr. *Ibíd.*, págs. 294-305)

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. Tipo de Investigación

1.1. Por su profundidad.

Es una **Investigación Descriptiva**, ya que desarrolla sucesos ocurridos en el contexto social, como se puede observar en la Realidad Problemática, en el Marco Teórico y en los capítulos de Análisis de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional y Control de las reformas a la Constitución en ordenamientos jurídicos extranjeros.

1.2. Por su naturaleza.

Es una **Investigación Documental**, pues se utilizó información seleccionada y recopilada a través de la lectura y el análisis de la normativa nacional e internacional, sentencias y libros especializados, que amparan el desarrollo de la presente tesis.

2. Material de estudio

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Legislación – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Código Procesal Constitucional.
- Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.
- Legislación comparada.
- Libros especializados.

3. Métodos de investigación

3.1. Métodos generales

i. Deductivo

Al parecer de Ponce de León Armenta(2009, pág. 69) se entiende a este método como aquel que toma *«como fundamentos algunos (...) conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares en el área.»*

En la presente tesis se hará uso de este método para plantear el problema, luego de haber desarrollado el estudio de la realidad problemática. Así también, será necesario para establecer el objetivo general y los objetivos específicos.

ii. Inductivo

El método inductivo, es aquel que permite considerar a premisas individuales y de esta forma, llegar a conclusiones o generalidades, por lo tanto, *«considera una serie de fenómenos o conocimientos particulares para llegar a conclusiones generales.»* (Ibídem)

Este método será utilizado para llegar a las conclusiones de la presente investigación, las cuales se amparan en la hipótesis planteada.

b. Métodos de jurídicos

i. Dogmático

Como señala Ramos Nuñez(2007, pág. 111) este método implica que *«El derecho debe ser interpretado en función del sistema que integra, si es que se quiere pensar científicamente, en razón de que no se halla conformado por una o varias normas desconectadas entre sí (...)»*

En ese sentido para la presente investigación, se hará uso de este método al momento de realizar el estudio de las

instituciones que involucran y rodean el planteamiento problemático.

ii. Analógico - Comparativo

«Este método consiste en la comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias.» (Ponce de León Armenta, 2009, pág. 69). En ese sentido, este método será necesario para distinguir tanto los parecidos como las diferencias entre los ordenamientos jurídicos, es decir como resuelven el control de los límites de la reforma constitucional en otras realidades.

iii. Histórico

El método histórico, en el Derecho, se fundamenta en el estudio del paso del tiempo sobre una determinada institución jurídica. En ese sentido, el conocimiento jurídico debe alinearse con el «*desarrollo cronológico del saber (...) [generando] experiencia.*» (Ibíd.)

Este método será utilizado para analizar el criterio utilizado en el desarrollo de las sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el tema.

4. Recolección de datos

i. Fichaje

Es una técnica que permitirá la recolección y almacenamiento de la información que se encuentra recogida en la bibliografía (libros) y hemerografía (revistas), que facilita agrupar la información de manera ordenada y sistematizada. Esta técnica será utilizada al momento de redactar el marco teórico de manera ordenada y sin repeticiones o reiterancias innecesarias.

ii. Análisis de Contenido

Es la técnica que se utiliza para acopiar o recopilar la información contenida en los libros, normas o sentencias, con la finalidad de analizar los datos que abarcan la materia del presente estudio.

5. Procesamiento de datos**i. Ficha**

Es el instrumento que se materializa en tarjetas, en donde se coloca la información relevante, así como los datos generales de la fuente, todos necesarios para la elaboración del índice y las referencias bibliográficas. Este instrumento se empareja con la técnica del Fichaje.

ii. Protocolo de análisis

Instrumento que se utiliza para recabar el análisis de los textos bibliográficos, revistas, sentencias, etc. y permitirá que se arriben a las conclusiones de la investigación. Se empareja con la técnica del Análisis de Contenido.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES EXPEDIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A continuación, se realizará un análisis de las sentencias más relevantes que contienen el desarrollo teórico-práctico del tema desarrollado en la presente tesis.

De tal manera, en primer lugar, se realizará una pequeña reseña del caso, exponiendo los aspectos más importantes sobre los hechos, para luego explicar las referencias que se realizan sobre la competencia en el control de los límites de la reforma constitucional, finalizando cada una de ellas con una apreciación personal.

1) Sentencia recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC

La sentencia en análisis, se realizó en razón de la acción de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600.

La **parte demandante** señala como puntos más importantes que:

- A través de la Ley en mención, se pretende instaurar una nueva Constitución, en donde el Poder Legislativo se está arrogando facultades propias de *poder constituyente originario*, inalienable e intransferible.
- Además, indica que las facultades que tiene el Congreso únicamente recaen en la posibilidad de poder modificar la Constitución Política, pero no de sustituirla por otra. Esta actuación representa el *poder constituyente derivado* del Poder Legislativo.
- Se establece como otro fundamento que, la carta constitucional no ha establecido ningún trámite para crear una nueva Constitución Política, sino que sólo prevé un procedimiento para su reforma.
- Que la Ley N° 27600, no ha cumplido con las formalidades para la aprobación de una ley orgánica.

La **parte demandada**, el Congreso de la República, a través de su representante, contesta la demanda en los siguientes extremos:

- El Congreso tiene la facultad de poder realizar la reforma en virtud de la interpretación de los artículos 32º y 206º de la Constitución Política peruana.
- La reforma total o parcial, que se encuentra señalada por la Constitución Política del Perú, ha sido prevista como una consecuencia de la libre y autónoma voluntad del pueblo, es decir del poder constituyente.
- Se indica que el referéndum es un mecanismo que sirve para otorgar legitimidad política necesaria para avalar una reforma.
- Que la Ley N° 27600 no tiene por qué tener la aprobación equivalente a la de ley orgánica, porque no pretende serla.

El Tribunal Constitucional considerando las posturas de las partes, establece, como puntos principales, los siguientes fundamentos para llegar a su decisión:

- Que la ley orgánica es una ley que se encuentra debidamente regulada por el artículo 106º de la Constitución, estableciendo límites para la misma. (Fundamentos 7 y 8)
- Que la Ley N° 27600 no regula la estructura o la organización de algún órgano constitucional, sino que solo se restringe a encargar a una comisión del Congreso para que proponga un proyecto de reforma de la Constitución Política peruana. (Fundamento 9)
- Que el artículo 2º de la Ley N° 27600 autoriza a la Comisión encargada de proponer un proyecto de reforma, a realizar una reforma total. (Fundamento 30)

- Se considera que el Congreso no está prohibido de presentar proyectos de ley sobre reformas constitucionales, siendo que para la aprobación de las mismas se deba de realizar el proceso especial recogido en el artículo 206° de la Constitución Política peruana.
- Que la nueva Constitución, debe recoger una forma histórica, debiendo de respetar los principios y valores de la Constitución de 1979.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional del Perú declara **INFUNDADA** la demanda de acción de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cusco, planteada contra la Ley N° 27600.

Referencias al control constitucional de las reformas constitucionales:

En la presente sentencia, se realizan algunas posturas doctrinales que maneja el Tribunal Constitucional, en relación a la conexión que existe entre ambas figuras, las mismas que pasaré a desarrollar, en la siguiente forma:

En el **fundamento 35**, el Tribunal se considera como competente para realizar una evaluación constitucional de las disposiciones que se encuentren contenidas dentro de una reforma.

Señala, además, que, aunque el artículo 200° inciso 4) no señale de manera taxativa a la reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, es incuestionable que la reforma se agrega al ordenamiento a través de una ley, agregando luego que, la reforma, por más especial y singular que sea, no dejar de ser manifestación de un poder constituido.

Comentario personal:

A título personal, considero que el argumento desarrollado por el Tribunal

Constitucional es insuficiente, pues induce al error en la verdadera naturaleza de la reforma constitucional.

En primer lugar, es cierto que la Constitución Política del Perú no señala competencia para revisar la reforma constitucional a través de una acción de inconstitucionalidad, hasta este momento, razón no le falta al Tribunal Constitucional.

La carencia argumentativa a la que se hace mención, aparece cuando el Tribunal Constitucional señala que tiene competencia de revisar la constitucionalidad de una reforma constitucional, por el sólo hecho de que ésta al incorporarse en el ordenamiento jurídico nacional, lo hace a través de una ley.

Es entonces pertinente hacernos la siguiente pregunta: ¿Es suficiente con introducir a la reforma constitucional dentro del ordenamiento jurídico a través de una ley, para hacerla merecedora de tal calidad?

Personalmente, creo que no, debido a que las normas con rango de ley se encuentran señaladas por la misma Constitución Política peruana, en el artículo 200° inciso 4). Pero no sólo se debe tener en cuenta ello, sino que considero que la reforma constitucional, debido a su naturaleza y al formar parte integrante de la Constitución, adquiere el carácter de una norma con rango constitucional, mas no de norma con rango de ley.

Esto en ningún momento desmerece la tesis de que el Tribunal Constitucional deba controlar las reformas constitucionales, sólo que debe hacerse la precisión jurídica, pues, nuestra Constitución Política vigente, no faculta al TC de manera expresa la facultad de controlar las reformas, empero, esto no significa que no pueda observar su adecuado desarrollo, realizando entonces un control preventivo, de acuerdo a las modificaciones que se plantean en la presente investigación.

Indubitablemente, el órgano más idóneo para garantizar el conducto procesal de las reformas a la Constitución, es el Tribunal Constitucional. Pero, únicamente su actuación, debe limitarse a la emisión de un dictamen, para que de manera preventiva determine si se están respetando los límites constitucionales de la reforma.

En seguida, se debe agregar que en la presente resolución, el Tribunal expresa que la reforma constitucional, a pesar de tener especiales características, sigue siendo poder constituido.

Esta apreciación es refutable, en el sentido de que, alguna parte minoritaria de la doctrina, tal y como se observó en el marco teórico, considera a la reforma constitucional como manifestación de poder constituido, pero también hay otros autores, que conforman la mayoría, señalan que la reforma constitucional es manifestación del poder constituyente derivado.

El Tribunal Constitucional, a través de esta sentencia, entiende que la reforma, al proceder de un poder constituido, denominado Poder Legislativo, se podría considerar a la reforma como poder constituido también, pero no debemos confundir a la institución con la norma, que es lo realiza el Tribunal Constitucional.

Sobre lo mencionado, debo realizar una apreciación en el sentido de que el Poder Legislativo, en puridad, es un órgano constituido, pero cuando realiza la reforma constitucional, actúa con facultades especiales de poder constituyente derivado y, es allí donde realiza un procedimiento especial, que implica ciertas complejidades establecidas en el artículo 206° de la Constitución vigente.

Entonces, la reforma constitucional, no es poder constituyente originario, porque no aparece para formar un Estado, sino por el contrario, es poder constituyente derivado, puesto que representa la voluntad soberana del pueblo para realizar las modificaciones a la Constitución ya sea a través de la aprobación del Congreso

con ratificación de un referéndum o la doble validación como Congreso Constituyente.

Los **fundamentos 71, 72, 73, 74, 75, 76 y 77**, expresan los límites de la reforma constitucional, señalando que éste es un poder limitado a diferencia de lo que ocurre con el poder constituyente. Se expresa también que la reforma que ignore los presentes límites, deviene en ilegítima.

Luego, señala que los límites nacen de la misma Constitución, siendo así, se pueden clasificar en:

Límites formales, referido a todos los requisitos objetivamente reconocidos en la Constitución Política peruana. Se señala, además, que la reforma debe tener como límites, los establecidos por el mismo Poder Constituyente en el sentido de que la norma constitucional pueda ser capaz de controlar sus procesos de transformación.

En estricto, supone el respeto del órgano con la capacidad para realizar la reforma constitucional; en un segundo aspecto, el cumplimiento del procedimiento al realizar la reforma; y finalmente, la ratificación popular regulada por la Constitución, cuando sea conveniente.

Límites materiales, representados por los contenidos propios de la Constitución Política peruana, en virtud de una esencia constitucional.

Estos límites materiales son los valores y principios fundamentales que constituyen, en definitiva, la parte más importante del cuerpo constitucional, que otorgan un sentido material al mismo.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional establece una subdivisión de los límites materiales, pudiendo ser:

- *Límites materiales expresos*, porque se señalan explícitamente en el texto constitucional y que determinan contenidos o principios fundamentales que, a criterio del Tribunal Constitucional, no pueden ser objeto de reforma. A estos límites se les denomina cláusulas pétreas (o como se pudo apreciar dentro del marco teórico, también se les denomina cláusulas de intangibilidad o componentes de la médula basilar constitucional). En la Constitución Política vigente, no encontramos este tipo de límite material expreso.
- *Límites materiales implícitos*, que son conformados por los principios supremos contenidos por la Constitución, que no pueden ser modificados aun cuando la Constitución no mencione nada al respecto. El Tribunal Constitucional, establece dentro de esta subdivisión a los principios a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho, forma republicana de gobierno, régimen político y forma del Estado.

Comentario personal:

Al respecto, se debe reflexionar sobre la competencia que la Constitución Política peruana le otorga al Tribunal Constitucional de controlar las reformas. En nuestro caso, la Constitución no posibilita en ningún momento este control, por lo que no existe un límite material expreso, sino, que por el contrario, el Tribunal Constitucional peruano busca ejercer control de límites materiales implícitos.

Al respecto, debo señalar, que a efectos de la presente investigación y como postura personal, estos límites materiales implícitos son relativos y es que no pueden ser calificados como absolutos, porque impedirían el normal desarrollo de la voluntad de la población al momento de realizar una transición pacífica a través

de una reforma, vulnerando así, toda la teoría constitucional desarrollada hasta el momento.

Precisamente, al considerar a estos límites materiales implícitos, como relativos, se justificaría la intervención dictaminadora del Tribunal Constitucional, en amparo de los derechos constitucionales.

En los **fundamentos 87, 88, 91, 97, 100, 107, 108, 109 y 115**, el Tribunal Constitucional plantea la interrogante sobre qué es lo que realmente regula el artículo 206° de la Constitución Política peruana, si una reforma parcial o total.

En estos fundamentos, se hacen mención de que el artículo señalado en el párrafo precedente, enmarca el proceso de una reforma constitucional parcial, precisando la competencia jurídica. Además, entiende que cuando la Constitución Política peruana utiliza la expresión «*la ley de reforma constitucional*», se debe entender que la figura jurídica de la reforma constitucional merece el carácter de una ley, la misma que no puede pretender una reforma total de la Constitución.

Luego, se señala que el artículo 32° valida constitucionalmente la reforma total de la Constitución Política peruana. Del mismo modo, indica que las materias señaladas en el segundo párrafo del artículo en cuestión, como la supresión de derechos de la persona, las normas de carácter tributario y presupuestal y los tratados internacionales, constituyen límites materiales.

El Tribunal Constitucional, además, considera que el Poder Legislativo, como poder constituido, no puede estar autorizado a realizar una reforma total de la Constitución, puesto que esto sólo puede ser realizado por el poder constituyente.

Singular atención se debe prestar al analizar el fundamento 108 de la presente sentencia, en donde se indica que la capacidad para reformar parcialmente la Constitución Política a manos del Congreso recogida en el artículo 206° del mismo

cuerpo normativo, se realiza porque este poder tiene competencia de un **poder constituyente derivado**, para luego terminar dicho fundamento señalando que, como poder constituido, se encuentra limitado tanto formal como materialmente.

En su siguiente fundamento, se indica que « (...) *el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer función constituyente (...)*», agregando luego que en representación de la voluntad popular sólo puede presentar proyectos de Constitución, para que sea el poder constituyente el que decida, si acepta o rechaza la medida.

El Tribunal Constitucional, agrega, que toda reforma total de la Constitución debe de concluir su sometimiento en un referéndum, con la advertencia de poder declarar su inconstitucionalidad.

Comentario personal:

En lo que refiere el Tribunal Constitucional respecto de que en el artículo 206° únicamente se prevé sólo el caso de la reforma parcial, por el sólo hecho de contener una competencia jurídica, carece de toda fundamentación lógica, deviniendo en irracional.

Es evidente que este artículo contiene una competencia jurídica, la misma que se atribuye al Congreso de la República, actuando en labor de constituyente (*denominado Congreso Constituyente*), pero más que ello, lo que se prevé en el artículo en comentario, es el procedimiento gravoso que sigue la reforma constitucional y los sujetos que pueden presentar iniciativa para la misma.

El artículo 206° no señala explícitamente si regula una reforma parcial o total de la Constitución, por el contrario de lo que señala el Tribunal Constitucional, es claro que se pueden realizar ambas, en virtud de que el constituyente originario nunca restringió tal posibilidad a través de una prohibición (como sí lo hace cuando

señala que “*la ley de reforma no puede ser observada por el presidente de la República*”). Por lo tanto, no se puede afirmar que lo mencionado por el Tribunal Constitucional es correcto, se debería considerar, entonces, que el artículo 206° prevé tanto la reforma constitucional parcial o total, sin distinción.

Esta fundamentación desarrollada por el Tribunal Constitucional, señala de que por el sólo hecho de que la Constitución establezca nominalmente “*ley de reforma constitucional*”, se deba entender a ésta, como una norma con rango de ley, postura bastante debatible, puesto que la reforma constitucional, denota un carácter eminentemente constitucional sobre su naturaleza, no siendo una norma con rango de ley, sino que al ser parte integrante de la Constitución, luego de un proceso especial y gravoso, representa una clara manifestación del poder constituyente derivado, a través del Poder Legislativo.

La fundamentación realizada para que el Tribunal Constitucional observe el control de las reformas constitucionales, no es del todo precisa, tal y como se pudo desarrollar en el párrafo anterior. En consecuencia, lo que se desarrollará en la presente tesis, no implica que no se pueda observar al órgano revisor de la Constitución (Congreso Constituyente) cuando realice reformas al texto constitucional.

En lo concerniente al artículo 32° de la Constitución Política peruana, que desarrolla en qué casos se puede someter el uso del referéndum como medio de participación ciudadana, así como en los casos en donde no se la puede invocar, el hecho de que el numeral 1 del mencionado artículo, señale que el referéndum puede ser sometido a la reforma total o parcial de la Constitución, no excluye que el artículo 206° no regule a éstas.

En virtud al fundamento 108, la contradicción existente es bastante notoria, en donde parecería que el Tribunal Constitucional no tiene una postura fija respecto a la naturaleza de la reforma constitucional; y es que en un momento indica que, por

su competencia de poder constituyente derivado, es que puede realizar esta reforma constitucional, para luego desbaratar su propia explicación teórica señalando que es un poder constituido, por lo tanto limitado.

Precisamente, esto demuestra lo complejo del tema que se estudia en la presente investigación, ya que ni el Tribunal Constitucional, con siete miembros de notoria trascendencia jurídica, en ese entonces, pudo esclarecer de manera indubitable este problema.

En líneas posteriores, específicamente en el fundamento 109, el Tribunal Constitucional señala que el Congreso como poder constituido, no puede ejercer función de constituyente, postura que se contradice con su fundamento 108 y con la postura que se viene planteando a lo largo de la tesis, que es que el Congreso, llámese Poder Legislativo, es un poder constituido, porque nace de la Constitución, y así se pudo observar al desarrollar el marco teórico de la tesis; pero, se debe realizar la importante salvedad que cuando éste realice las reformas de la Constitución, no actúa como un poder constituido, sino con los poderes constituyentes que el originario le derivó, con el fin específico de reformar a la Constitución cuando encuentre disparidad entre las necesidades y exigencias del pueblo y el propio texto constitucional que no los resguarda.

En último plano, afirma un enunciado poco veraz, al señalar que toda reforma debe acabar con la ratificación a través del referéndum. Esto, como se ha desarrollado en el marco teórico y como se puede observar del mismo texto que se encuentra en el artículo 206°, es falso, porque deja de lado al procedimiento extraordinario de dos legislaturas ordinarias sucesivas para realizar la reforma constitucional.

Es menester aclarar, que el Poder Legislativo actuando como Constituyente, no se encuentra obligado a realizar el referéndum para desarrollar una reforma

constitucional, por ende, no se puede dejar de lado el procedimiento extraordinario que prevé en el texto constitucional peruano.

Finalmente, en **los fundamentos 125, 126 y 127**, el Tribunal Constitucional señala que una Constitución nueva es aquella que teniendo presente algo que existía y se encontraba vigente antes, añade algo. Es así, que esta Constitución nueva, será, posterior en el tiempo, pero distinta en determinados aspectos. En cambio, la sustitución de la Constitución, implica un cambio total de un texto por otro, sin considerar lo que se encontraba preestablecido con anterioridad.

En conclusión, la reforma total de la Constitución implica el uso del primer término, considerar el *in integrum*, que contiene el núcleo duro de la Constitución previa.

Comentario personal:

El Tribunal Constitucional realiza una reflexión considerando que la reforma total de la Constitución, únicamente es posible cuando se toma en cuenta el núcleo esencial del texto anterior que se pretende reformar, considerando, así, derechos, principios y valores que se encuentra pre-establecidos y que deben ser respetados en el nuevo texto constitucional.

En el caso de la reforma total de la Constitución, a título personal, en ninguno de los casos buscará realizar una sustitución de todos los preceptos constitucionales, es ilógico que la misma población busque su destrucción o disminución en sus derechos, que a lo largo del tiempo se han ido reconociendo constitucionalmente.

Finalmente, aunque en algunos fundamentos de la sentencia, el Tribunal Constitucional confunde posturas en cuanto al poder constituyente, la parte resolutive es correcta, puesto que las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 27600 no son amparables a través de esta

garantía, en el sentido de que el Poder Legislativo, en calidad de constituyente derivado puede presentar proyectos de reforma constitucional.

2) Sentencia recaída en el expediente N° 0014-2003-A/TC

La sentencia en análisis, se realizó en razón de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el abogado Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos contra el “documento” promulgado con el título de Constitución Política del Perú de 1993.

La **parte demandante**, plantea que la Constitución Política del Perú de 1979 fue perpetrada por un golpe de estado instaurando una dictadura corrupta, a través de un Poder Constituyente, creando el documento bajo el título de “Constitución Política de 1993”.

Se agrega, posteriormente, que dicho documento carece de legitimidad debido a que una Constitución debe ser el resultado de la expresión libre y autónoma del pueblo.

Luego, se señala que este documento tampoco regula una limitación ni control del poder, en el sentido de que no garantiza la plena vigencia de los derechos fundamentales.

La **parte demandada**, conformada por el Congreso Constituyente, no contesta la demanda, pues por evidentes razones no se encontraba en ejercicio.

Luego de realizada la audiencia pública, quedaron los autos listos para sentenciar en base a los siguientes fundamentos considerados por el Tribunal Constitucional:

- Que, la carencia de legitimidad de la Constitución Política del Perú del 1993, implica un cuestionamiento sobre su naturaleza de Constitución, en

donde se cuestiona su calidad como organizador de los poderes públicos y como norma jurídica suprema.

- La legitimidad, menciona el Tribunal, resulta de la compatibilidad de la existencia de la carta fundamental con la búsqueda y disfrute de otros valores. Es así que concuerda con los demandantes, en el extremo de que la Constitución de 1993, ha vulnerado la legitimidad de origen o procedimiento, al nacer de un golpe de Estado, el día 05 de abril de 1992, vulnerando lo previsto en el artículo 81° de la Constitución Política del Perú de 1979 (*referido a que nadie puede arrogarse el poder que emana del pueblo*), así como lo señalado en el artículo 346° del Código Penal (*referido a la rebelión, en donde se atenta la forma de gobierno, atentar el gobierno constituido o modificar el régimen constitucional*).

El Tribunal señala, además, que luego de instaurado el Congreso Constituyente Democrático, en las elecciones del día 18 de noviembre de 1992 se sometió a proyecto de la vigente Constitución, el día 31 de octubre de 1993, y, según se señala de las fuentes del Jurado Nacional de Elecciones, se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú (*el artículo 65° de la CPP de 1979 requería la inscripción en este registro para ejercer el derecho a voto*) únicamente 11'245,463 ciudadanos, de los cuales votaron en el mencionado referéndum de reforma, un total de 8'191,846 ciudadanos, obteniendo como resultado el “**SI**”, 3'895,763 votos, el “**NO**” un número de 3'548,334 votos, complementando el resultado con 518,557 votos nulos y 216,088 votos en blanco.

Durante el desarrollo de estos hechos, menciona el Tribunal Constitucional, se denunciaron intervenciones coercitivas de la cúpula militar, falta de personeros en las mesas de votación, adulteración de actas y manipulación del sistema informático, haciendo cuestionable el origen de la Constitución del 1993, careciendo de legitimidad.

- Teniendo en cuenta lo señalado en el fundamento anterior, el Tribunal considera que aunque en principio existe falta de legitimidad en el origen de la Constitución, esto no implica que carezca de vigencia o que ésta devenga en nula, mencionando que como rasgo característico en nuestro país, el fenómeno constituyente siempre ha aparecido como un acto posterior a un golpe de Estado, señalando el dato nada despreciable de que del origen de las Constituciones en el Perú, que fueron 12 a lo largo de nuestra historia, 9 fueron promulgadas por militares.

- Teniendo en consideración lo anterior, se expresa que, con excepción de la Constitución Política de 1979, las demás Constituciones Políticas han carecido, en cierto grado, de legitimidad en su origen. Pese a ello, este rasgo inicial no desmerece su contenido y sobre todo su connotación e importancia histórica.

- Se considera sobre la validez de la Constitución de 1993 que: **en primer lugar**, se encuentra en vigor, debido a que rige plenamente en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, así como de independencia y separación entre los órganos del Estado; **en segundo lugar**, cuestionando el precepto de que si la Constitución es obligatoria, por lo tanto es válida, el Tribunal concluye de que sí; finalmente, **en tercer lugar**, expresa que no debe someter su validez a otra norma de rango superior, puesto que la Constitución es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico, tal y como lo señala el artículo 51° del mismo texto constitucional.

- Establece de manera importante, que la creación de una nueva Constitución que cambie la vigente, representaría un retroceso en la institucionalidad en el país, y que por el contrario, se necesitan de normas con perdurabilidad en el tiempo, siendo, a su vez, aprobadas y cumplidas por la población.

- Por lo tanto, considerando todos los argumentos desarrollados de manera previa, el Tribunal Constitucional llega a considerar que es incompetente para referirse a la demanda de inconstitucionalidad dirigida contra el “documento del 93” debido a que su competencia se restringe a normas con rango de ley, siendo que este documento no se encuentra dentro de este conjunto de normas. Además, añade que la Constitución no se encuentra sujeta a ningún control formal ni material, siendo que representa un poder *extra ordinem*.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional del Perú declara **IMPROCEDENTE** la acción de inconstitucionalidad planteada por Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos contra el documento promulgado con el título de Constitución Política del Perú de 1993.

Referencias al control constitucional de las reformas constitucionales:

En la presente sentencia se realizan algunas posiciones teóricas respecto de la vinculación que existe entre el control de la reforma constitucional y la acción de inconstitucionalidad, las mismas que se desarrollan en el siguiente sentido:

En el **fundamento 16 y 17**, el Tribunal Constitucional explica que la Constitución no puede ser observada por una norma superior, siendo ésta la norma suprema en un ordenamiento jurídico. Igualmente, señala que la norma constitucional, como producto de un proceso constituyente, presenta formas y procedimientos especiales.

La Constitución al ser el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el pueblo, no puede estar sujeta a un control de límites materiales ni formales, por representar un poder extraordinario, el mismo que se fundamenta en valores sociales.

Se señala también, que no se puede considerar a cualquier documento como Constitución Política de un Estado, sino que ésta debe ser producto del Poder Constituyente.

Comentario personal:

Respecto a lo señalado por el Tribunal Constitucional, debo mencionar que concuerdo con los argumentos esbozados en la presente sentencia en estudio. Pese a ello, debo de recalcar, que el poder constituyente, proveniente del pueblo, no puede ser controlado, siendo esto cierto, se debe resaltar que toda regla tiene su excepción, es así que la reforma constitucional, como componente a estudiarse dentro de la tesis en desarrollo, al ser manifestación del poder constituyente derivado (Congreso Constituyente) y pese a formar parte de la Constitución, como se ha dejado en claro, si merece un control de límites formales y materiales, los mismos que se desarrollaron en la sentencia recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC.

Ahora, el desarrollo en el control debe ser distinto en ambos casos, en cuanto al control de límites formales, el Tribunal Constitucional podría fallar declarando inconstitucional una reforma que no respete los lineamientos procesales previstos en el artículo 206° de la Constitución Política.

Por otro lado, en cuanto al control de límites materiales de la reforma, al menos cuando el Tribunal Constitucional considere que se transgreden los mismos, éste órgano no debe tener la competencia de poder declarar su inconstitucionalidad a través de una sentencia, sino que debe realizar un dictamen jurídico sobre el caso en cuestión, promoviendo la defensa de los derechos constitucionales, dejando a salvo la facultad del poder constituyente y advirtiendo de que los límites materiales son relativos, no absolutos.

De esta forma, se respetará la voluntad del pueblo, puesto que la figura de la reforma, pese a ser poder constituyente derivado, y que debe de ser controlado desde un punto de vista formal, tiene límites materiales, que, aunque relativos, deben ser promovidos en su defensa por el Tribunal Constitucional, a través de un dictamen.

Es cuestionable cuando el Tribunal Constitucional, menciona que la Constitución por representar un poder extraordinario, no puede ser objeto de control, pero me parece que esta premisa debe acotar que el único parámetro controlable del texto constitucional es la reforma que se realiza a la misma, puesto que ésta se encuentra sujeta a límites, en ese sentido, la reforma constitucional, es la única parte de la Constitución, que, excepcionalmente, puede ser objeto de control.

Esto no desmerece en ningún aspecto, el carácter constitucional de la reforma constitucional, que se plantea en la tesis en desarrollo.

En los **fundamentos 22 y 28**, se señala que la acción de inconstitucionalidad se dirige contra la Constitución de 1993 y no contra una reforma constitucional que haya vulnerado sus límites.

Posteriormente, se señala que la creación de una nueva Constitución, cambiando la de 1993, representaría un retroceso en la institucionalidad, en donde se necesitan de normas con perdurabilidad en el tiempo, dentro de un sistema jurídico.

Considera, además, que es el Congreso el delegado por el pueblo, como fuente originaria de poder, para determinar la reinstitucionalización democrática, y dentro de su seno debe de optarse por la mejor medida para el bienestar del Estado.

Comentario personal:

En primer lugar, esa través de esta sentencia, en donde el Tribunal Constitucional, sigue manteniendo la postura recogida en la sentencia recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC, al momento de referirse a los límites que debe expresar la reforma constitucional.

Con esta fundamentación, el Tribunal Constitucional, deja abierta la posibilidad de plantear la acción de inconstitucionalidad en contra de una reforma constitucional, en base de que ésta es una ley, proveniente de un poder limitado, dejando de lado su expresión como producto de poder constituyente derivado.

Como postura personal, considero al igual que el Tribunal, que la Constitución Política, no puede ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, ya que esta tiene por objeto expulsar una norma con rango de ley del ordenamiento jurídico de un Estado y siendo que la Constitución no tiene rango de ley, sino superior a ella, es que es imposible que el Tribunal la pueda revisar. A pesar de ello, la reforma de la Constitución, aun siendo parte integrante del texto constitucional, como excepción, podría ser controlada de manera preventiva, encontrándose en proyecto a través de un dictamen.

Un punto importante, es cuando el Tribunal Constitucional reconoce al Poder Legislativo como el elegido por el pueblo, para representarla y de forma extraordinaria actuar como constituyente derivado luego de un procedimiento especialmente regulado en el artículo 206°.

Si el Tribunal Constitucional declarase como inconstitucional a una reforma por haber transgredido sus límites materiales, este poder constituido, denominado Tribunal Constitucional representaría a la voluntad del pueblo, facultad que en ningún momento se le ha otorgado, por lo tanto, lo único que puede realizar en estos casos, es emitir un dictamen siempre que se le sea solicitado, en virtud de la

promoción de los límites materiales de la reforma constitucional y no recogiendo facultades de Congreso Constituyente, pues el Tribunal Constitucional no es el encargado de realizar las reformas a la Constitución.

3) Sentencia recaída en el expediente N° 0047-2004-AI/TC

La sentencia en análisis, se realizó en razón de la acción de inconstitucionalidad presentada por José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín contra la Ley N° 27971 – Ley que faculta los nombramientos de los profesores aprobados en el concurso público.

La **parte demandante**, plantea que la ley en mención sea declarada inconstitucional debido a que habría vencido el plazo de su ejecución de 60 días, cayendo en desuso y pérdida de vigencia.

Además, señala que la ley en cuestión, vulnera la autonomía regional en el ámbito político y administrativo, puesto que el nombramiento de los maestros en sus respectivas plazas sólo corresponde a los Gobiernos Regionales, según lo expresado por el artículo 191° de la Constitución Política peruana y de los artículos 46° y 47° literal a) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Mientras que la **parte demandada**, el Congreso de la República, indica que se declare infundada la demanda, sustentando su posición en que la derogación de una norma por su desuso, no es una figura regulada por nuestro ordenamiento jurídico.

La ley en cuestionamiento deroga a otra, por lo que la controversia, no se resuelve desde un análisis constitucional, sino a través de criterios para resolver antinomias jurídicas entre normas de la misma jerarquía, usándose el principio general de "*ley posterior deroga a la ley anterior*".

Respecto al detrimento de la autonomía regional, el Congreso expresa que la norma en cuestionamiento, señala que será el gobierno nacional el encargado de nombrar a los profesores de los colegios nacionales en sus respectivas plazas y además, el Congreso determinará las demás competencias atribuibles a los Gobiernos Regionales en conformidad a la Constitución.

El Tribunal Constitucional, antes de fundamentar su decisión, previamente desarrolla doctrina jurisprudencial, en donde considera temas relevantes como las normas sujetas a control de constitucionalidad, las fuentes diseñadas por la Constitución en el caso peruano, principios de ordenación de fuentes, pasando luego a realizar sus consideraciones en base a lo señalado por las partes:

- Señala que los 60 días que se establecían como plazo para la ejecución de la ley en comentario, comprendía también la realización del concurso público, en donde el Ministerio de Educación debía determinar cuáles eran las plazas que debían establecerse con nombramientos.
- En cuanto a la violación de la autonomía de los Gobiernos Regionales, el Tribunal expresa que el Perú es un Estado unitario y descentralizado regional, con la finalidad de alcanzar una manifestación política-normativa, aceptando la formación de subsistemas normativos en el orden de nacional, regional y local.

Considera, además, que el proceso de nombramientos de docentes de colegios estatales previsto por la Ley N° 27971, se realizó respetando el marco competencial previsto en el artículo 192° inciso 7).

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional del Perú declara **IMPROCEDENTE** la acción de inconstitucionalidad presentada por José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín contra la Ley N° 27971.

Referencias a la reforma constitucional:

En la presente sentencia se realizan algunas referencias doctrinales respecto de la reforma constitucional, las mismas que se desarrollan en el siguiente sentido:

En los **fundamentos 13 y 14**, se establece, en el primero de ellos, que el poder constituyente es expresa voluntad del pueblo, pero que se encuentra parametrado bajo ciertas reglas básicas:

Como poder único, en virtud de que ningún otro poder o institución puede actuar como él, **como poder extraordinario**, puesto que tiene una responsabilidad excepcional y no permanente y **como poder ilimitado**, puesto que asume todas las facultades, sin poder interponerse restricciones en su ejercicio, salvo de las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.

Indica, dentro de su explicación, que el modo de producción de una Constitución obedece a pautas y reglas que la misma constituyente fija, mientras que, en el caso de la reforma constitucional, importa la existencia de límites ratificados a través del referéndum o de la doble legislatura ordinaria sucesiva.

En el fundamento 14, se menciona que aunque la reforma constitucional tenga una regulación expresa en la Constitución, es indiscutible la consideración de la existencia de límites, como lo estableció en la sentencia recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC, considerando los límites materiales y formales.

Comentario personal:

En cuanto a las reglas básicas del poder constituyente, debo expresar, que personalmente, consideraría más adecuado el término “características” del poder constituyente, porque no se establecen como restricciones de éste poder,

reafirmando la idea de que el poder constituyente es autolimitativo al expresar su voluntad, guiado de apreciaciones sociales dominantes.

El hablar de la autolimitación que existe en el poder constituyente al ser un poder extraordinario, hace nacer la imperiosa necesidad de tener que pronunciarse sobre el porqué de la limitación del poder constituyente derivado (reforma constitucional).

El fundamento se encuentra en que este poder constituyente derivado debe cumplir con un procedimiento especial, recogido en el artículo 206° de la Constitución Política del Perú y así también debe de hacerlo respetando los derechos fundamentales de las personas, que son al fin y al cabo los mismos que otorgaron la posibilidad de realizar esta reforma. Ahora, el control se manifestará de diferentes formas, dependiendo del límite vulnerado.

Conforme al fundamento 14, y como se viene desarrollando a lo largo de este trabajo, el poder constituyente es ilimitado, como regla general, teniendo como única excepción a la misma, su forma derivada, más no la originaria, la misma que es absoluta en sus decisiones.

En pocas palabras, el poder constituyente originario, no puede ser limitado, bajo ningún sentido por ser un poder único, extraordinario e ilimitado; mientras que la manifestación del poder constituyente derivado, tiene límites que se encuentran relacionados a la modificación parcial o total de la normatividad constitucional.

Respecto a los fundamentos del 16 al 45 y 61, en cuanto al primer tramo, establece el sistema de fuentes en el Derecho peruano, considerando a la Constitución como fuente de fuentes, para luego dividir las fuentes normativas de las no normativas, de la siguiente manera:

Dentro de las fuentes normativas encontramos a las normas con rango de ley y a las normas sin rango de ley.

Dentro de las **normas con rango de ley**, encontramos a:

- ✓ **Leyes:** son las prescripciones normativas generales y escritas, establecidas en virtud a un proceso recogido en la normativa constitucional presentando un carácter infraconstitucional. Se clasifican en.-
 - **Ley de reforma constitucional**, materializando lo señalado en el artículo 206° de la Constitución Política del Perú.
 - **Ley ordinaria**, expedida por el Congreso de la República, el mismo que debe de producir las mismas bajo lo regulado en los artículos 105°, 107°, 108° y 109° de la Constitución Política peruana.
 - **Ley del presupuesto de la República**, regulado por los artículos 78°, 79° y 80° de la vigente Constitución.
 - **Ley de la cuenta general de la República**, recogida por el artículo 81° de la Constitución Política del Perú.
 - **Ley orgánica**, regulada por el artículo 106° de la norma fundamental peruana.

- ✓ **Resoluciones legislativas:** constituido por actos parlamentarios que regulan casos particulares. Adquieren el rango de ley porque así lo señala el inciso 1) del artículo 102° de la Constitución Política peruana.

- ✓ **Tratados:** adquieren la forma normativa en el derecho interno, según lo señalado por el artículo 55° de la Constitución Política. Se debe de aclarar que si el tratado versa sobre derechos humanos, adquiere la calidad de norma constitucional.

- ✓ **Reglamento del Congreso:** regulado por el artículo 94° de la Constitución Política del Estado.
- ✓ **Decretos Legislativos:** como delegación del Congreso al Poder Ejecutivo, esta norma se encuentra regulada en el artículo 104° de la Constitución Política peruana.
- ✓ **Decretos de Urgencia:** adquiere fuerza normativa en virtud del inciso 19) del artículo 118° de la Constitución Política.
- ✓ **Ordenanzas Regionales:** son normas emitidas por los Gobiernos Regionales, inherentes a la gestión. Adquieren fuerza de ley, en virtud de lo señalado por el inciso 6) del artículo 192° de la Constitución peruana.
- ✓ **Ordenanzas Municipales:** reguladas por el artículo 194° de la Constitución, se realizan en virtud de la autonomía política que tienen los gobiernos regionales.

Dentro de las **normas sin rango de ley**, tenemos:

- ✓ **Reglamentos, Decretos y Resoluciones:** estas normas se encuentran previstas en el artículo 118° inciso 8) de la Constitución Política peruana.

Luego de establecer las fuentes normativas, el Tribunal Constitucional desarrolla a las fuentes no normativas, en donde encontramos:

- ✓ **Jurisprudencia:** fuente de Derecho, necesaria para la solución de los casos concretos, dentro del marco de la constitucionalidad y normatividad vigente.

- ✓ **Costumbre:** establecida como un conjunto de prácticas jurídicas que han alcanzado el uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad.
- ✓ **Principios generales del Derecho:** postulados de naturaleza deontológica, que constituyen el núcleo central del sistema jurídico. Su inserción a un ordenamiento se realiza a través de manera expresa o tácita.
- ✓ **Contrato o autonomía de la voluntad:** referida a la capacidad residual que permite a las personas establecer sus actos jurídicos en relación a sus propios intereses y convicciones.
- ✓ **Doctrina:** se entiende como conjunto de estudios, análisis y críticas que los especialistas hacen, en razón de un carácter científico, académico o de otra índole.

En referencia al fundamento 61, el Tribunal Constitucional, establece la diferencia entre categorías y grados de las fuentes, señalando que los primeros, son un género normativo que se ostenta en virtud a un contenido y una condición.

De los grados, se menciona que manifiestan la jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría.

Se expresa, así mismo, que existen las siguientes categorías normativas, con sus respectivos grados:

Primera Categoría: normas constitucionales y las normas con rango constitucional.

1er. grado : La Constitución.

2do. grado : Leyes de reforma constitucional.

3er. grado : Tratados de Derechos Humanos

Segunda Categoría: Las leyes y las normas con rango de ley.

Tercera categoría: Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.

Cuarta categoría: Las resoluciones

1er. Grado: Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados.

2do. y demás grados descendentes: Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico infrainstitucional.

Quinta categoría: Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales.

Comentario personal:

El desarrollo del sistema de fuentes realizado por el Tribunal Constitucional, sobre el tema en discusión es denso, pero necesario para los operadores jurídicos y estudiosos del Derecho en general, estableciendo una amplia pero valiosa estructura respecto de nuestras fuentes.

Lo más resaltante, en cuanto a la reforma constitucional y su ubicación en el esquema desarrollado por el Tribunal Constitucional, es que en los fundamentos del 16 al 45, ubica a esta institución dentro de la clasificación de una fuente normativa, con rango de ley.

Para luego en el fundamento 61, ubicarla en la primera categoría de fuentes, denominada: "Normas constitucionales o con rango constitucional", situándola en segundo grado, por debajo de la misma Constitución, pero por encima de los Tratados sobre derechos humanos.

Quizás con un mejor criterio de organización en las fuentes, el Tribunal Constitucional debió ubicar a la reforma constitucional, dentro de la segunda categoría denominada: “Leyes y normas con rango de ley”, determinando a partir de allí su rango, según su criterio, y mantener la uniformidad en sus fundamentos.

Siguiendo la presente sentencia, la naturaleza de la reforma constitucional quedaría indefinida, pues no se podría determinar si ésta mantiene la calidad norma con rango constitucional o norma con rango de ley.

Consideramos que la reforma constitucional adquiere el carácter de constitucional, valga de redundancia, debido a que constituye un mecanismo para su modificación, cumpliendo con la finalidad de mantener actualizado el contenido constitucional, a través de los procesos ya desarrollados con anterioridad.

Creemos conveniente agregar, que la reforma constitucional no puede tener una naturaleza legislativa, pues por el sólo motivo de que al integrarse al ordenamiento jurídico a través de un proceso desarrollado en el Poder Legislativo, y que esto la haga merecedora de tal calidad, tal y como se ha planteado en la sentencia del expediente N° 0014-2002-AI/TC. Es así, que este fundamento es insuficiente, ya que no parece tomar en cuenta que la reforma constitucional, modifica a la Constitución y no otra norma con rango de ley, pues, aunque parezca obvio, esto define su naturaleza recogida en el mismo texto constitucional.

No creemos, tampoco que el aspecto nominal “Ley” de Reforma Constitucional sea fundamento válido para determinar la esencia de esta figura jurídica, considerando como aspecto principal, el hecho de que proviene de un poder extraordinario, que, aunque limitado por excepcionalidad, es un poder generado por el pueblo, como es el caso del poder constituyente derivado, encargado de revisar a la Constitución.

La idea es clara, la reforma constitucional no es producto del desarrollo del Poder Legislativo en calidad de poder constituido, sino, que es manifestación del poder constituyente derivado, actuando como Congreso Constituyente, con una única función: reformar a la Constitución Política.

Cabe resaltar que, como ya se explicó con anterioridad, el hecho de que sea producto de un Congreso Constituyente, no determina que no pueda ser controlada, pues, en la presente investigación siempre se sostuvo lo contrario, en la medida de que tiene que respetar límites como los que se señalan en la sentencia recaída en el expediente 0014-2002-AI/TC, encontrándonos con los límites formales o materiales, debiendo ser observados en toda reforma constitucional.

4) Sentencia recaída en los expedientes N° 0050-2004-AI/TC, N° 0051-2004-AI/TC, N° 004-2005-AI/TC, N° 007-2005-PI/TC y N° 009-2005-PI/TC.

La sentencia en análisis acumuló las demandas de inconstitucionalidad planteadas por el Colegio de Abogados del Cusco, Colegio de Abogados del Callao, más de 5000 ciudadanos, representados por Juan Peña Figueroa y otros, y más de 5000 ciudadanos, representados por Carlos Blancas Bustamante contra las Leyes N° 28389y N° 28449– Leyes que modifican el régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530.

La **parte demandante**, considera que existe una afectación a los derechos fundamentales como a la seguridad social, a la pensión y a la propiedad, entre otros. Éste es el motivo principal de su pretensión, por el que solicitan que se declare la inconstitucional de tales normas y de las que se pudiesen generar en el futuro, a razón de ellas.

Los motivos más resaltantes de las demandas acumuladas son:

- Que la norma no respeta los límites de la reforma constitucional desarrollada por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0014-2002-AI/TC, sin considerar tampoco, que a la familia le corresponde una especial protección en materia de seguridad social.
- Que la norma impugnada sustituye el sistema de pensiones, afectando los regímenes pensionarios regulados en el Decreto Ley N° 20530, el Decreto Legislativo N° 19990, los de las Fuerzas Armadas y de la Policía, en el sentido de que desaparecería la protección de los derechos adquiridos y la nivelación quedaría prohibida constitucionalmente
- Finalmente, se estaría vulnerando lo que el mismo Tribunal Constitucional ha considerado en su jurisprudencia, sobre que el derecho a la pensión se adquiere una vez que se reúnan los requisitos establecidos legalmente.

Mientras que la **parte demandada**, señala que la reforma realizada es una respuesta a la equidad social y la sostenibilidad financiera, con la finalidad de mejorar la situación de los pensionistas.

Señala, además, que los límites planteados por la parte demandante, se señalan de manera interesada, puesto que la reforma cuestionada no transgrede ningún aspecto constitucional, por tanto, no se vulnera el principio de intangibilidad de los fondos y reserva de la seguridad social y que, inclusive ésta se verá favorecida.

Finalmente, señala que la reforma tendrá un gran impacto en el sector público, creándose de esta manera una política de remuneraciones moderna y transparente, con la intención de fomentar el correcto servicio de los trabajadores que se encuentran laborando en el aparato estatal.

El Tribunal Constitucional, para poder emitir un pronunciamiento respecto al caso, esboza sus consideraciones en base a lo señalado por las partes, en el siguiente sentido:

- Que, según las circunstancias, existía una urgencia en reformar el régimen pensionario, con el objeto de que sea posible alcanzar una “equidad social”, garantizando niveles de vida acordes a la dignidad humana.
- Considera, que existen principios sociales que sustentan el derecho a la pensión y se relacionan con la dignidad humana. Y, luego de realizar el test de razonabilidad, el Poder Legislativo ha ejecutado la reforma a través de medidas razonables intentando corregir desigualdades.
- El Tribunal deja en claro que la pensión, después de la reforma constitucional, en ningún momento ha dejado de ser considerada como una prerrogativa de carácter constitucional.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional del Perú declara **FUNDADA EN PARTE** la demanda de acción de inconstitucionalidad presentada por los demandados en contra de las leyes N° 28389 y N° 28449.

El Tribunal Constitucional, dentro de su parte resolutive, establece que se deben de respetar criterios interpretativos, declarando inconstitucional determinados extremos contenidos en las leyes cuestionadas.

Referencias a la reforma constitucional:

En la presente sentencia se realizan algunas referencias doctrinales respecto de la reforma constitucional, las mismas que se desarrollan en el siguiente sentido:

De los **fundamentos 1, 2.3, 4, 5 y 20** establece que en nuestro ordenamiento jurídico existe el principio de soberanía popular, encontrándose regulado en el artículo 45° de la Constitución Política del Perú.

De tal forma, se acoge la teoría de que toda institución pública debe estar sometida a la voluntad popular, en virtud de un régimen democrático, estableciéndose de la misma manera de que debe existir una institución [en este caso el Tribunal Constitucional] que debe impedir que ningún poder constituido ejerza sus funciones en perjuicio de la voluntad soberana del pueblo.

Señala en un extremo, que existe la posibilidad de que el Tribunal no sea competente para tener que pronunciarse sobre la constitucionalidad de una reforma constitucional, debido a que no se encuentra a dicha institución dentro del artículo 200 inciso 4). Pero entiende, que, como garante constitucional, debe ser quien deba de proteger a la Constitución examinando así la reforma, al realizarse una interpretación extensiva *pro homine* y no *in peius*.

Considera que si una reforma constitucional vulnera la Constitución, debe ser el Tribunal Constitucional el que proteja el contenido fundamental de la norma suprema.

El Tribunal se pronuncia sobre una reforma constitucional protegiendo el contenido fundamental o la fórmula política de la Constitución, que probablemente se esté vulnerando.

Comentario personal:

En relación a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, debo mencionar que el principio de soberanía popular protege que la voluntad del pueblo, sea representada en la Constitución Política, la misma que tiene la facultad de poder crear instituciones y la organización a la que debe acogerse el Estado.

Respecto a lo que el Tribunal menciona sobre proteger la Constitución cuando un poder constituido la vulnere, es cierto. Por ejemplo, cuando un órgano constituido actúe en detrimento de derechos constitucionales reconocidos en nuestro texto constitucional, el Tribunal deberá proteger los derechos constitucionales.

En relación al tema, consideramos que la reforma constitucional que vulnere a la Constitución en cuanto a sus límites formales o materiales, debe ser objeto de control previo, evidentemente desarrollado por el Tribunal Constitucional, a través de un dictamen, pero siempre y cuando dicha reforma se encuentre como proyecto en el Congreso.

Se debe tener en cuenta que en nuestra Constitución Política, no se expresa el control sobre las reformas constitucionales, es más, el aceptar dicho control impediría que existan cambios en la Constitución, cuando la sociedad necesite o requiera cambios, ésta sea controlada y denegada por el Tribunal Constitucional, sobreponiéndose al lugar de constituyente, alterando la democracia y el principio de soberanía popular recogida en el artículo 45° del texto constitucional.

Es así, que el dictamen desarrollado por el Tribunal Constitucional deberá ser uno jurídico, debidamente motivado y que a su vez, genere el debate necesario, para que finalmente se tome la decisión que el pueblo adopte tomar.

Del **fundamento 17**, se señala que el poder constituyente, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar las modificaciones a la Constitución. Por lo tanto, su aparición es ilimitada y extraordinaria.

El Tribunal Constitucional, deja en claro que al realizar control de la reforma, en ningún se le debe considerar como poder constituyente, sino como su vocero.

Comentario personal:

Se debe precisar que este fundamento desarrollado por el Tribunal Constitucional es demasiado general, puesto que indica que el sólo hecho de existir un poder constituyente, implica en su totalidad que no existe un control jurídico.

Como se ha señalado en comentarios previos, el Tribunal no sigue una sola idea acerca de la naturaleza de la reforma constitucional, así como se puede observar en la sentencia recaída en el expediente N° 0014-2003-AI/TC y en la N° 0047-2004-AI/TC.

En ese sentido, a veces se indica que la reforma constitucional es un poder constituido y otras, se señala que es poder constituyente. Entonces, es muy notoria la falta de claridad sobre la postura del Tribunal Constitucional.

Creemos conveniente separar, siempre, las dos variantes del poder constituyente para poder realizar un adecuado desglose acerca de la institución de la reforma constitucional. Considerando esto, la expresión directa de la reforma constitucional es el órgano revisor de la Constitución, el único encargado de representar un poder constituyente derivado.

La reforma constitucional es manifestación expresa de la voluntad popular, pues en ella se consagra que a través de un procedimiento especial, se realicen modificaciones totales o parciales del cuerpo normativo constitucional. Tal es así, que se debe considerar que la reforma es manifestación de poder constituyente derivado. La presente afirmación encuentra su sustento, en que la doctrina adopta la división del poder constituyente, la misma que tiene dos subdivisiones: originario y derivado; y el otro poder, el constituido.

Entonces, queda claro que la reforma constitucional no puede ser considerada

como poder constituyente originario ni como poder constituido, sólo puede ser vinculada al poder constituyente derivado.

La diferencia entre considerar a la reforma constitucional como poder constituyente originario del constituyente derivado, reside en que básicamente el primero, nace para crear un Estado, en donde no se puede considerar nada previo, por lo que sólo se instaura una vez, sin limitaciones más que las que el mismo pueblo se pueda imponer.

Por otro lado, el poder constituyente derivado, es una facultad extraordinaria del Congreso Constituyente (órgano encargado de revisar la Constitución en el Estado), reformando el texto constitucional total o parcialmente, debiendo respetar en principio los límites materiales y formales.

Que el Tribunal Constitucional se considere vocero del poder constituyente, indica que en sí mismo, reconoce cierto grado de intromisión en sus facultades, y a pesar de no estar personalmente de acuerdo con la explicación sobre el control de las reformas constitucionales, creo necesaria su exigencia.

En el **fundamento 18**, el Tribunal Constitucional precisa que el Congreso tiene límites para modificar el contenido de la Constitución.

Comentario personal:

Sobre ello, no se debe realizar mayor análisis, puesto que este fundamento respeta el orden de las ideas que vienen desarrollando con anterioridad.

Únicamente, señalar que la reforma constitucional al representar la expresión de poder constituyente derivado y determinarse con la calidad de norma constitucional, es la única institución que puede ser limitada dentro de la Constitución.

CAPÍTULO V

CONTROL DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS

Siempre es importante destacar el desarrollo internacional de las instituciones jurídicas, con el fin de evaluar el desempeño nacional o por el contrario, con el afán de mejorar en determinadas circunstancias el contexto nacional actual, en todo caso, y en alusión a la presente investigación, es relevante observar cómo se desarrolla el control constitucional en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros.

Para el caso en concreto, se tomará las experiencias ocurridas en los ordenamientos jurídicos de Francia, Chile y Colombia.

1. Francia

En Francia, la reforma constitucional se encuentra regulada en el artículo 89° de la Constitución del 04 de octubre de 1958, según consulta realizada en la web oficial del Senado Francés (2008), mencionándose que la iniciativa únicamente corresponde al Presidente de la República, el Primer Ministro o a los miembros del Parlamento.

El proyecto deberá ser revisado en el plazo de 06 meses a la fecha de su presentación, en donde ambas cámaras del Legislativo deberán votar aprobatoriamente, finalmente si la población aprobara la reforma, ésta tendrá la calidad de definitiva.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, este país no prevé tal figura, su Constitución sólo se limita a señalar a los representantes que pueden solicitar la intervención del Consejo Constitucional para evaluar las leyes, antes de su promulgación, pero sin considerar una denominación en específico.

Sobre el control de la reforma constitucional, la Carta Magna francesa de 1958,

prevé un control previo realizado por el Consejo Constitucional, en el artículo 61^{o6}. De tal manera, este Consejo debe pronunciarse de manera obligatoria sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas (en este caso antes de su promulgación), de las leyes sometidas al referéndum sobre reformas constitucionales en virtud de los señalado en el artículo 11° o Reglamentos de las Cámaras Parlamentarias, en estos últimos antes de su aplicación, ejerciendo de esta manera un control preventivo.

Igualmente, en el mencionado artículo se señala que a solicitud del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, 70 diputados o 60 senadores, pueden solicitar la intervención preventiva en el control de las leyes ordinarias, siempre que se encuentren antes de su promulgación, en estos casos el Consejo Constitucional se verá obligado también a emitir un pronunciamiento.

En consecuencia, si el Consejo Constitucional declarase inconstitucional un proyecto, éste no podrá ser promulgado, en virtud de lo indicado en el artículo 62° de la Constitución francesa, el mismo que precisa lo siguiente: «**No podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61(...)**»

Según lo expuesto, se puede establecer que en el caso francés, el control de las reformas constitucionales tienen un carácter preventivo, pues, siempre existirá un pronunciamiento precedente por parte del Consejo Constitucional

⁶ Art. 61° de la Const. Francesa: “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.”

francés, el mismo que tendrá efectos vinculantes directos sobre el proyecto de reforma, hasta el punto de impedir su promulgación o publicación para la entrada en vigencia.

2. Chile

De acuerdo a la Constitución chilena vigente, según se observa en la consulta realizada en la página web oficial de la Cámara de Diputados de Chile (2018) las reformas constitucionales pueden ser planteadas por el Presidente de la República a través de un mensaje o por cualquier integrante de Congreso de la República, a través de una moción.

La acción de inconstitucionalidad en el país chileno, se conoce como “cuestión de constitucionalidad” y se encuentra regulada en su Constitución Política, como se procederá a detallar en los párrafos sucesivos.

Sobre el control de las reformas constitucionales, ésta institución se desarrolla de manera expresa a través de la facultad otorgada al Tribunal Constitucional en el artículo 93° del texto constitucional.

El numeral 3) del citado artículo indica lo siguiente: **«Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 3) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (...)»**

Es así, que el control de las reformas constitucionales en Chile, se realiza de manera preventiva, teniendo al Tribunal Constitucional, como el órgano encargado de desarrollar la vigilancia de este tipo de normatividad que tiene por finalidad modificar el texto constitucional.

Es curioso, pero se debe resaltar que la Constitución chilena, en el artículo en mención, realiza una descripción similar a la de una norma de desarrollo constitucional más que a un precepto propiamente constitucional, pues, señala de manera prolongada los presupuestos para cada una de las 16 atribuciones del Tribunal Constitucional.

De tal manera, en los párrafos 19, 20 y 21, se indican los preceptos para el desarrollo de las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional.

En primer lugar, señala que únicamente el Presidente de la República, cualquier Cámara Legislativa o una cuarta parte de sus miembros en actividad, podrán formular la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En segundo término, se determina que la cuestión de constitucionalidad sobre la reforma constitucional debe plantearse siempre antes de promulgación de la ley, y su solicitud no interrumpe el trámite del proyecto de la ley, siempre que no se supere el plazo de 10 días (prorrogables por 10 más) para resolver el asunto en cuestión, caso contrario, la ley en cuestionamiento podrá ser promulgada.

En palabras del profesor Jorge Carpizo (2009), el modelo chileno de control de reforma constitucionales *«una disposición de tal naturaleza [que] rompe el esquema constitucional de pesos y contrapesos y crea un órgano incontrolado (...) en razón de que puede peligrar la libertad de las personas.»*

Siguiendo la idea planteada por el autor en mención, otorgarle esta facultad al Tribunal Constitucional, hace peligrar la naturaleza armónica de los denominados “checks and balances” entre los poderes de un Estado Constitucional de Derecho, ocasionando un estado de descontrol.

Como se puede observar, la propuesta chilena regulariza de manera expresa el control de la reforma constitucional, pero al mismo tiempo se genera en el Tribunal Constitucional un exceso en sus funciones que ponen en peligro los pesos y contrapesos del Estado, haciendo cuestionable el hecho de que un poder constituido pueda detener el desarrollo pacífico del poder constituyente derivado, aun cuando respete el procedimiento regular para desarrollar la reforma a la Constitución.

3. Colombia

La Constitución Política de Colombia del año 1991, en concordancia con la página web oficial de la Secretaría del Senado (2018), prevé 03 maneras de lograr la reforma constitucional, una es a través del Congreso, otra es por la Asamblea Constituyente y la última posibilidad es a través del referéndum, tal y como se indica en el artículo 374° del texto constitucional.

También se indica, quiénes son los legitimados para presentar los proyectos de reformas constitucionales, así, en su artículo 375°, posibilita a diez (10) miembros de Congreso, al veinte (20%) de concejales o diputados; y, finalmente, a los ciudadanos representados por el cinco (5%) del censo electoral vigente.

La acción de inconstitucionalidad, en este país, se regula a través del artículo 242°, en donde se indica que cualquier ciudadano podrá ejercer las “acciones públicas” que crea conveniente a fin de solicitar a la Corte Constitucional el resguardo y respeto en la supremacía de la Constitución, sin incorporar algún presupuesto adicional.

En cuanto al control de la reforma constitucional, en el país colombiano se precisa, al igual que en el caso chileno, de un control expreso pero con una pequeña variante, pues sólo observa los vicios que pudiesen ocurrir del

desarrollo del procedimiento, y bajo ninguna forma interviene sobre el fondo de la reforma.

De este modo, el artículo 241° señala entre las atribuciones de la Corte Constitucional Colombiana a la de « (...)1. **Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.**» De la misma manera, en el inciso siguiente del artículo en desarrollo, el texto constitucional colombiano faculta a su Corte Constitucional a « (...)2. **Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.**»

Es necesario precisar, que a diferencia del caso chileno, en la Constitución Política colombiana no se desarrolla el control de la reforma constitucional de una manera extensa abarcando todos sus extremos de procedimiento, por el contrario, en el caso colombiano, la Constitución establece parámetros generales.

Ahora bien, sobre el control de la reforma constitucional en Colombia, se puede deducir que cualquiera sea el origen de aprobación de la reforma constitucional, es decir, a través del Congreso, de la Asamblea Constituyente o a través del referéndum, la Corte Constitucional únicamente se podrá manifestar por los vicios procedimentales, impidiéndole expresamente un pronunciamiento de control material.

De igual manera, se le faculta a la Corte Constitucional, con anterioridad a la expresión popular, la posibilidad de revisar el procedimiento en la convocatoria de un referendo o de la conformación de la Asamblea Constituyente.

Esto evidencia, que en el caso colombiano, la Corte Constitucional puede ejercer control sobre las reformas constitucionales a través de dos vías: la primera, recae directamente sobre el procedimiento de la reforma constitucional y la segunda, recae con anterioridad a la reforma, es decir, sobre el procedimiento de instalación de la Asamblea Constituyente o en el desarrollo procedimental previo al refrendo.

Al parecer del profesor Carpizo (2009):

« (...) que un tribunal posea esta facultad respecto a vicios del procedimiento puede resultar extraordinariamente complicado desde un punto de vista político en países en los cuales la democracia no esté consolidada, donde la sociedad se encuentre con graves divisiones políticas o que el papel del Tribunal Constitucional aún sea cuestionado por amplios sectores sociales o políticos.»

Puede apreciarse que la propuesta colombiana tiene como finalidad asegurar el adecuado procedimiento en el camino al cambio constitucional, a través de la reforma constitucional, sin que su intervención se convierta en una intromisión sobre el aspecto material de la misma.

Considerando la postura del autor mencionado en líneas superiores, en aquellos países en donde existan enfrentamientos políticos que agraven la democracia de un país, no será adecuado aplicar ésta modalidad de control de la reforma constitucional, adicionando, que como ocurre en el caso chileno, esta modalidad puede desvirtuar y descontrolar un poder constituido.

4. Comparación con el caso peruano

De acuerdo al estudio realizado sobre algunos países y su modalidad para ejercer el control sobre la reforma constitucional, es menester que en este Capítulo se realicen las comparaciones necesarias con el Perú, para arribar a la

propuesta planteada en la presente tesis.

En síntesis, se puede establecer lo siguiente:

Cuadro 2. Diferencias sobre el control de la reforma constitucional entre los países de Francia, Chile, Colombia y Perú.

País	Facultado a plantear acción de inconstitucionalidad o similar	Facultado a presentar iniciativa de proyecto de reforma a la Constitución	Órgano encargado de realizar el control sobre la reforma constitucional
Francia	Presidente, Primer Ministro, Presidente de Asamblea Nacional, Presidente del Senado, 70 diputados o 60 senadores.	Presidente de la República, el Primer Ministro o miembros del Parlamento.	Consejo Constitucional
Chile	Presidente de la República, cualquier Cámara Legislativa o una cuarta parte de sus miembros en actividad.	Presidente de la República o cualquier congresista.	Tribunal Constitucional
Colombia	Cualquier ciudadano.	10 miembros de Congreso, 20% de concejales o diputados; o 5% de los ciudadanos.	Corte Constitucional
Perú	Presidente, Fiscal de la Nación, Presidente del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, 25 % del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos.	Presidente de la República, congresistas o 0.3% de la población.	Tribunal Constitucional

**Elaboración Propia*

Del cuadro en exposición, se debe precisar que tanto en Francia como en Chile, ocurre un control preventivo sobre la reforma constitucional, mientras que en Colombia y en Perú, el control es posterior a la emisión de la ley de reforma constitucional.

Se puede observar además, que a excepción del caso colombiano, tanto Francia, Chile y Perú, restringen la acción de inconstitucionalidad o similar.

Por otro lado, se puede desprender que los congresistas tienen por prerrogativa presentar iniciativas de reforma a la Constitución en todos los países señalados en el cuadro. El Presidente de la República, también tiene iniciativa para presentar proyectos de reforma a la Constitución, sólo con la excepción de Colombia. También se prevé la posibilidad que los ciudadanos puedan presentar proyectos a fin de modificar la Constitución, como sucede en los casos de Colombia y Perú.

El órgano que se encarga de controlar la reforma constitucional en estos países cambia de denominación, titulándose como Consejo Constitucional, Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, como en el caso chileno y peruano, pero al fin y al cabo todas estas instituciones cumplen con una única finalidad, que es la de proteger la supremacía constitucional en el Estado en donde se encuentran.

Finalmente, considerando las experiencias extranjeras mencionadas en este Capítulo y a fin de elaborar la propuesta a la presente tesis, se adoptó que la opción que sería más beneficiosa en el Perú, sería aquella que se ampare en la emisión del dictamen preventivo por parte del Tribunal Constitucional, en los casos en donde deba de controlar la reforma constitucional, respetando, de esta manera, la naturaleza que el Constituyente y la Constitución le ha asignado.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA

De acuerdo a los capítulos desarrollados con anterioridad, propongo que se realicen las siguientes modificaciones:

En la Constitución Política del Perú, que a la actualidad señala lo siguiente:

«Artículo 202°.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

- 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.*
- 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.*
- 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.»*

Debiendo quedar de la siguiente forma:

«Artículo 202°.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

- 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.***
- 2. Emitir dictamen sobre la constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.***
- 3. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.***
- 4. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.»***

Igualmente, se formula realizar los siguientes cambios en el Código Procesal Constitucional:

- Modificar el rótulo del Título IX que a la actualidad establece el nombre de “Proceso Competencial” por el de “Proceso de constitucionalidad de los proyectos de reforma a la Constitución”
- Modificar los Títulos IX, X, XI, XII y XIII por el número romano siguiente al que mantienen en la actualidad.

Finalmente, se plantea añadir los artículos 108-A, 108-B, 108-C y 108-D, incluyéndolos en el Título de “Proceso de constitucionalidad debiendo quedar redactado de la siguiente manera:

«Artículo 108-A.- Competencia

Quando el proyecto de ley al que se refiere el artículo 206° de la Constitución se encuentre en la comisión correspondiente del Congreso, se podrá presentar la solicitud para que el Tribunal Constitucional emita dictamen preventivo en salvaguarda de la Constitución.

Artículo 108-B.- Legitimación

La solicitud de intervención del Tribunal Constitucional indicada en el párrafo precedente, puede ser interpuesta por cualquiera de los señalados en el artículo 203° de la Constitución.»

Artículo 108-C.- Presentación de solicitud

La solicitud se presenta ante la comisión correspondiente del Congreso, la misma que deberá remitir el proyecto de reforma constitucional en el plazo de un día hábil al Tribunal Constitucional.

Artículo 108-D.- Procedimiento

El Tribunal Constitucional dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibido el proyecto de reforma constitucional, emitirá dictamen y comunicará su decisión al Congreso.

Se necesitarán cinco (05) votos del total de magistrados para que el dictamen recomiende el archivo del proyecto por vulnerar a la Constitución. De no ser el caso, el dictamen recomendará la continuación del proyecto de reforma en sede parlamentaria, reanudándose los plazos que correspondan.

Cuando el Tribunal Constitucional recomiende el archivo del proyecto de reforma constitucional, la Comisión del Congreso correspondiente podrá optar por archivar el proyecto o apartarse del dictamen del Tribunal Constitucional.

Si la Comisión del Congreso escoge la segunda opción, la reforma constitucional deberá ser ratificada a través de referéndum, de acuerdo a lo señalado en los artículos 202° y 206° de la Constitución.»

Los beneficios de las propuestas de modificación señaladas son:

- 1) Garantizar el control de las reformas constitucionales a través de los dictámenes preventivos emitidos por el Tribunal Constitucional, eliminando la posibilidad de que exista alguna forma de control a través de la acción de inconstitucionalidad.
- 2) Adecuada diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos, ya que de este modo, el Tribunal Constitucional como poder constituido se encuentra limitado por la Constitución, con facultades expresamente detalladas, impedido de hacer las que no se otorgan.
- 3) Promoción de debates académicos, jurídicos, políticos y sobre todo, públicos, con la especial participación de los ciudadanos, pues sobre ellos recae la competencia de crear una Constitución y por ende, también la de realizar sus modificaciones a través de las reformas constitucionales.
- 4) Establecer un límite al Poder Legislativo, cuando actúa en calidad de poder constituyente derivado, evitando que se aprueben reformas constitucionales de manera indiscriminada y lesiva de derechos fundamentales, sobre todo cuando dentro de su conformación, cuente con grupos parlamentarios que alcancen la mayoría calificada suficiente para realizar estas reformas sin necesidad de recurrir a un referéndum, buscando fines perversos y contrarios a la Constitución.
- 5) Finalmente, con la propuesta planteada, también se establece un límite al Tribunal Constitucional, impidiendo que se convierta en un poder constituido incontrolable e insostenible al intentar desempeñarse en calidad de poder constituyente.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES

En función al objetivo general, objetivos específicos y los capítulos desarrollados en la presente investigación, se logró determinar:

1. Que, el Poder Constituyente es un poder de origen que contribuye en el nacimiento de un Estado creando su Constitución, siendo capaz de modificarlo a través de las denominadas reformas constitucionales, en el primer caso nos referimos al poder constituyente originario y en el segundo caso, al poder constituyente derivado. Por otro lado, los Poderes Constituidos, son las instituciones que se generaron en razón del constituyente a través de su Constitución; que, la Constitución es una norma jurídica y política que contiene la garantía de los derechos constitucionales, división de poderes y la cláusula de reforma; que, la reforma constitucional tiene por finalidad mantener actualizada la vigencia social de la Constitución; y, finalmente que, la acción de inconstitucionalidad, es una garantía constitucional que tiene como objeto realizar el control abstracto de las normas con rango de ley.

2. El Tribunal Constitucional, en las sentencias referidas al tema de esta tesis, se contradice constantemente estableciendo diversas posturas al referirse al poder constituyente y los poderes constituidos. En algunos casos considera a la ley de reforma constitucional con la calidad de una norma con rango de ley, otras veces, la considera como una norma de rango constitucional y, a pesar de ello, ampara la admisión de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las reformas constitucionales, bajo la postura de que son normas que se producen en el Legislativo, que tienen la nomenclatura de “ley” y que siguen la numeración sucesiva de las leyes ordinarias.

3. De la comparación realizada con los países de Francia, Chile y Colombia, se puede concluir que el control expreso de las reformas constitucionales, puede

convertir al Tribunal Constitucional (u otra denominación que se le otorgue) en un poder constituido incontrolable, pues desvirtúa su propia naturaleza, además no es aceptable en democracias frágiles o en Estados que mantienen constantes enfrentamientos políticos. Sin embargo, en el Perú, el desarrollo de un control preventivo sin rechazar las diferencias existentes entre el constituyente derivado de los poderes constituidos, es decir, a través de un dictamen, es factible.

4. Finalmente, a pesar de que existe un control de las reformas constitucionales en el Perú, éste no se desarrolla de manera correcta, por lo que existe viabilidad para modificar el artículo 202° de la Constitución y realizar los cambios necesarios en el Código Procesal Constitucional, ya que es a través del dictamen preventivo en donde el Tribunal Constitucional respetará su naturaleza de poder constituido dejando de realizar atribuciones que el constituyente no le entregó al momento de desarrollar la Constitución Política. Del mismo modo, la propuesta de modificatoria de los artículos señalados al comienzo de este párrafo, servirá como límite al Poder Legislativo, cuando actúe en calidad de poder constituyente derivado, en el sentido de que evitará el abuso de aprobaciones de las reformas constitucionales bajo la vía de la conformidad de 2/3 de sus miembros en dos legislaturas ordinarias sucesivas.

CAPÍTULO VIII

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que se realicen modificatorias en el artículo 202° de la Constitución Política y, al mismo tiempo, los cambios necesarios en el Código Procesal Constitucional, en virtud a los beneficios establecidos a lo largo del desarrollo de la presente investigación, implementando la función dictaminadora del Tribunal Constitucional como control preventivo de la reforma constitucional.

2. Además, se sugiere que para el desarrollo de futuras investigaciones, se considere la correcta naturaleza de la ley de reforma constitucional, de acuerdo al sistema de fuentes peruano, impidiendo su control a través de la acción de inconstitucionalidad establecida en el inciso 4) de artículo 200° de la Constitución Política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blume Fortini, E. (1996). *El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*. Lima: Ersa.
- Cámara de Diputados de Chile. (2018). *Cámara de Diputados*. Recuperado el 2018 de diciembre de 05, de https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf
- Carbonell, M. (1998). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho de México*. México D.F: UNAM.
- Carpizo McGregor, J. (2009). *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima: GRIJLEY.
- Chávez Montoya, V. (2015). *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- Correa Noriega, P. (2016). *Derecho Constitucional General*. Chimbote: UTEX.
- De Vega, P. (1988). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- De Vergottini, G. (2004). *Derecho Constitucional Comparado* . México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Díaz Arenas, P. (1997). *El Estado y Tercer Mundo.El Constitucionalismo*. Bogotá: Temis.
- Figuroa Gutarra, E. (2013). El Proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. *Pensamiento Constitucional* Nº 18/ ISSN 1027-6769, 199-222.
- García Belaunde, D. (1990). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima, Perú: Fondo Editorial.

- García Toma, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima: ADRUS D&L Editores S.A.C.
- García Toma, V. (2016). *La jurisdicción constitucional: El modelo peruano*. Obtenido de [www4.congreso.gob.pe: http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2016/e-04-03-2016/materiales.pdf](http://www4.congreso.gob.pe/DGP/CCEP/curso/2016/e-04-03-2016/materiales.pdf)
- Henriquez Franco, H. (2012). *Derecho Constitucional. Documentos históricos y documentos internacionales*. Lima: Ffecaat Editorial.
- Hernandez , R., Fernandez, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (5ta ed.). México D.F.: EDAMSA.
- Huerta Ochoa, C. (2003). La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, num. 108, serie XXXVI, 927-950.
- Naranjo Mesa, V. (2003). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.
- Orbegoso Venegas, S. (2002). *Poder Constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales S.A.C.
- Ortecho Villena, V. J. (2012). *Procesos Constitucionales y su Jurisdicción*. Lima: RHODAS.
- Oswaldo Cracogna, D. (2016). *Acerca del concepto de Constitución en Carl Schmitt y Hans Kelsen*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Pereira Menaut, A. C. (2006). *Teoría Constitucional y otros escritos*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Ponce de León Armenta, L. (2009). Metodología de la Investigación Científica del Derecho. *UNAM*, 61-83.

- Quíroga León, A. (1991). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Quisbert, E. (2012). Constitución Política del Estado. *Apuntes Jurídicos*, 3-24.
- Ramos Nuñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no morir en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Secretaría del Senado. (30 de noviembre de 2018). *Congreso de la República de Colombia - Senado de la República*. Recuperado el 05 de diciembre de 2018, de <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Senado Francés. (23 de julio de 2008). *SÉNAT*. Recuperado el 05 de diciembre de 2018, de https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf
- Tribunal Constitucional, STC EXP. N° 014-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 25 de enero de 2003).

ANEXOS