

T GACETA CONSTITUCIONAL

Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces

DIRECTORES

Domingo García Belaunde
Víctor García Toma
Samuel B. Abad Yupanqui

TOMO 65 / MAYO 2013

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN

34 AUTORES
ENTRE OTROS:

Luigi Ferrajoli
Fidel Rojas Vargas
Luis Castillo Córdova
Natale Amprimo Plá
Christian Donayre Montesinos
Carlos Hakansson Nieto
César Delgado-Guembes

Especiales

- EL TC Y LA INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE PECULADO DE USO: CASO ALCALDE DE CHICLAYO
- EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN LOS GOBIERNOS LOCALES: CASO "LA PARADA"

La ausencia y contumacia en el nuevo proceso penal y el derecho de defensa del imputado

El periodo de prueba y los contratos temporales frente a la especial protección de las trabajadoras gestantes

De la intromisión a la seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional en el arbitraje

Allanamiento y pago de costos por el Estado en los procesos constitucionales

Análisis jurídico del derecho a la prueba

El costo de agencia y el principio de proporcionalidad: límites al control del empleador

Análisis constitucional de las reglas del nuevo Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales

¿Tenemos un TC de protección de derechos fundamentales o de improcedencias?: La labor del TC en los últimos 6 años

Observaciones sobre la reforma de la Constitución y la propuesta de retorno al texto fundamental de 1979

GACETA
JURIDICA

Algunas observaciones al proyecto de ley de reforma constitucional N° 2001/2012-IC

Carlos HAKANSSON NIETO*

En este crítico informe se analiza el proyecto de ley presentado por más de 60 mil ciudadanos que pretende reformar la vigente Constitución sobre la base del texto de la de 1979. Sobre el particular, el autor sostiene que el proceso de reforma constitucional debe efectuarse desde la Constitución de 1993, incorporándose o modificándose las instituciones vigentes en función de lo establecido en la de 1979 y no al revés. Refiere, además, que el Congreso carece de poderes constituyentes para declarar nula la Constitución vigente, toda vez que solo tiene competencia para enmendarla total o parcialmente.

RESUMEN

I. EL CAMINO TRAZADO POR EL PROYECTO DE LEY Y SUS DESFILADEROS

El proyecto de ley de reforma constitucional (Ley N° 2001/2012-IC), publicado el 23 de marzo de 2013, contiene unas disposiciones que revelan una estrategia para retornar a la Constitución de 1979, pero incorporando algunas instituciones de la Carta Magna de 1993. El problema de fondo de este proyecto es la inconstitucionalidad de modificar un texto constitucional que no está vigente por medio de un procedimiento de reforma enmendado de la Constitución actual; desconociendo la naturaleza y los rasgos del poder constituyente y del poder constituyente constituido. Por ello, antes de abordar al análisis del proyecto, es necesario realizar una revisión de estos conceptos para poder formarnos una opinión respecto de su contenido.

1. Los rasgos del poder constituyente

En primer lugar, como sabemos, la nación conserva un poder distinto al de los poderes constituidos por una Carta Magna (las funciones legislativa, ejecutiva y judicial), como es la facultad de cambiar y darse una nueva constitución. No obstante, este poder constituyente no puede ejercerse por la nación en conjunto porque es imposible, por ello surge la necesidad de convocar a representantes reunidos en una Asamblea, quienes forman un poder superior y diferente de los poderes constituidos. Esto constituye una característica que suele propiciar momentos de crispación política entre la Asamblea y el Congreso, producto del celo parlamentario y la doble representatividad reinante en un mismo momento político.

Por tratarse de un poder inherente a la nación, los ciudadanos tendrán que aprobar o

* Doctor en Derecho en la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Constitucional e Integración en la Universidad de Piura y titular de la Cátedra Jean Monnet en la Comisión Europea.

desaprobar el nu
diante una con
pero debe haber
parar una adecu
discusión nacion
analfabetismo.

Todos los miemt
vinculados por u
rar un nuevo text
facultades se er
las siguientes car

a) Coyuntura
determinado
como salida
cio de una tra
terminado el e
texto constitu
bado por una
concluye y de
voca en situa
especiales cir

b) Inapelable:
un poder limi
encuentran e
las reglas ele
nacional Puzl
mas de sus co
nes que no i
constitucional

c) Fácilo: se
puede ir más
mente. Es de
tituyente su
recho positiv

d) Eficaz: que
orden jurídico
de los fundam
goza de la m

Luego de expon
mos comprend
za el poder cons
trario supone una
puede derivar en

1 Sobre las constit
nacional. Tomado
2 Ibidem, p. 77.

desaprobar el nuevo texto constitucional mediante una consulta popular (referéndum); pero debe haber tiempo suficiente para preparar una adecuada campaña de difusión y discusión nacional, sin contar el alto nivel de analfabetismo.

Todos los miembros de esa Asamblea están vinculados por un mismo compromiso: elaborar un nuevo texto constitucional; por ello, sus facultades se encuentran condicionadas por las siguientes características¹:

a) Coyuntural: porque se ejerce en un determinado momento, preferentemente como salida a un régimen de facto e inicio de una transición democrática. Una vez terminado el encargo de elaborar un nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por una consulta popular, su labor concluye y deberá disolverse, ya que se invoca en situaciones muy concretas y bajo especiales circunstancias políticas.

b) Inapelable: lo cual no significa que sea un poder ilimitado, ya que sobre él solo se encuentran el Derecho natural, así como las reglas elementales del Derecho Internacional Público (conocidas como las normas de *ius cogens*) para frenar disposiciones que no sean conformes con la teoría constitucional.

c) Fáctico: por tratarse de un poder que puede ir más allá de lo normado anteriormente. Es decir, la acción del poder constituyente suele acarrear una quiebra al Derecho positivo vigente.

d) Eficaz: cuando la creación de un nuevo orden jurídico y político se impone a pesar de los fundamentos de la oposición que no goza de la mayoría.

Luego de exponer estas características podemos comprender que cuanto menos se ejerza el poder constituyente mejor, pues lo contrario supone una situación constitucional que puede derivar en inestable; cabe precisar que

países como Francia, España y Portugal, sin contar el Perú, han recurrido a las asambleas constituyentes en muchas oportunidades durante los siglos XIX y XX, mientras que en el Reino Unido, los Estados Unidos y Bélgica muy pocas veces han sido convocadas obteniendo resultados de gran duración que resaltan a la vista.

2. El procedimiento de enmienda constitucional

Como no siempre es prudente convocar a una Asamblea Constituyente en razón de determinadas circunstancias políticas, la teoría constitucional tiene previsto otro mecanismo que es la reforma o enmienda; la cual no significa un camino de segundo orden sino que está prevista cuando los cambios constitucionales se hacen necesarios durante el mandato de gobiernos democráticamente elegidos, es decir, cuando la necesidad de reformar la Constitución se manifiesta dentro de un régimen democrático, con autoridades y representantes libremente elegidos. Para estos casos, la teoría constitucional tiene previsto el llamado poder constituyente constituido. Que consiste en el establecimiento, por cada Constitución, de un órgano y un procedimiento para su reforma y transformación. De esta manera, la reforma constitucional se planteará como una enmienda formal que discurrirá por los canales ya previstos de la propia Constitución que va a ser modificada.

Los principales caracteres del poder constituyente constituido son los siguientes²:

a) El poder constituyente constituido goza de legitimidad, pues se trata de un procedimiento y órgano previsto especialmente; por eso es limitable y debe ajustarse a lo previsto por la Constitución.

b) Respeta al Derecho existente, solo buscará corregir aquellas instituciones que no cumplen con la finalidad de una Constitución: frenar el poder político para asegurar

1 Sobre las características del poder constituyente véase: PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Tercera edición, Colex, Madrid, 2006, pp. 70-71.

2 *Ibidem*, p. 72.

toda una esfera de derechos y libertades al ciudadano.

c) El poder constituyente constituido no es anterior a todo el Derecho por fundarse en la Constitución, pero puede reformarla.

d) El poder constituyente constituido es limitable por definición, se encuentra sujeto a las condiciones y procedimientos que fije la propia Constitución que se ha de reformar.

El concepto del poder constituyente constituido se relaciona directamente con la reforma constitucional; es decir, el poder de enmendar la Constitución es, por sí mismo, constituyente pero por estar previsto su existencia y procedimiento en la propia Constitución, carece de un poder inapelable. De esta manera, así como el poder constituyente es un acto de puro poder que conserva la nación, el poder constituido sería más bien un acto de potestad, un poder socialmente reconocido.

La doctrina nos dice que la reforma constitucional es una técnica, un procedimiento, pero ¿es solo una técnica?, ¿solo un procedimiento? Parecería que sí pero, si nos damos cuenta, el Derecho Constitucional estaría poco seguro si los procedimientos de reforma no tuviesen ciertos límites para su ejercicio; como los tienen otras instituciones previstas en la propia Constitución (los límites a la presidencia de la República, al procedimiento legislativo y los principios del debido proceso). Por ello, antes que todo conviene que nos preguntemos ¿por qué existe un procedimiento de reforma constitucional? Son varias las razones que motivaron su creación, algunas de ellas de sentido común:

- Los constituyentes no son dioses: aun en el caso de que la Asamblea Constituyente esté integrada por un conjunto de juristas y políticos notables, estos no gozan de

un principio de infalibilidad al momento de elaborar una Constitución. Todo lo contrario. Se pueden equivocar por acción, por establecer en la Carta Magna alguna disposición que en vez de concentrar dispersa el poder; o por omisión, cuando existen vacíos que dejaron al consenso de los políticos y no a la interpretación judicial, con sus inmediatas consecuencias para la separación de poderes.

- Es jurídica y políticamente correcto que la Constitución tuviese previsto su propio procedimiento de reforma; es decir, era necesario que los parlamentarios tuviesen unas reglas preestablecidas por los propios constituyentes y no esperen a buscar acuerdos dentro del Parlamento y sus mayorías ocasionales.
- Para Estados sin tradición constitucional es conveniente establecer un procedimiento lo suficientemente riguroso para evitar unas reformas inmaduras, un propósito que no se ha cumplido del todo en las constitucionales iberoamericanas.

La Constitución peruana, al igual que la mayoría de las constituciones del mundo, tiene un especial procedimiento de reforma que dificulta su rápida enmienda³. Por ese motivo, de acuerdo con los argumentos de Bryce, nuestras constituciones pertenecen al grupo de las rígidas⁴. En cualquier caso, el mismo autor considera que la estabilidad de cualquier Constitución no dependerá de su procedimiento de reforma, sino más bien de "las fuerzas sociales y económicas que la apoyan y sostienen"⁵; en otras palabras, volvemos a la idea un pacto de límites al ejercicio del poder. Como las constituciones rígidas carecen de un procedimiento único, veamos de cerca el grado de complejidad de la reforma en la Constitución peruana de 1993.

3 El procedimiento de reforma constitucional se estudiará más adelante en este capítulo.

4 El mismo autor considera que las constituciones clásicas son más "flexibles", debido a que poseen una mayor elasticidad a los cambios sociales y políticos, adaptándose permanentemente, sin correr el riesgo de perder sus principales características; véase; BRYCE, James. *Constituciones flexibles y rígidas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 14.

5 *Ibidem*, p. 28.

3. El procedi aprobación ma constitut

Con relación a e
Tribunal Consti
dice que "[e]l car
constituido de la
titucional viene a
presencia de det
mites en su ejer
ello decir que, p
reforma pueda
válidamente rea
respetar los crit
Constitución, por
yente, expresam
por lo general, a
encuentran relac
mayorías califica
su aprobación o
recta por parte de
la Constitución p
dimientos para q
to. El primero de
reforma debe se
absoluta –sesent
luego ser ratifica
do procedimient
de reforma "a d
cesivas con una
caso, superior a l
gal de congresist
te miembros.

El procedimiento
ción peruana es
y por ello adolec
titución peruana r
que será necesar
titucional bajo e
ta popular, lo cua
mica y cuestiona
uno u otro proc
rá al cálculo polí
ta, consideramos
mienda, relativa

6 Cfr. Exp. N° 00014
7 *Ibidem*.

3. El procedimiento de aprobación de la reforma constitucional

Con relación a este tema, el Tribunal Constitucional nos dice que “[e]l carácter de poder constituido de la reforma constitucional viene asociado a la presencia de determinados límites en su ejercicio. Quiere ello decir que, para que una reforma pueda considerarse válidamente realizada, debe respetar los criterios que la Constitución, por voluntad del poder constituyente, expresamente estableció; criterios que, por lo general, aunque no exclusivamente, se encuentran relacionados a la presencia de mayorías calificadas en el procedimiento de su aprobación o a una eventual ratificación directa por parte del pueblo”⁶. El artículo 206 de la Constitución peruana establece dos procedimientos para que la enmiende el Parlamento. El primero de ellos establece que la ley de reforma debe ser aprobada por una mayoría absoluta —sesenta y un parlamentarios— para luego ser ratificada por referéndum. El segundo procedimiento consiste en someter la ley de reforma “a dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas”, es decir, a ochenta y siete miembros.

El procedimiento de reforma en la Constitución peruana es propio de un Estado unitario y por ello adolece de ciertos riesgos. La Constitución peruana no establece los casos en los que será necesario aprobar una reforma constitucional bajo el procedimiento de consulta popular, lo cual puede generar cierta polémica y cuestionar la legitimidad de optar por uno u otro procedimiento, dado que se prestará al cálculo político. Desde ese punto de vista, consideramos que toda propuesta de enmienda, relativa a la descentralización o una

“ El proceso de reforma debe efectuarse desde la Constitución vigente, a la cual se le pueden incorporar instituciones o modificar algunas en función de lo establecido por la Carta de 1979, no al revés. ”

reforma total de la Constitución, deberá ser aprobada mediante una consulta popular.

El procedimiento de reforma, por su escasa aplicación, no merece mayor detenimiento porque en vez de periódicas enmiendas constitucionales hemos tenido sucesivos cambios de constituciones en la historia republicana, los cuales marcaron el inicio y fin de las interrupciones de los periodos democráticos. Por ello,

bajo cualquier procedimiento de reforma debemos tener en cuenta que si resulta demasiado simple, la Constitución quedará en manos de mayorías parlamentarias cambiantes o, si dificultamos el procedimiento a base de requisitos y mayorías, los cambios serán efectuados o bien solapadamente por medio de una mutación constitucional sin afectar la estabilidad política; o de manera violenta por una revolución o golpe de Estado afectando así las reglas del Estado de Derecho.

4. Los límites a la reforma constitucional

El poder de reforma constitucional, también conocido como poder constituyente constituido, está investido de ciertos criterios a tener en cuenta para poder ejercerlo sin violar las disposiciones constitucionales. Dichos procedimientos se convierten en los llamados límites formales. El Tribunal Constitucional nos dice que el poder de reforma constitucional: “(...) a diferencia de lo que ocurre con el poder constituyente, es un poder limitado. Mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, solo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes (no sería admisible un constituyente que destruya la voluntad del pueblo), el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución”⁷.

⁶ Cfr. Exp. N° 00014-2002-AI/TC.

⁷ Ídem.

La Constitución peruana no establece claramente unos límites materiales al procedimiento de reforma⁸. Sin embargo, ello no significa que no podamos descubrir entre sus disposiciones algunos de ellos; en ese sentido, el segundo párrafo del artículo 32 nos dice que: "(...) no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona (...)"⁹. Consideramos que este es un límite por tratarse de la afectación de los derechos fundamentales, al igual que tampoco es posible la afectación de los derechos si fuese a través de una reforma mediante la aprobación por mayoría calificada de dos legislaturas ordinarias del Congreso. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional nos dice que: "[l]a prohibición a la que se alude en el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, en principio, no está dirigida a limitar la competencia del Congreso de la República para realizar la reforma constitucional, sino a la posibilidad de que tales materias puedan someterse a referéndum"¹⁰. Debemos añadir que la interpretación de esta disposición no se circunscribe a los derechos fundamentales reconocidos en el segundo artículo constitucional, sino también a los no escritos formalmente, de acuerdo con la cláusula de apertura a los derechos recogida en el artículo 3 de la Carta de 1993, la cual explicaremos más adelante.

Sobre los límites a las enmiendas constitucionales, el Máximo Intérprete de la Constitución nos dice que: "(...) si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el Tribunal

Constitucional, tal como lo señala explícitamente el artículo 201 de la propia Constitución, el órgano de control de la Constitución, se encuentra legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente sobre la base del 'contenido fundamental' protegido implícitamente en la Constitución"¹¹.

En el Derecho comparado observamos otros límites al procedimiento de reforma; por ejemplo, la Constitución alemana no permite enmiendas que afecten su división territorial y tampoco al principio de cooperación entre los *Länder*¹². Asimismo, las Constituciones francesa e italiana impiden sustituir la forma republicana de gobierno¹³. Finalmente, la Constitución española dispone que no podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o durante la vigencia de alguno de los Estados de excepción¹⁴. Un límite a la reforma que, en la práctica, dudamos que el Parlamento español considere oportuno proponer durante una excepcional coyuntura política.

II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL N° 2001/2012-IC

La discusión en torno a la situación jurídico-política y futuro de la Carta de 1993 fue tratada por la Comisión de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, la cual consideró tres caminos. Primero: declarar la nulidad de la Carta de 1993 para retornar a la vigencia de la Constitución de 1979. Segundo: reformar la

8 Con relación al significado de los límites materiales, el Tribunal Constitucional peruano sostiene que ellos hacen referencia a los contenidos de la Constitución, es decir, "[c]on ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmutables a toda posibilidad de reforma"; cfr. Exp. N° 00014-2002-AI/TC.

9 En ese sentido, Bernaldes Ballesteros sostiene que se debió relacionar el artículo 32 con el procedimiento de reforma constitucional; véase: BERNALDES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución peruana de 1993. Análisis Comparado*. CIEDLA, Lima, 1996, p. 733; véase, además, el trabajo de DUMET DELFÍN, David. "El proceso de reforma de la Constitución de 1993 y sus límites". En: *Revista de Derecho*, Vol. 3, Universidad de Piura, 2002, pp. 55-75, en concreto, las páginas 63 a 66.

10 Véase el Exp. N° 00014-2002-AI/TC, f. j. 90.

11 Cfr. Exp. N° 00050-2004-AI/TC, f. j. 4.

12 Véase el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn.

13 Véase el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958 y el artículo 139 de la Constitución italiana de 1947.

14 Véase el artículo 169 de la Constitución española de 1978.

Constitución de 1 pos modernos y re vedosas y que fur del Pueblo—, así rechos humanos tican la estabilidad mente, la tercera convocar a un rel decida volver a la dar la elaboraciór

Las reacciones a tas, pero tuvo de co y otro jurídico presidencial del rique durante su Patrias (28 de ju necesidad de qui ca tome una pos cia declarada irr Constitucional y c to la Carta de 19 inconstitucionalid

El Tribunal Const tencia que al Cor ponsabilidad de finitiva, el proc democrática, así líticamente por e conveniente. Por que adopte las m ta para que antes parlamentario, en na de las posicio sión de Bases pa ción. Un encargo Proyecto de Ley del artículo 206 desea establecer enmienda total, tit titución de 1979.

III. EL CONTENIDO DE REFORMA

El Proyecto de L tado en el Congre

15 La acción de inconstitucionalidad de la Constitución peruana (documentos)

16 Véase el inciso (f)

Constitución de 1979, adaptándola a los tiempos modernos y reconociendo instituciones novedosas y que funcionan —como la Defensoría del Pueblo—, así como los tratados sobre derechos humanos y demás normas que garanticen la estabilidad política y jurídica. Y, finalmente, la tercera posibilidad que consiste en convocar a un referéndum para que el pueblo decida volver a la Carta de 1979 o encomendar la elaboración de una nueva Constitución.

Las reacciones al informe no fueron inmediatas, pero tuvo dos claros efectos, uno político y otro jurídico. El primero fue el discurso presidencial del Dr. Alejandro Toledo Manrique durante su mensaje anual de Fiestas Patrias (28 de julio de 2003), que recordó la necesidad de que el Congreso de la República tome una posición respecto a la sentencia declarada improcedente por el Tribunal Constitucional y que pretendía dejar sin efecto la Carta de 1993 mediante una acción de inconstitucionalidad¹⁵.

El Tribunal Constitucional resolvió en la sentencia que al Congreso le corresponde la responsabilidad de consolidar, de manera definitiva, el proceso de institucionalización democrática, así como la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente. Por ello, invoca al Congreso para que adopte las medidas concretas y lo exhorta para que antes del vencimiento del mandato parlamentario, en julio de 2006, opte por alguna de las posiciones planteadas por la Comisión de Bases para la Reforma de la Constitución. Un encargo que con la presentación del Proyecto de Ley de Reforma N° 2001/2012, del artículo 206 de la Constitución de 1993, desea establecer un procedimiento para su enmienda total, tomando como base la Constitución de 1979.

III. EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA

El Proyecto de Ley N° 2001/2012-IC presentado en el Congreso propone la enmienda del

artículo 206 de la Constitución de 1993, estableciendo un procedimiento para su reforma total, tomando como base la Constitución peruana de 1979; el cual fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el sábado 23 de marzo de 2013. En el proyecto se establece un nuevo y polémico procedimiento de reforma total a la Constitución de 1993, el cual analizaremos punto por punto, en las siguientes líneas.

1. Se modifica el procedimiento de reforma constitucional

Nos preguntamos si es viable modificar el procedimiento de reforma que estableció el constituyente; desde un punto de vista formal puede ser posible, pero en lo material sería burlar la finalidad de una Constitución rígida, es decir, evitar la flexibilización de los mecanismos de enmienda constitucional y que se atente contra la seguridad jurídica. Como sabemos, una Constitución rígida se caracteriza por tener un complejo procedimiento de reforma constitucional, que demanda un gran consenso parlamentario para evitar enmiendas inmaduras al texto de la Constitución. A diferencia del mencionado modelo rígido, el modelo británico es flexible, puede enmendarse por una ley ordinaria del Parlamento de Westminster, en razón del peso histórico, social y político de sus arraigadas tradiciones; al punto, que la única constitución flexible en el Derecho comparado es, precisamente, el constitucionalismo del Reino Unido. La modificación del artículo 206 por un procedimiento más cercano al flexible que al tradicionalmente rígido, implica a su vez que la reforma total de la Constitución se aprobaría por la mayoría del número legal de congresistas (65 votos)¹⁶, obviando una mayoría calificada; así como su confirmación mediante una consulta popular, o aprobada por dos legislaturas ordinarias sucesivas con una mayoría calificada, en cada caso, de dos tercios del número legal de parlamentarios (86 votos).

El artículo 206 de la Constitución de 1993 no imposibilita su reforma total; si lo concordamos

15 La acción de inconstitucional fue interpuesta por Alberto Borea Odria y más de cinco mil ciudadanos contra la Constitución peruana (denominada "documento") promulgada el 29 de diciembre de 1993, cuya validez fue objetada por los recurrentes.

16 Véase el inciso (f) del Proyecto de Ley N° 2001/2012-IC.

con el inciso (1) del artículo 32 podemos observar que la Carta de 1993 permite que puedan ser sometidas a referéndum "la reforma total y parcial de la Constitución"; en ese sentido, proponer una enmienda, precisamente, al artículo que regula el procedimiento de reforma constitucional no es muy saludable debido a que, si bien la Carta de 1993 no lo dice expresamente, nos encontramos con un núcleo duro de reforma implícito en toda Constitución; es decir, estaríamos afectando una norma que opera como una cláusula de garantía al texto constitucional con un procedimiento que demanda gran consenso político para establecer las reformas institucionales, que estaría peligrosamente convirtiendo a una Constitución de naturaleza y tradición rígida en una flexible, cuando ello no es parte de nuestra realidad política, jurídica y cultural en la historia de los textos constitucionales peruanos.

El inciso (e) del mismo proyecto de ley establece que "[c]onsolidado el texto de las reformas a la 'Constitución de 1979' (...), se declarará la nulidad de la denominada 'Constitución Política del Perú de 1993'; con lo cual el propósito de la reforma difiere del título del proyecto que dice establecer un procedimiento para la reforma total de la actual Constitución tomando como base para ello el texto de la Constitución de 1979"; en la realidad, retornando a la Constitución anterior, que no rige hace veinte años, para incorporar las instituciones que se aconsejen de la Carta Magna actual; y, luego, una vez culminada la transferencia, declarar su respectiva nulidad.

Si ese es el real sentido del proyecto, nos preguntamos si el procedimiento de reforma de la Constitución de 1993 puede aprobarse para modificar una Constitución que ha dejado de regir (1979) y, posteriormente, declarar nula la Constitución de 1993, que se ha deseado modificar gracias a una flexibilización de su propio procedimiento de reforma. En resumen, el proyecto revela el propósito de retornar a la Constitución de 1979, agregar las instituciones de la Carta Magna de 1993 que la mayoría parlamentaria considere oportunas, aprobarlas con solo 65 votos y luego declarar la nulidad de la actual Constitución.

2. El contenido de la reforma constitucional

El proyecto de ley de reforma establece unos planteamientos iniciales, así como límites que el Congreso deberá tener presente. El inciso (b) de la propuesta de modificación del artículo 206 establece que el preámbulo constitucional será respetado en su integridad, pero podría ser ampliado en la medida en que afirme los principios y valores nacionales, con lo cual es probable que el preámbulo original termine siendo el encabezado del que perteneciera a la Constitución de 1979, precisamente porque evocaba los principios que inspiran a la nación. El inciso (c) del mismo proyecto dispone, como ejemplo, que se deberán incorporar al texto las instituciones que fueron creadas en 1993 como la Defensoría del Pueblo y otras que ayuden al desarrollo democrático, social y económico del país. Sin embargo, ¿cómo se puede incorporar al texto constitucional las instituciones que forman parte de la misma Constitución? Nos referimos, precisamente, a la Defensoría del Pueblo, que fue reconocida en la Carta de 1993; al respecto, pensamos que el propósito es, precisamente, el inverso, que la institución de la Defensoría del Pueblo se desea trasladar a la Constitución de 1979, cuando el texto del proyecto de ley se aprobaría para, teóricamente, reformar la Constitución de 1993 y no la Carta Magna anterior que carece de vigencia.

En el inciso (d) del mismo proyecto se establece que el Congreso deberá establecer medidas transitorias para convalidar los efectos de los actos jurídicos que los particulares y entes públicos hayan desarrollado de acuerdo con el texto de la Constitución de 1993, en los que no se hubiesen cometido actos ilícitos y violatorios de los derechos humanos, disponiendo además que los actos desarrollados durante el proceso de reforma serán estimados jurídicamente conforme a dichas disposiciones. Sobre el particular, nos preguntamos ¿cuál será el futuro de las sentencias del Tribunal Constitucional y de sus precedentes vinculantes? Si la redacción del proyecto parece indicar que la Constitución que se desea reformar es la Carta de 1979, además de

la inconstitucional se estaría afectando debe brindar el mente porque entre ambas Corte a las disposiciones económica que permitía la actividad económica establece en su expresa el Estable subsidiariamente

Finalmente, el que el Congreso incorporar la reelección, desconocer de como tampoco republicano, demócrata la primera que no llegará a las demás son obede es mantener la instaurar una dicta

3. El orden de la ducto

A diferencia de lo exactas, la estrategia la Constitución desde la Carta Magna lo que se considera, sino desde tal de 1993, precisamente reformar su propio reconocido en frecuencia, el proceso se desde la Constitución cual se le pueden modificar algunas do por la Carta Magna lado, el Congreso tuyentes para de cional, toda vez para enmendarla, solo puede obrar te constituido; es de una reforma constituyente constitución y se encuent

la inconstitucionalidad de dicha disposición, se estaría afectando la seguridad jurídica que debe brindar el Estado peruano, especialmente porque existen notables diferencias entre ambas Constituciones en lo referente a las disposiciones de la llamada Constitución económica. La Constitución de 1979, que permitía la participación del Estado en la actividad económica, y la Carta de 1993 que establece en su artículo 60, que solo por ley expresa el Estado peruano puede realizar subsidiariamente actividad empresarial.

Finalmente, el inciso (i) del proyecto establece que el Congreso de la República no podría incorporar la reelección presidencial inmediata, desconocer derechos fundamentales, así como tampoco realizar cambios al régimen republicano, democrático y representativo; salvo la primera prohibición, la cual —creemos— que no llegará a aprobarse si fuese planteada; las demás son obviedades si lo que se pretende es mantener un orden constitucional y no instaurar una dictadura.

3. El orden de los factores sí altera el producto

A diferencia de lo que ocurre con las ciencias exactas, la estrategia para reformar totalmente la Constitución de 1993 no puede realizarse desde la Carta Magna de 1979, incorporando lo que se considere mejor de la actual Constitución, sino desde la propia Norma Fundamental de 1993, precisamente, porque se desea reformar su propio procedimiento de enmienda reconocido en el artículo 206. En consecuencia, el proceso de reforma debe efectuarse desde la Constitución vigente (1993), a la cual se le pueden incorporar instituciones (o ... modificar algunas) en función de lo establecido por la Carta de 1979, no al revés; por otro lado, el Congreso carece de poderes constituyentes para declarar nulo el texto constitucional, toda vez que solo tiene competencia para enmendarla, total o parcialmente, ya que solo puede obrar como un poder constituyente constituido; es decir, para el caso concreto de una reforma constitucional, el poder constituyente constituido es limitable por definición y se encuentra sujeto a las condiciones y

procedimientos que fije la propia Constitución que se ha de reformar.

4. La opción de convocar una nueva Asamblea Constituyente

El proyecto de ley que analizamos establece un plazo fijo de un año a partir de la promulgación de la norma para que el Congreso cumpla con realizar el procedimiento de reforma constitucional, pero el inciso (h) añade que el Presidente de la República tendrá siete días para promulgar el texto de reforma a la Constitución de 1979, cuando la Carta Magna a reformar es la Constitución vigente (1993); lo cual es inconstitucional, pues no se puede modificar la Constitución de 1979, dado que no tiene vigencia. Antes se debería retornar a ella formalmente para luego plantear las reformas de acuerdo con su propio procedimiento.

El proyecto añade en su último inciso que, si concluido el plazo de un año para la reforma de la Constitución de 1979 (el legislador vuelve a cometer sistemáticamente el mismo error, debería referirse a la Carta de 1993), el Presidente de la República convocará una Asamblea Constituyente derivada y especial, de cien miembros elegidos por sufragio único, para que en el mismo plazo de un año procedan a enmendar la Constitución, conforme dispone el contenido del mismo proyecto de ley; disponiendo, además, que el Congreso quedaría en suspenso en su facultad de enmendar la Constitución. Sobre este inciso del proyecto, solo dos cuestiones adicionales, en primer lugar, la convocatoria del poder constituyente no está llamada a reformar una Constitución, sino a elaborar un nuevo texto constitucional, el cual debería someterse a consulta popular para su aprobación; el proyecto no dice nada al respecto; en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, el proyecto confunde las funciones del poder constituyente y la convocatoria de una asamblea para elaborar una nueva Constitución con la real facultad del Congreso de ser el órgano previsto para realizar una reforma constitucional (poder constituyente constituido).

Finalmente, si bien es cierto que los detractores de la Constitución de 1993 recuerdan que

la Carta Magna de 1979 disponía que esta no pierde su validez y vigencia por actos de fuerza, o que no se sustenten en la soberanía del pueblo¹⁷; en principio, desde un punto de vista constitucional, retornar a la Carta de 1979 sería lo consecuente de acuerdo con la historia, la política y el Derecho Constitucional; pero también es cierto que no ha existido consenso parlamentario para tomar esa decisión y, durante el tiempo de indecisión política,

la Constitución de 1993 ha adquirido una legitimidad de ejercicio gracias a las elecciones periódicas de las instituciones políticas (Gobierno, Parlamento, regiones, municipios, diversas consultas populares, etc.). Y a la continuidad democrática, hasta consolidarse como la Constitución peruana con el mayor desarrollo jurisprudencial en la historia de la República, lo que equivale a decir que se trata de una Constitución viviente.

17 El artículo 307 de la Carta de 1979 disponía lo siguiente: "Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En esta eventualidad todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia".

INTRODUCCIÓN

En el 2011 la empresa multar multas ante Datos Española (millones de euros (datos personales de los afectados, realizadas por la i que las bases de información del 7 la. Quizás, el eje tro país lo encont donde existe una i información perso ca desde el nombr cia, e incluso histo

El viernes 22 de el esperado Reg de Protección de

* Abogado por la B Washington. Socie