

Poder y Constitución: la argumentación de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y sus problemas*

Power and Constitution: The Argumentation of the Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments in the Peruvian Constitutional Tribunal Case-Law and Its Problems

TRILCE VALDIVIA AGUILAR**

Universidad Católica San Pablo (Perú)

JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO***

Universidad Católica San Pablo (Perú)

Resumen: Este trabajo tiene el propósito de esclarecer y valorar críticamente la argumentación jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto de la doctrina de las «reformas constitucionales inconstitucionales». Desde una perspectiva principalmente constitucional, aunque complementariamente filosófico-jurídica, se defenderá la tesis de que el alto Tribunal mantiene básicamente una concepción sustancialista o valorativa de la Constitución —donde las reformas constitucionales están sujetas no solo a límites institucionales, sino también a límites materiales—, evidenciándose además que dicha concepción implícita, no obstante su plausibilidad, adolece de desequilibrios importantes que resulta necesario corregir.

Palabras clave: Tribunal Constitucional peruano, argumentación jurisprudencial, concepción de la Constitución, reformas constitucionales inconstitucionales, identidad constitucional

Abstract: This work has the purpose of clarifying and critically evaluating the doctrine of «unconstitutional constitutional amendments» of the Peruvian Constitutional Tribunal. From a mainly constitutional perspective, although complimented with a legal philosophy approach, this work defends that the

* Este artículo ha sido financiado como parte del trabajo del grupo de investigación Filosofía del Derecho y Razonamiento Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Los autores agradecen el apoyo de la profesora Stephany Cerpa Talavera para su culminación y, especialmente, los significativos aportes y críticas de los árbitros anónimos de la revista, de los que este trabajo se ha beneficiado.

** Profesora de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de la Universidad Católica San Pablo (Perú). Máster of Laws en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Northwestern (Estados Unidos).

Código ORCID: 0000-0002-6842-1632. Correo electrónico: tvaldivia@ucsp.edu.pe

*** Profesor de Filosofía del Derecho y de Argumentación Jurídica de la Universidad Católica San Pablo. Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España).

Código ORCID: 0000-0002-1121-8983. Correo electrónico: jchavezfernandez@ucsp.edu.pe

Constitutional Tribunal basically maintains a substantialist or value-based conception of the Constitution—where constitutional amendments are subject not only to institutional limits, but also to material limits. It is also evident that this implicit conception, despite its plausibility, suffers from important imbalances that need to be corrected.

Keywords: Peruvian Constitutional Court, jurisprudential argumentation, conception of the Constitution, unconstitutional constitutional reform, constitutional identity

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. UNA BREVE MIRADA AL PROCEDIMIENTO PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN.- III. LA DOCTRINA DE LAS «ENMIENDAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC.- IV. UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LAS «REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» DEL TC PERUANO.- IV.1. SOBRE LA VIABILIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL O «METACONTROL» DE CONSTITUCIONALIDAD.- IV.2. SOBRE EL ROL DEL TC COMO COMISIONADO DE UN PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO DE PODERES ILIMITADOS.- IV.3. SOBRE LA «IDENTIDAD CONSTITUCIONAL» Y EL CONTROL DE LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL.- V. COLOFÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En sus casi treinta años de existencia, el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, TC o Tribunal) parece haberse tomado en serio su rol de guardián de la Constitución. Un buen ejemplo es su ejercicio del control de las reformas constitucionales y el desarrollo de criterios para determinar cuándo una reforma constitucional es formal o materialmente inconstitucional¹. El camino ha sido complejo. El TC ha abordado temas que van desde la búsqueda de la declaración de inconstitucionalidad de toda la Constitución de 1993 (en adelante, Constitución o CP) hasta los intentos legislativos de reformarla integralmente mediante la modificación de sus cláusulas de cambio constitucional. Este trabajo tiene el propósito de esclarecer y valorar críticamente la argumentación del TC respecto de la doctrina de las «reformas constitucionales inconstitucionales», y de proponer algunos elementos básicos para el esclarecimiento tanto de lo que se conoce como «identidad constitucional» como de los límites materiales para la reforma de la Constitución.

Con ese objetivo, asumiremos principalmente una perspectiva propia del derecho constitucional; aunque, por la naturaleza del tópico, será necesario también un abordaje filosófico-jurídico complementario. El

¹ El TC peruano no marcha aisladamente en este asunto. Véase Donaire (2021, p. 36) o Altavilla (2022, pp. 495 y ss).

itinerario será el siguiente. Primero (II), elaboraremos una breve síntesis de cómo opera el procedimiento de reforma constitucional. Segundo (III), reseñaremos la jurisprudencia relevante del TC respecto de la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales. Tercero (IV), ofreceremos un análisis crítico de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales del TC, y propondremos algunos elementos básicos para el esclarecimiento de la identidad constitucional y de los límites materiales para la reforma constitucional. Por último, finalizaremos con un breve colofón (V).

II. UNA BREVE MIRADA AL PROCEDIMIENTO PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

En este acápite ensayaremos un análisis sistemático de las cláusulas de reforma de la Constitución de 1993: los artículos 206 y 32². El primero señala:

Toda reforma constitucional debe ser aprobada con mayoría absoluta del número legal de miembros de cada cámara, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo de cada cámara se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros de cada cámara. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República.

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

Mientras que el artículo 32 establece:

Pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

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

Albert (2017) ha elaborado una tipología de las cláusulas de reforma constitucional desde la perspectiva del derecho comparado que parece

2 Este es el texto del artículo modificado por parte del Congreso de la República mediante la Ley 31988, que restablece la bicameralidad en el Congreso de la República del Perú.

exhaustiva (p. 91)³. En su opinión, las cláusulas de reforma pueden catalogarse como: a) marco comprensivo de vía única, b) marco comprensivo de vía múltiple, c) marco restringido de vía única, d) marco restringido de vía múltiple, e) marco excepcional de vía única y f) marco excepcional de vía múltiple. El modelo peruano sería uno comprensivo de vía múltiple, dado que establece más de un camino para enmendar la Constitución. El artículo 206 CP señala que distintos agentes pueden presentar proyectos de reforma constitucional, aunque estos pueden ser aprobados exclusivamente vía procedimiento legislativo o combinando esta vía con una posterior aprobación por referéndum.

Asimismo, desde una interpretación literal de las disposiciones, se puede inferir algunas conclusiones. Primero, que la Constitución prevé la posibilidad de ser reformada total o parcialmente. Segundo, que la facultad de proponer un proyecto de reforma constitucional se limita al presidente de la república, al Poder Legislativo y a un porcentaje mínimo de la población votante (0,3 %). Tercero, que —como todo proyecto de ley— un proyecto de reforma constitucional debe ser examinado y aprobado por el Congreso, y que no se puede someter un proyecto de reforma constitucional a votación directa por referéndum. Cuarto, que un proyecto de reforma constitucional está sujeto a dos rondas de aprobación consecutivas. En primera vuelta, es aprobado si obtiene la mayoría absoluta de votos en cada cámara; mientras que, si obtiene la mayoría absoluta sin alcanzar los dos tercios de los votos de cada cámara, se requiere del referéndum para su aprobación definitiva. En cambio, el referéndum no es necesario si alcanza los dos tercios votos en cada cámara, y el proyecto puede ser aprobado mediante una segunda y última ronda de votación en el Congreso que alcance las dos terceras partes del número legal de representantes de cada cámara. Y, quinto, que la ley de reforma constitucional aprobada no puede ser objetada por el presidente de la república.

La reforma constitucional ha sido objeto de la preocupación de los legisladores del último quinquenio (2021-2026), quienes han precisado los alcances de la llamada reforma total mediante la Ley 31399, donde definieron los alcances de los artículos 40 y 44 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. Hasta antes de la emisión de esta norma, los órganos electorales —como la Oficina Nacional de Procesos Electoral y el Jurado Nacional de Elecciones— entendían que un grupo de ciudadanos podía recolectar firmas equivalentes al 10 % del padrón electoral a fin de solicitar directamente un referéndum para la reforma total de la Constitución a través de la convocatoria a una asamblea constituyente⁴. Con esta norma, el Congreso precisó

3 Una síntesis de las diferentes clasificaciones presentadas por la doctrina —entre otras, las de Elster y Lipjhart— puede encontrarse en Doyle (2020, pp. 45-60).

4 Para una opinión sobre este actuar, véase Castillo (2021).

13

que no está permitido el sometimiento a referéndum de las materias establecidas por el artículo 32 CP ni de aquellas reformas que se tramiten por fuera del procedimiento establecido en el artículo 206 CP. Para un sector de la doctrina, la limitación del referéndum para la reforma total vulneraría el derecho fundamental a la participación ciudadana⁵. Otros, en cambio, consideran que el debate congresal es un límite necesario⁶. En el contexto de este debate, el Poder Ejecutivo planteó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley 31399. En este proceso, el TC aclaró que una iniciativa de reforma total de la Constitución debe ser presentada, primero, ante el Congreso para que delibere y proponga un nuevo texto constitucional que, de ser aprobado, sería sometido a referéndum, ratificando así la constitucionalidad de la Ley 31399 (*Poder Ejecutivo c. Congreso de la República*, 2022)⁷.

En ese sentido, puede catalogarse a la Constitución como «rígida» (Bryce, 1988, p. 78)⁸, ya que establece un proceso de mayorías calificadas para su reforma, diferente al de las leyes ordinarias. En su sentencia sobre la inconstitucionalidad de la cuarta legislatura, el TC afirmó que la decisión del poder constituyente derivado de reformar la Constitución debe desarrollarse «sin apresuramientos, dentro de un tiempo razonable que contribuya a la necesaria reflexión y a un mejor estudio sobre la propuesta de modificación constitucional, incluso por parte de la ciudadanía» (*Colegio de Abogados de Ayacucho, El Santa y Lambayeque c. Congreso de la República del Perú*, 2021), lo que no siempre puede lograrse plenamente durante un proceso de referéndum (LeDuc, 2015, pp. 139-148), puesto que este procedimiento tiende a oscurecer la opinión de estas minorías (De Paz González & Amador Magaña, 2017, p. 102). Además, el recurso al referéndum ha sido un argumento

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

- 5 En opinión de Eguiguren (2018), a partir de una interpretación *pro homine* del artículo 32, se podría concluir que el referéndum en sí mismo constituye un medio para la aprobación de una reforma constitucional, ya que potencia el ejercicio del derecho a la participación política (pp. 253-254). Entonces, la convocatoria a referéndum sería una nueva forma de promover la aprobación expresa de un proyecto de reforma constitucional que no necesita ser aprobado previamente por el Congreso. A su juicio, pensar lo contrario daría lugar a una interpretación restrictiva en la aplicación del proceso de referéndum y los derechos a la participación política, ya que la convocatoria a referéndum sería obligatoria solo si los votos en el Congreso no alcanzan los ochenta y siete. A su modo de ver, debe preferirse una interpretación que apoye un ejercicio más amplio del derecho a la participación política, así como el reconocimiento de la voluntad del pueblo como verdadero poder constituyente.
- 6 Wieland (2023a) afirma que, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, el referéndum para la reforma de la CP previsto en el artículo 32 procede «de conformidad con» el artículo 206, lo que significa que la aprobación previa del Congreso es ineludible (pp. 216-222). En consecuencia, el recurso a un referéndum puede ser doble. En el primer escenario, es obligatorio cuando el Congreso ha aprobado un proyecto de reforma con menos de ochenta y siete votos. En el segundo escenario, la etapa propia de la convocatoria a referéndum comienza luego de la ratificación parlamentaria en dos legislaturas sucesivas. En otras palabras, aunque la aprobación por parte del Congreso es un paso requerido en caso de que la población no esté de acuerdo con el Congreso, es probable que convoque a un referéndum para manifestar esta insatisfacción.
- 7 Wieland (2023b) discrepa de la sentencia del TC, pues considera que se afecta el contenido protegido del derecho a la participación para el caso del referéndum legislativo, no así para el caso del referéndum ratificador de reforma constitucional.
- 8 Sin embargo, otros autores podrían considerar que la Constitución es fácil de modificar, ya que acepta para su modificación una reforma aprobada por la mayoría absoluta del Congreso en dos sesiones legislativas sucesivas.

recurrente de gobiernos dictatoriales en defensa de los mecanismos de democracia directa (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023) con el fin de someter el poder público a las mayorías, muchas veces guiadas por emociones de corte populista⁹. Es preciso recordar que el debate congresal de un proyecto de reforma constitucional está diseñado para asegurar un grado mínimo de discusión razonable sobre la conveniencia de la reforma, así como la participación de las distintas facciones de la sociedad peruana. Por el contrario, el procedimiento de referéndum no está diseñado para asegurar la participación informada de un gran número de votantes —al menos más del 50 % del padrón electoral— ni para darles tiempo suficiente para evaluar la idoneidad de las reformas. Lo que resulta más delicado: el recurso directo a un referéndum sin previo debate congresal podría ser utilizado como un arma por los gobiernos populistas o demagógicos para eludir la autoridad del Congreso y secuestrar el proceso democrático.

En nuestra opinión, las precisiones a la interpretación de los artículos 206 y 32 CP por parte del TC no resultaban necesarias. Quedaba claro del artículo 39, literal a) de la Ley de Participación que toda reforma constitucional debía ser aprobada por el Congreso y no exclusivamente por referéndum. No obstante, consideramos que el TC actuó frente al riesgo de un Ejecutivo que buscara modificar los límites del mandato presidencial de la Constitución a través de una reforma constitucional, valiéndose de la recolección de firmas para convocar a un referéndum ratificatorio sin previo debate congresal. Si bien el Poder Legislativo no es el principal guardián de la Constitución, debe operar como un freno para que el Ejecutivo no pueda alterar el sistema democrático.

En el modelo peruano, el Poder Ejecutivo tiene una participación limitada en el proceso de reforma constitucional. Según el artículo 206 CP, el presidente tiene iniciativa de reforma constitucional, pero no puede vetar dicha ley una vez que haya sido aprobada por el Congreso o ratificada por referéndum. Y si bien podría argumentarse que el veto a una reforma constitucional sería una expresión de su deber de proteger y hacer cumplir la Constitución (art. 102, num. 2), ello implicaría que en nuestro sistema el principal guardián de la Constitución es el presidente, lo que es contrario al modelo peruano, donde el guardián de la Constitución es el TC, que ha precisado que el presidente no tiene participación en el proceso de aprobación de una reforma constitucional. Ese poder solo corresponde al Poder Legislativo y al pueblo (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993*, 2003, § 85). En consecuencia, si el Ejecutivo considera que la enmienda

⁹ Como se aprecia en los trabajos de David Landau (2013), es precisamente este fenómeno el que la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales busca frenar (pp. 189-260). Por supuesto, la doctrina puede usarse también en un sentido contrario. Sobre este particular, véase el caso de Indonesia en Nugraha (2023, pp. 379-404).

15

constitucional aprobada resulta inconstitucional, solo le queda plantear contra la misma una acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, aun cuando se acepte que el Congreso debe examinar y aprobar previamente cualquier propuesta de reforma constitucional, quedan dudas sobre los límites de sus facultades toda vez que, así como el Legislativo debe frenar a un Ejecutivo con talante antidemocrático, el mismo rol corresponde al Ejecutivo frente a un Congreso de talante semejante. ¿Cuenta el Ejecutivo con una herramienta de contrapeso para controlar al Congreso en materia de reforma constitucional? Durante el proceso de reforma de 2018, el Ejecutivo persuadió a la población para no ratificar la reforma de retorno a la bicameralidad bajo el argumento de la desnaturalización del proyecto original enviado por dicho poder por parte del Legislativo. Otra herramienta del Ejecutivo a fin de limitar el poder constituyente derivado en manos del Congreso sería el recurso a la cuestión de confianza; sin embargo, con la promulgación de la Ley 31355 se prohibió presentar cuestiones de confianza respecto de proyectos de reformas constitucionales, las que serían declaradas improcedentes por el Legislativo¹⁰. Esta opinión es compartida por la Comisión de Venecia, la que, consultada por el presidente de la Mesa Directiva del Congreso, afirmó:

[t]odas las restricciones de tiempo rígidas, en particular el debate parlamentario bajo la amenaza de una cuestión de confianza, deben evitarse para las enmiendas constitucionales, ya que reducen las posibilidades de lograr un amplio consenso entre las fuerzas políticas y por involucrar a la sociedad civil en el proceso de reforma constitucional (*Opinión sobre la vinculación de las enmiendas constitucionales a la cuestión de la confianza*, 2019, § 32).

El TC también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la materia (*Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón c. Poder Ejecutivo*, 2020, § 77), expresando que no toda moción de confianza frente a un proyecto de reforma constitucional debe reputarse *prima facie* como inconstitucional. Una moción de confianza sería manifiestamente inconstitucional solo si impulsa reformas constitucionales contra el núcleo duro de la Constitución o cuando amenaza al Congreso con obtener los votos necesarios para ratificar un proyecto de reforma constitucional en dos legislaturas consecutivas. En nuestra opinión, el TC subestimó los riesgos de una moción de confianza utilizada para obligar al Congreso a aprobar un proyecto de reforma constitucional. Al parecer, el Tribunal partió de la premisa de que el pueblo no puede

10 La Ley 31355 fue cuestionada en su constitucionalidad por el Poder Ejecutivo; no obstante, no se obtuvo los cinco votos necesarios para declarar su inconstitucionalidad, por lo que continúa vigente (*Poder Ejecutivo c. Congreso de la República del Perú*, 2022). Asimismo, el TC volvió a pronunciarse sobre el tema sin cuestionar la constitucionalidad de la Ley 31355 en *Congreso de la República del Perú c. Poder Ejecutivo* (2023).

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

ser manipulado ni desinformado por el Ejecutivo para ratificar una ley de reforma constitucional.

III. LA DOCTRINA DE LAS «ENMIENDAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹¹

Antes de exponer y problematizar los principales criterios interpretativos esbozados por el TC para justificar su competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, daremos cuenta —sintética y descriptivamente— de la conceptualización que presenta la doctrina de los principales términos en juego.

Albert (2019b) ha propuesto distinguir entre una enmienda constitucional y un desmembramiento constitucional. La primera modificaría la constitución, manteniendo su coherencia interna. El segundo supondría una ruptura con los compromisos centrales de la constitución. Mientras que una enmienda constitucional «continúa el proyecto constitucional iniciado en su momento fundacional» (p. 79), el desmembramiento altera este proyecto. Para Albert, dichos desmembramientos pueden ser objeto de control constitucional a través de la doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales (p. 217). Dado que el pueblo sería el titular del poder constituyente, creador de la constitución, y ha instituido los poderes constituidos llamados a actuar en consistencia con los principios de la constitución, un acto judicial se justificaría si salvaguarda el pacto original del pueblo.

Por otro lado, Roznai (2017a), a partir de un estudio comparativo de la jurisprudencia de diferentes cortes constitucionales, concluye que los poderes de enmienda serían de tipo secundario; es decir, un poder delegado por los redactores —aquellos que ejercen el poder constituyente primario— a los constituidos (p. 46). En consecuencia, estos poderes estarían sujetos a limitaciones que pueden ser sustanciales (materiales) o procedimentales (formales). A su juicio, las limitaciones de carácter material pueden ser explícitas o implícitas. Entre los límites implícitos estarían los rasgos de identidad de la constitución, aquellos que componen su estructura básica. Citando a la Corte Suprema de la India, da cuenta de esta doctrina según la cual el Parlamento tiene un poder limitado para aprobar enmiendas constitucionales, pues si pudiera alterar la estructura básica y la identidad de la Constitución, se convertiría en la autoridad suprema en reemplazo de la Constitución.

Por su parte, Ragone (2020) propone cuatro criterios para clarificar esta doctrina en la jurisprudencia de tribunales constitucionales. Se trataría

¹¹ Una versión preliminar y significativamente menor de este acápite ha sido publicada como capítulo en Valdivia Aguilar (2022, pp. 161-174).

17

de determinar: a) el carácter codificado o reivindicado del control constitucional de la reforma constitucional, b) la naturaleza sustancial o meramente formal de los vicios evaluables, c) el carácter preventivo o *a posteriori* del control constitucional de la reforma constitucional, y d) la existencia o no de cláusulas pétreas (p. 88).

Por otro lado, Landau y Dixon (2015) advierten sobre los posibles excesos que ocasionaría el uso desproporcionado de esta doctrina por parte de los tribunales constitucionales. En su estudio de diversas jurisdicciones observan que es empleada por tribunales de manera innecesaria frente a cambios constitucionales que no suponen amenaza alguna al orden democrático. En su opinión, el recurso a esta doctrina para invalidar una reforma constitucional debe estar acotado a cambios constitucionales que, vistos a detalle en un contexto histórico concreto, supongan una amenaza al orden democrático. Para ello, el juez constitucional deberá conocer muy bien el régimen político constitucional, su diseño e historia, pero será también relevante el recurso al constitucionalismo transnacional a fin de identificar ciertos valores clave para el orden democrático, así como las amenazas más graves a los mismos.

A partir de los conceptos antes señalados, realizaremos un intento de sistematización de los rasgos característicos de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales del TC. Hemos identificado los siguientes: a) un control *praeter legem*, b) un control reivindicado, c) un control *a posteriori*, d) un control sobre la reforma parcial de la Constitución, e) un control sobre disposiciones constitucionales originarias, f) un control sobre límites formales y materiales difusos, g) un control de reformas constitucionales aprobadas por referéndum, y h) un control estricto en teoría y débil en los hechos.

Primero, el control sobre la constitucionalidad de la reforma constitucional es de carácter *praeter legem*. La Constitución no establece ninguna disposición expresa que autorice al TC a realizarlo. No contiene tampoco una «cláusula de eternidad», si por ella entendemos la clásica disposición inmodificable, como el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania¹². No obstante, una interpretación sistemática de los artículos 206 y 32 CP nos lleva a una conclusión diferente. Como afirma Roznai (2017a), las cláusulas de eternidad reflejan la idea de que ciertos asuntos constitucionales deben ser protegidos contra su alteración (pp. 17-21). Por tanto, prohíben al titular de la competencia ejercer la reforma respecto de determinadas materias, sean principios o instituciones.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

12 «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en Lander, o el principio de la participaci3n de los Lander en la legislaci3n, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

A juicio del TC, el artículo 32 CP¹³ es un límite explícito a las reformas constitucionales y, como tal, constriñe el proceso de reforma no solo cuando requiere referéndum, sino también cuando es consecuencia de una aprobación legislativa (*Colegio de Abogados del Cusco c. Congreso de la República del Perú*, 2002, §§ 92 y 94). Esta interpretación encontraría su justificación en el hecho de que el Congreso es un poder constituido, por lo que sus actividades están limitadas por los derechos fundamentales (en adelante, DD. FF) reconocidos en la Constitución, los que forman el plexo de valores o bienes materiales que legitiman el sistema en su conjunto¹⁴. Además, porque el Congreso no puede suprimir un derecho fundamental, sino solo regularlo respetando su contenido esencial. En ese sentido, la prohibición de la convocatoria a referéndum para abolir o cercenar DD. FF. refleja el espíritu *pro homine* de la Constitución y es aplicable a todo el Estado¹⁵. Sin embargo, no todas las materias prohibidas de ser sometidas a referéndum conforme al artículo 32 CP, como es el caso de las normas tributarias y presupuestales, o de los tratados internacionales vigentes, resultan también indisponibles para el constituyente derivado, pues tienen una naturaleza distinta a la de los DD. FF. reconocidos. Prohibir el sometimiento de estas materias a referéndum no significa necesariamente que el constituyente pretendiera protegerlas sustancialmente de toda alteración, como en el caso de los DD. FF.; antes bien, la razón podría radicar en la inconveniencia de dejar estos temas gravosos al voto popular. ¿Ratificaría el ciudadano de a pie la creación de nuevos impuestos? ¿Será plenamente consciente de las implicaciones de firmar un tratado internacional muy específico? Quizás, no. Por lo tanto, a nuestro juicio, el constituyente habría anticipado simplemente los efectos perniciosos de someter a referéndum la regulación de tales asuntos¹⁶.

Segundo, el control sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional es reivindicado. Recordemos que el primer caso en el que el TC se declaró competente para revisar reformas constitucionales fue el recurso contra la Ley 27600, de reforma total de la Constitución de 1993. Mediante esta, el Congreso autorizó a la Comisión de Constitución a presentar un proyecto de ley para la reforma total de la Constitución, que tras su aprobación en el Congreso sería sometido a referéndum. Esta ley no fue en sí misma una reforma constitucional, pero estableció un

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

14 Véase Cianciardo (2008, pp. 19-39).

15 El artículo 1 de la Constitución peruana establece: «La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

16 En el *Diario de Debates de la Constitución de 1993* quedó claro para la mayoría de constituyentes que eran los DD. FF. los que no debían ser sujetos a votación por referéndum, no así el caso de las normas tributarias o presupuestales, lo que fue objeto de controversia. Véase *Debate Constitucional Pleno 1993* (2011).

19

procedimiento especial para la reforma de la Constitución peruana¹⁷. El TC interpretó el artículo 200 en el sentido de permitir no solo la revisión de constitucionalidad de las leyes generales, sino también la de los actos de reforma constitucional, a pesar de que el artículo no los menciona, reivindicando para sí dicha competencia. Para el TC, las leyes de reforma constitucional deben tener una consideración análoga a las leyes generales, aunque requieren un procedimiento calificado para su aprobación¹⁸. La razón estaría en que tanto las leyes generales como los actos de reforma constitucional son creados por un poder constituido comparable al poder de aprobar leyes generales (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, 2003, §§ 35 y 74*).

Tercero, es un control que se ejerce luego de que la reforma es aprobada por el poder constituyente derivado —para el caso peruano, el Congreso o el pueblo mediante referéndum—, pues en el constitucionalismo peruano no se regula un control preventivo de constitucionalidad. Molina (2023) ha descrito algunas de las ventajas que dicho control supondría, tales como evitar los efectos traumáticos de la anulación de una ley o, para este caso, los aún mayores de una reforma constitucional; así como evitar posibles afectaciones a los DD. FF. provenientes de la entrada en vigencia de una ley inconstitucional (p. 196). No obstante, el modelo presenta también desventajas, como el retardo de los procedimientos legislativos y la tolerancia a ciertos efectos inconstitucionales de las leyes, dado que una vez sometida a control preventivo, una ley no podría ser cuestionada nuevamente. En todo caso, a su juicio, un modelo ideal combinaría el control previo con el control *a posteriori*.

Cuarto, se trata de un control que se extiende sobre las reformas parciales, pero no sobre la reforma total de la Constitución. Para el TC, «una reforma constitucional es siempre parcial» (§ 79), ya que es producto del poder constituyente derivado, por lo que en su producción se debe asegurar la identidad y continuidad de la Constitución toda. Sin embargo, una reforma constitucional puede ser total si esa es la voluntad del poder constituyente originario. La Constitución por sí sola no podría prohibir la actuación de dicho poder originario, el que habría sido constitucionalizado al ser reconocido expresamente en los

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

17 Nótese que la Constitución Política del Perú no consagra la cláusula de reforma frente a las reformas ordinarias.

18 En diferentes composiciones del TC algunos magistrados han manifestado opiniones distintas. Por ejemplo, en su voto singular en la sentencia del caso sobre la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de prohibición de reelección de alcaldes, y luego en el caso de la reforma constitucional de la Junta Nacional de Justicia, el magistrado Sardón de Taboada votó por declarar improcedente la demanda, pues hacer a las leyes de reforma constitucional objeto del control constitucional implica para él un exceso en el ejercicio de las funciones del TC. Por su parte, el magistrado Gutiérrez Ticse, en su voto individual en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la reforma que prohíbe la reelección de congresistas, consideró que al TC le corresponde solo un control de los límites formales de la reforma.

artículos 32¹⁹ y 45 CP (§ 132)²⁰; sin embargo, no regula sus límites. El hecho de que se pueda votar en referéndum la reforma total de la Constitución no significaría que este sea el único medio para lograr un cambio constitucional total; sino que, dado que es el pueblo el llamado a establecer un orden constitucional, dicho artículo implicaría un reconocimiento por vía institucional a cierto derecho a la revolución (§ 118). En consecuencia, la actividad constituyente es libre y soberana, y como tal no está sujeta a límite procesal alguno, salvo que el poder constituyente originario establezca esos límites (§ 103)²¹. El poder constituyente sería único, extraordinario e ilimitado. Único en el sentido de que ningún otro poder o institución puede, en términos estrictos, desempeñar sus funciones. Extraordinario en tanto sus responsabilidades no son permanentes, sino históricamente excepcionales. Ilimitado, en el sentido de que tiene pleno ejercicio de poderes, sin más límites que los «valores sociales dominantes» (§ 60). En reciente jurisprudencia el TC ha distinguido entre el poder constituyente originario fundacional y el refundacional, otorgándole al segundo el poder de «transformar las bases mismas del sistema político fuera de los mecanismos estipulados por la Constitución» (*Poder Ejecutivo c. Congreso de la República*, 2022, § 30).

El TC ha reconocido su incompetencia para la revisión de reformas totales a la Constitución. En el caso *Inconstitucionalidad de la Constitución de 1993* lo declaró así, aunque no cerró la puerta a la revisión de algunas disposiciones (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993*, 2003, § 22)²². En este caso, el TC rechazó la revisión total en aplicación del artículo 200:

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Para el TC, la Constitución no es una ley ni ha sido aprobada por los medios ordinarios que promulgan las leyes, por lo que no puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad (§ 24).

Uno de los argumentos de los demandantes afirmaba que la Constitución de 1993 no era, en puridad, una constitución, sino un documento

19 Artículo 32: «Pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución».

20 El artículo 45 proclama: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen».

21 En la clasificación propuesta por Richard Albert (2014) sobre la reforma y revisión en las constituciones democráticas, la Constitución peruana se aproxima a las constituciones de Austria, Costa Rica, España y Suiza en el sentido de que «reconoce expresamente tanto la reforma como la revisión, y afianza la distinción» (p. 931).

22 Esta no es una práctica solitaria en el constitucionalismo latinoamericano. En 2015, la Corte Suprema de Justicia de Honduras declaró inconstitucional el artículo 239 de su Constitución. La disposición regulaba el límite del mandato presidencial. Sobre el particular, véase Landau (2019).

espurio. Recordaba que el artículo 307 de la Constitución de 1979 establecía que esta no perdía su vigencia si era modificada por medios diferentes a los que ella regulaba. Además, alegaron que la de 1993 carecía de legitimidad, dado que su ratificación no fue aprobada ni si quiera por el 50 % de la población votante (§ 7). Curiosamente, el TC valoró que a pesar de que los medios para instituir la Constitución de 1993 habían sido perversos (§ 6)²³, esta no se desligaba por completo de un sistema material de valores (§ 13).

El TC resaltó que la cuestión relevante en este caso no era la legitimidad política de la Constitución, sino su validez jurídica (§ 10). A su juicio, muchas constituciones peruanas podrían considerarse ilegítimas al nacer de revoluciones o golpes de Estado (§ 9). Sin embargo, el concepto de validez de una constitución puede entenderse de diferentes maneras, y dos de ellas cobrarían relevancia para este caso. Primero, una comprensión formal de la validez; es decir, de los procedimientos formales que debe cumplir para entrar en vigor y, como tal, convertirse en derecho vigente. Segundo, una comprensión material de la validez, que sugiere que una norma debe ser coherente y compatible con otras normas del ordenamiento jurídico (§ 15).

Por tanto, para el TC no es posible evaluar la vigencia de la Constitución de 1993. La principal razón aducida es el hecho de que no existe norma alguna que sirva como parámetro para dicha evaluación: ella es en sí misma la *norma normarum*, consecuencia del ejercicio del poder constituyente soberano e ilimitado (§ 16). A pesar de que los demandantes alegaron que el parámetro era la Constitución de 1979, el TC argumentó que como poder constituido bajo la Constitución de 1993, no podía declarar la inconstitucionalidad de la Constitución ni el proceso constitucional que originó sus poderes (§ 23). Esto habría dado lugar a varias paradojas en torno a la nulidad de la actuación del propio Tribunal. Sin embargo, el TC también sostuvo que esto no debe llevar a concluir que cualquier documento puede ser una «constitución». La constitución será un acto del poder constituyente, y reconocerá y garantizará los DD. FF., así como la separación de poderes (§ 17).

Sobre la revisión constitucional de los procesos de reforma total de la Constitución, Landau *et al.* (2019) consideran que los tribunales podrían revisar si el aparato regulatorio para la convocatoria de una asamblea, así como para la elaboración y ratificación de una constitución, reflejan auténticamente la voluntad popular. En su opinión, a pesar de los obstáculos, dicha revisión podría ser consistente con las teorías del

23 Entre otras, el TC tomó en consideración las irregularidades que rodearon la promulgación de la Constitución de 1993, en particular las intenciones del gobierno que la impulsó, el procedimiento de elección de los miembros del Congreso Constituyente, la falta de debate e, incluso, el referéndum que finalmente la aprobó.

poder constituyente y del control de constitucionalidad, ya que podrían entenderse como una defensa del poder constituyente original frente a los intentos de abuso de poder formales en nombre de poderosos actores. Por el contrario, la revisión judicial de la sustancia de una constitución sería peligrosa para la estabilidad del sistema político, pues una suerte de revisión de las decisiones del poder constituyente original puede dejar a un país en un vacío constitucional (pp. 55 y ss.).

Quinto, el control ejercido por el TC es posible de extenderse a algunas disposiciones constitucionales originales. Si bien no se trata de un control de inconstitucionalidad fuerte y abstracto que invalide las disposiciones, sí podría ofrecer una interpretación alternativa de las mismas. En ese sentido, se declararía improcedente un recurso de inconstitucionalidad contra una disposición original de la Constitución, pero esta podría reinterpretarse a través de otro tipo de procesos constitucionales ante el TC. Para este, ciertas «mutaciones constitucionales»²⁴ son legítimas, pues no adscribe una «interpretación originalista del texto constitucional», por lo que se considera competente para otorgar nuevos significados a las cláusulas constitucionales (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, 2003, § 70*), lo que no implicaría avalar las manipulaciones fraudulentas del texto constitucional, distorsiones interpretativas que están prohibidas²⁵. Desafortunadamente, el razonamiento del TC no da elementos para poder distinguir entre una mutación constitucional legítima y una fraudulenta.

Un ejemplo interesante de este último caso es el de la *Inconstitucionalidad del art. 89 del Reglamento del Congreso (65 Congresistas c. Congreso de la República del Perú, 2003)*, en el que el TC exhortó al Legislativo a modificar el artículo 100 CP por transgredir la autonomía del Ministerio Público, prevista en el artículo 159 CP (§ 17). El artículo 100 ordena que en caso de que el Congreso apruebe la acusación de un alto funcionario del Estado, el fiscal encargado de acusar ante la Corte Suprema no puede «ir más allá de los términos de los cargos del Congreso».

Un sector de la doctrina peruana ha sostenido que algunos de los artículos de la Constitución son en sí mismos inconstitucionales. Sería el caso, por ejemplo, del artículo 140, que proclama: «La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada». La Constitución de 1979, en su artículo 235, prescribía que dicha pena solo debía aplicarse por los delitos de traición a la patria en tiempo de guerra, no de terrorismo. Al momento de la promulgación

24 También conocido como «medio de cambio constitucional informal».

25 Esto sería un medio de «cambio constitucional inconstitucional por parte de los tribunales», en palabras de Roznai (2018, pp. 555-577).

de esta Constitución, el Perú ya era parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), la cual en su artículo 4, incisos 2 y 3, prescribe:

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

De la interpretación conjunta de estas normas, algunos concluyen que el constituyente de 1993 no debió extender la aplicación de la pena de muerte al delito de terrorismo. En el recurso de *habeas corpus* interpuesto por Rafael Cáceres (*Rafael Cáceres Neyra y otros c. Corte Superior de Justicia de Lima Norte*, 2007), el TC advirtió que la promulgación de una ley con el propósito de ampliar los casos para la aplicación de la pena de muerte sería inconstitucional porque transgrediría el principio de dignidad humana al contravenir la función resocializadora de la norma penal (§ 22). Si bien el TC no se pronunció explícitamente sobre la inconstitucionalidad del artículo 140, afirmó que los escenarios de aplicación de la pena de muerte no pueden ser ampliados sin dar lugar a responsabilidad internacional (§ 20). Y aunque no exhortó al Congreso a modificar esta disposición, fue claro que desalentó su aplicación. Asimismo, en el caso *Tineo Silva* (*Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos c. Decretos Ley 25475, 25659, 25708 y 25880*, 2003), el TC interpretó el artículo 173 CP en contra de su texto para adecuarlo a las obligaciones internacionales del Estado bajo la Convención. Así, sugirió que el artículo debe interpretarse en el sentido de no permitir que los tribunales militares juzguen a civiles en casos de traición y terrorismo (§ 104)²⁶.

Como hemos podido apreciar, la doctrina de las disposiciones originales inconstitucionales del TC tiene dos características sobresalientes, aunque en clara tensión. Por un lado, el TC reconoce tener un papel limitado en la revisión de estas normas, por lo que no evalúa su inconstitucionalidad en el marco de un proceso de control directo, sino solo en el marco de otras acciones de garantía constitucional; por otro, en línea con lo anterior, no puede expulsar a estas normas del orden constitucional, sino solo exhortar al poder constituyente derivado a modificarlas. Sin embargo, entiende que tendría competencias para proponer una forma obligatoria de interpretar una disposición constitucional cuya

23

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

26 Ello, de conformidad con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en *Castillo Petruzzi* (1999) y *Cantoral Benavides* (2000).

constitucionalidad resulta dudosa a través de un precedente obligatorio. Ambas opciones implican que el TC considera imposible declarar por sí mismo la inconstitucionalidad de una disposición constitucional debido a la falta de un parámetro objetivo para hacerlo. En ese sentido, existe una presunción a favor de la constitucionalidad de las disposiciones constitucionales, incluso en los casos en que la legitimidad del origen del documento es cuestionada²⁷. Ciertamente, ninguno de estos caminos parece satisfactorio. En el primer escenario, el TC corre el riesgo de que el poder constituyente derivado prescinda de su recomendación. En el segundo, el TC podría ser acusado de activismo judicial y de quebrantamiento del principio democrático al contradecir la voluntad expresa del constituyente originario.

Sexto, el TC controla la reforma valiéndose de parámetros formales y materiales (*Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, 2003, § 72*). Por un lado, los límites formales establecen las entidades competentes para presentar un proyecto de reforma constitucional, así como los procedimientos y mayorías necesarios para aprobarlo, los que están regulados por el artículo 206 CP. Por ejemplo, en un reciente pronunciamiento (*Colegio de Abogados de Ayacucho, El Santa y Lambayeque c. Congreso de la República del Perú, 2021*), el TC ha aclarado que es parte de los límites formales de toda reforma constitucional que el procedimiento de su aprobación sea sometido a un amplio nivel de deliberación. También declaró inconstitucional la Resolución Legislativa 021-2020-2021-CR, en la que se autorizaba el desdoblamiento de la tercera legislatura ordinaria en una cuarta, en la que el Congreso había aprobado importantes reformas constitucionales²⁸. El TC puso de relevancia que la gran mayoría de las labores parlamentarias habrían sido posibles de ser realizadas durante la tercera legislatura ordinaria sin la necesidad de aprobar una cuarta, de apenas un mes, y sin pausa respecto de la tercera. Para este tribunal,

[e]l afán de cumplir con una segunda votación favorable en una legislatura ordinaria sucesiva, a fin de prescindir de la realización de un referéndum para llevar a cabo la reforma constitucional, es la única finalidad subyacente en la decisión de aprobar la resolución legislativa objeto de control por cuanto [...] ninguna otra norma requería de tal desdoblamiento (§ 39).

27 Como advierte Ragone (2021), los tribunales constitucionales se han negado a revisar bajo control abstracto la constitucionalidad de una disposición original bajo «el argumento apagógico o *reductio ad absurdum*: si se anula la fuente que estableció el tribunal correspondiente, en consecuencia, también la decisión adoptada por el propio tribunal carecería de legitimidad» (p. 117). Una excepción a este caso lo encontramos en Honduras y Bolivia.

28 La Ley 31280, que modifica los artículos 99 y 101 CP, permitiendo el juicio de residencia contra el presidente de la república; la Ley 31304 sobre patrimonio cultural de la nación; y la Ley 31305, que autorizaba al contralor general de la república a solicitar el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

En opinión del TC, el problema de fondo con la cuarta legislatura no era el desdoblamiento, sino

su uso indebido, orientado a trastocar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución, de cara a la realización de actuaciones parlamentarias especialmente importantes para el ordenamiento jurídico, como es el caso de la reforma constitucional (evitando así, la consulta popular) (§ 40).

Asimismo, consideró que el legislador debe respetar un determinado periodo de tiempo antes de emitir una votación que haga realidad una reforma constitucional.

Por otro lado, los límites materiales atañen a la esencia de la Constitución: se trata de aquellos principios que no pueden ser reformados (§ 74). Estos «parámetros de identidad» son esenciales para establecer un orden constitucional. Cuando son explícitos, estos se nombran como «cláusulas de eternidad» (§ 76). En el caso de la Constitución, los límites materiales están expresados en el artículo 32 y no abarcan todos los temas regulados por este artículo, sino solo lo referido a los DD. FF., dado su lugar como núcleo axiológico que legitima al sistema en su conjunto (§ 95). No obstante, los límites materiales tienen un carácter difuso, toda vez que el TC ha interpretado que existen otros límites materiales para las enmiendas constitucionales, aunque de carácter implícito, como la protección de la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el Estado de derecho y la forma republicana de gobierno (§ 76).

El parámetro para dotar de contenido a dichos límites materiales queda a discreción del TC. En la primera sentencia en la que evaluó la inconstitucionalidad de una reforma constitucional —para este caso, de la reforma del sistema de pensiones— en 2005, el TC se autoafirmó como vocero del poder constituyente originario, interpretando su voluntad para dar a la Constitución un sentido vivo, dúctil e integral. Curiosamente, el parámetro bajo el cual evaluó la constitucionalidad de la enmienda fue el contenido fundamental de la Constitución, un concepto vago cuya interpretación corre el riesgo de quedar con frecuencia a discrecionalidad del TC²⁹ (*Colegios de Abogados de Cusco y Callao y más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú*, 2005, §§ 16-18). Este sostuvo que la forma democrática de gobierno, el principio de democracia representativa, la alternancia de gobiernos democráticos, el régimen económico y los DD. FF. son límites materiales a la facultad de reforma, pero ninguno de ellos fue transgredido por la

29 El TC toma en consideración este argumento y mantiene que, para determinar este contenido fundamental, la Corte debe ser muy cautelosa y procurar un ejercicio de interpretación constitucional y no de mutación constitucional. En este último escenario, la determinación de un nuevo contenido de la Constitución alteraría su fundamento (*Colegios de Abogados de Cusco y Callao y 5000 ciudadanos c. Congreso Peruano*, 2005, § 21).

ley de reforma en cuestión. Prestó especial atención al alegato de los demandantes relativo a la limitación del derecho fundamental a una pensión; sin embargo, en la línea del artículo 32, el TC evaluó la reforma bajo un examen de proporcionalidad para concluir que esta protegía el derecho a la pensión desde una perspectiva de justicia distributiva e igualdad (§ 109). Asimismo, señaló que sería inconstitucional toda reforma que afectase el contenido esencial de los DD. FF., ya que todo cambio en la protección de estos derechos debe tender a ampliar y fortalecer su ámbito de protección (§ 110).

Esta sentencia deja abiertas algunas cuestiones complejas. Primero, en cuanto al parámetro material para evaluar la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales. ¿Es el mero texto de la Constitución o se trata de una interpretación del texto bajo una metodología evolutiva? ¿Este parámetro se encuentra integrado por el «bloque de constitucionalidad»³⁰? En segundo lugar, de la jurisprudencia del TC se desprende que no toda limitación a un derecho fundamental es inconstitucional; no obstante, esto se evaluaría en cada caso tras un test de proporcionalidad. ¿No deja esto una excesiva discrecionalidad en manos del TC respecto de los contenidos centrales de la Constitución? ¿Realmente dicho tribunal actúa como comisionado del poder constituyente originario o, antes bien, como una suerte de «Señor de la Constitución»? Otro asunto importante se refiere al papel de los DD. FF. como límites al poder. ¿No deberían actuar estos no solo como límite al poder constituyente derivado, sino también al del poder constituyente originario? Además, muchos de estos derechos también están reconocidos como derechos humanos (en adelante, DD. HH.) en el ámbito internacional. ¿Estos no deberían limitar el poder constituyente originario?

En un caso relativo a la constitucionalidad de la reforma de los artículos 194 y 203 CP sobre la reelección no inmediata de alcaldes y gobernadores regionales (*Más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú*, 2018), el TC recurrió a tratados internacionales de DD. HH., así como a sentencias de la Corte IDH como parámetros de control. El TC afirmó que su principal rol en la revisión de leyes de reforma constitucional es optimizador, lo que significa que la interpretación de las disposiciones constitucionales debe realizarse en conformidad con las características del constitucionalismo contemporáneo y los compromisos internacionales adoptados por el Estado o que han adquirido estatus de *jus cogens* (§ 30). En segundo lugar, afirmó que la declaración de inconstitucionalidad configura la última alternativa, procurando proponer interpretaciones que encajen en el texto de la Constitución, su lectura sistemática y lo que puede ser inferido de ella (§ 32). El TC reconoció que no puede imponer

30 No podemos detenernos sobre este concepto, véase Hakkanson (2006, pp. 137-141).

sus puntos de vista sobre la Constitución. En el caso de que una enmienda tenga interpretaciones disímiles, el TC defenderá aquella que permita reconocer la constitucionalidad de la enmienda (§ 33). En cuanto al argumento de la actora que alegó que la prohibición de la reelección restringiría derechos, el TC respondió afirmando que la reelección no es en sí un derecho humano, sino parte del derecho a la participación política, y que tiene limitaciones legítimas que buscan evitar abusos de poder (§ 42). En esta ocasión, tanto el derecho internacional como el derecho constitucional comparado fueron parte del parámetro para evaluar la constitucionalidad de la reforma, siendo el más relevante un informe de la Comisión de Venecia (2018, §§ 41-42). El TC no encontró ninguna violación a los límites formales de las reformas constitucionales ni una vulneración de la identidad constitucional.

Esto nos lleva a una nueva interrogante: ¿debe ser el derecho internacional de los DD. HH. parámetro material de control de la reforma constitucional? A partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, la respuesta sería afirmativa. Por ejemplo, en *Boyce c. Barbados* (2007), *La Última Tentación de Cristo v. Chile* (Olmedo Bustos c. Chile, 2005) y *YATAMA c. Nicaragua* (2005) la Corte IDH declaró que las disposiciones constitucionales relativas a la pena de muerte, la censura previa y la limitación al derecho a un recurso efectivo contra las decisiones de la autoridad electoral eran incompatibles con la Convención. En particular, en *Boyce* (2007), la Corte IDH afirmó que Barbados incumplió con sus obligaciones convencionales, ya que su constitución impedía el ejercicio del «derecho a buscar protección judicial contra violaciones a su derecho a la vida» (§ 79). A pesar de que estas tres disposiciones constitucionales fueron declaradas incompatibles con la Convención por la Corte IDH, salvo Chile, ninguno de estos países las ha modificado (Torres, 2017, p. 105). No obstante, esta posición nos genera nuevas dudas. Primero, en cuanto al parámetro para la evaluación de la constitucionalidad de las reformas constitucionales en el Perú: ¿la Convención —u otros tratados de DD. HH. vinculantes para el Estado— siempre forma parte del parámetro de control? ¿La jurisprudencia de la Corte IDH también forma parte de dicho parámetro? Y, segundo, ¿los tratados internacionales de DD. HH. vinculan también al poder constituyente originario?

Las preguntas planteadas podrían tener diferentes respuestas, dependiendo del escenario fáctico que se considere. Por ejemplo, en una decisión posterior sobre la constitucionalidad de las reformas a los artículos 91, 191 y 194 CP, aprobadas como parte de la Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV de la Constitución peruana (descentralización) (*Miguel Ángel Mufarech Nemy c. Ley 28607 que modifica los artículos 91, 191 y 194 de la Constitución de 1993*, 2005), el TC recurrió a textos constitucionales históricos como parámetros de

27

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

control. Una vez más, el TC describió los límites formales y materiales del poder de reforma. Identificó los límites materiales con aquellos principios esenciales que otorgan identidad a una constitución, tales como la dignidad humana, la forma republicana de gobierno, el Estado de derecho, el poder soberano del pueblo o cualquier otro componente valorativo que la carta reconoce como materia fundamental. El TC concluyó que la enmienda era constitucional, utilizando como parámetro «la constitución histórica», alegando que muchas de las antiguas constituciones peruanas habían exigido a los candidatos a la presidencia y vicepresidencia la renuncia a los actuales cargos de elección popular (§§ 9-24). Asimismo, el TC consideró que aun en el caso de que la ley de reforma constitucional hubiera supuesto una limitación a un derecho fundamental —en concreto, al de igualdad, como se alegaba—, ello no habría llevado a proclamar su inconstitucionalidad *per se*, ya que, de ser así, debía someterse a un test de proporcionalidad (§§ 29-33). Recientemente, el TC ha señalado que el derecho a vivir en una democracia constitucional forma parte de los límites materiales a la reforma constitucional (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023, § 35).

Séptimo, el TC controla también las reformas constitucionales aprobadas por referéndum. Hace poco se sometió a conocimiento del TC la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30904, Ley de reforma constitucional que aprueba la creación de la Junta Nacional de Justicia, por pretendidos vicios formales y materiales que vulnerarían el derecho a la independencia e inamovilidad judicial. Se trataba de una ley aprobada por el Congreso en primera votación y ratificada por referéndum, lo que la convertía en el primer caso en el derecho comparado en el que un tribunal revisaba la constitucionalidad de una norma aprobada por la vía del referéndum. En el auto que resuelve admitir la demanda (*Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*, 2021, auto 1), el TC señala que

aquellos reclamos en los que se aprecia alguna incidencia en lo que se puede calificar como la “identidad” o “esencia” de la Constitución de 1993 pueden ser analizados (y, darse el caso, amparados) por parte de este supremo intérprete de la norma fundamental (§ 7).

Asimismo, precisa que «una cuestión especialmente sensible desde el punto de vista democrático se presenta cuando las leyes de reforma han sido aprobadas a través de un referéndum» (§ 10). No obstante, se ratifica en su decisión de admitir la demanda, apoyándose en la jurisprudencia comparada. En su sentencia de fondo, el TC (*Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*, sentencia 890/2021, 2021)

considera que es competente para revisar la constitucionalidad de una reforma constitucional aprobada por referéndum, aunque declaró finalmente infundada la demanda.

En la sentencia del caso de la constitucionalidad de la reforma constitucional sobre la prohibición de reelección inmediata de congresistas, aprobado en el paquete de reformas propuestas en el referéndum de 2019, el TC volvió a revisar una reforma constitucional aprobada por referéndum. Allí señaló que para el constitucionalismo existen límites materiales a toda decisión democrática (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023, § 50). Asimismo, el TC advirtió de los riesgos de los mecanismos de democracia directa, los que han sido utilizados por dictaduras para fundamentar organizaciones totalitarias y supresión de partidos políticos (§ 52). Y reiteró su competencia para revisar la constitucionalidad de reformas constitucionales aprobadas por referéndum, aunque ratificó su constitucionalidad.

Octavo, el control de la reforma constitucional es estricto en teoría y débil en los hechos. Si bien el TC no ha desarrollado un test de sustitución semejante, por ejemplo, al test colombiano (Ragone, 2021, p. 109), sí es posible identificar en su jurisprudencia un esquema lógico para evaluar la constitucionalidad de una reforma constitucional, aunque este no se aplique siempre bajo los mismos alcances. Como primer paso, el TC busca determinar si la ley de reforma vulneró los límites formales establecidos. Estos se adecuarán a cada caso dependiendo de si la reforma fue aprobada exclusivamente por el Legislativo o si involucró un referéndum. Como segundo paso, el TC determina si la reforma desnaturalizó los límites materiales o elementos de identidad de la Constitución. Como parte de este examen, el TC identifica el límite material en cuestión, sea que se trate de uno explícito —vinculado al artículo 32 CP, como es el caso de los DD. FF.— o de uno implícito, definido por la jurisprudencia constitucional —como sería el caso de la separación de poderes o la constitución económica—. Luego, el TC evalúa si la reforma vulnera el contenido esencial de alguno de dichos límites. Y, finalmente, establece si vulnerar dicho contenido esencial implica desnaturalizar un elemento definitorio de la identidad constitucional.

Así, por ejemplo, en el caso de la reforma constitucional de la Junta Nacional de Justicia (*Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*, sentencia 890/2021, 2021), el TC argumentó que la aprobación de la ley cumplió con los requisitos exigidos por la Constitución, incluida su aprobación por referéndum. Además, la formulación de la consulta habría cumplido también con los requisitos de neutralidad y de tener relación directa con la materia objeto de consulta. Por otro lado, el TC interpretó que «[e]l límite material al poder de reforma constitucional,

29

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

consagrado en el artículo 32 de la Constitución, presupone la idea de prohibición de disminución o supresión del contenido de un derecho fundamental preexistente a la reforma constitucional» (§ 76). En este caso, dicho derecho es la independencia judicial, consagrado en el artículo 154, numeral 2. Para este tribunal no existía mayor diferencia entre el artículo introducido por la Ley 30904 y las funciones con las que contaba el Consejo Nacional de la Magistratura antes de la reforma, entre las que se encontraba la ratificación de los jueces cada siete años, por lo que no se había desnaturalizado la identidad de la Constitución (§ 93). Adicionalmente, precisó que no se habría vulnerado el derecho a la independencia judicial con el establecimiento de mecanismos para la evaluación parcial y ratificación de los jueces, pues «todos los magistrados tienen un derecho de permanencia en el servicio, mientras se observe conducta e idoneidad propias de la función que desempeñan» (§ 81).

Ahora bien, en el caso de la reforma constitucional de prohibición de reelección de congresistas, el TC evaluó si dicha reforma respetó los límites formales, aclarando que este examen no supone juzgar las razones que motivaron los votos (*Ciudadanos c. Congreso de la República*, 2023, §§ 58-62). Con relación al examen de los límites materiales, en un primer momento parecía que el TC buscaba ampliar el catálogo de límites materiales al expresar que

la nueva norma constitucional incorporada solo podrá ser valorada en función a su armonía y concordancia con el resto del texto constitucional. Por lo tanto, la invalidez de una reforma constitucional será consecuencia de su incompatibilidad sustancial con el resto de la Constitución (§ 63).

Asimismo, afirmó:

no resulta pertinente la aplicación del test de proporcionalidad [...], pues, al convertirse la norma cuestionada en parte de la Constitución se convierte ella misma en parámetro. De ahí que [...] sólo corresponde verificar su compatibilidad y concordancia con el resto de la Norma Suprema (§ 72).

Así presentado, el test resulta aún laxo y no propio de un examen extraordinario, como el de la constitucionalidad de una reforma constitucional. Sin embargo, en el análisis del caso concreto, el TC examinó si la reforma referida al derecho a la participación política alteraba un parámetro de identidad constitucional. Al efecto, se citó el informe de la Comisión de Venecia (2018) donde se desalentaba la limitación de la reelección parlamentaria; no obstante, se concluyó que la restricción de la reelección parlamentaria inmediata desnaturalizó la identidad de la Constitución, pues aunque constituciones anteriores no limitaron la reelección parlamentaria, quedaba claro que esta «no

forma parte de los principios nucleares del ordenamiento constitucional exceptuados de cualquier intento de reforma» (§ 66), sino que decidir los mejores caminos para mejorar la gobernabilidad se trata de un asunto dejado a discreción de cada sistema constitucional.

En un caso anterior, el TC examinó la compatibilidad de la reforma constitucional que prohibió la reelección inmediata de alcaldes e identificó como límite material el derecho a la participación política. Consideró que este no había sido vulnerado, pues tanto en el derecho comparado como en los DD. HH. el TC no encuentra que dicho derecho no pueda ser limitado, impidiendo la posibilidad de reelección inmediata (*Más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú*, 2018, § 43). La prohibición del derecho a la participación política prohibiendo la reelección inmediata se consideró razonable; adicionalmente, el TC apreció que dicha modificación no desnaturalizaba la Constitución ni vulneraba su identidad (§ 48).

Como hemos podido apreciar, el control ejercido por el TC es principalmente de carácter abstracto y sin resultados tangibles, siendo que en ninguna ocasión ha declarado como inconstitucional una reforma constitucional. A juicio del TC, en ninguno de los casos analizados se habría puesto en riesgo el núcleo duro de la identidad constitucional³¹. Las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra leyes de reforma parecen buscar que se aplique un examen de constitucionalidad ordinario y no prueban de manera fehaciente la afectación a la identidad constitucional. Esto se debe, en parte, a que el parámetro material de evaluación de la constitucionalidad de las reformas es amplio e incluye valores tales como la dignidad humana, los derechos fundamentales, la soberanía popular, el principio democrático, el Estado unitario y descentralizado, el sistema democrático de gobierno, el régimen representativo, la alternancia de gobierno y la constitución económica. En consecuencia, al momento en el que el TC realiza el «test de la reforma», en muchas ocasiones no se centra en identificar primero si el elemento que supuestamente vulnera la ley de reforma es o no un rasgo identitario de la Constitución. Veamos, por ejemplo, el caso de los DD. FF. como límites explícitos a la reforma. El TC parece considerar que todos los derechos reconocidos en la Constitución forman parte de dicha identidad, desde los políticos de participación hasta los sociales, como el derecho a la pensión. En todos los casos el

³¹ Las ratificaciones de la constitucionalidad de la reforma han tenido, en general, pocas opiniones disidentes. Por ejemplo, en el caso de la inconstitucionalidad de la reforma constitucional de la Junta Nacional de Justicia, los magistrados Blume y Miranda votaron por declarar fundada la demanda porque consideraban que dicha reforma no había respetado los límites formales, pues las preguntas del referéndum ratificadorio de la misma resultaron generales y sin conexión directa con los temas centrales de la reforma. En el caso de la reforma constitucional para la prohibición de reelección de alcaldes, solo votó en disidencia Blume, para quien la prohibición de reelección vulneraba un núcleo que consideraba esencial del derecho a elegir.

TC ha resuelto que, si bien dichos derechos podían verse modificados en cuanto a su contenido por medio de la reforma constitucional, el contenido alterado no era esencial, sino solo periférico. El TC parece obviar que el legislador constitucional limita el contenido de los DD. FF. y que aplicar un test de proporcionalidad —como en el caso de la evaluación de la constitucionalidad de una ley ordinaria— implica rechazar de plano el nuevo contenido dado a dicho derecho por parte del constituyente derivado. Del mismo modo, resulta necesario que el TC aclare si el mismo parámetro aplicará tanto para reformas constitucionales aprobadas únicamente por el Legislativo como para aquellas que han involucrado el voto por referéndum. Y si bien, como resultado de la aplicación de la doctrina, obtenemos que el TC ha ejercido su poder controlador con *self-restraint*, urge definir más claramente aquellos elementos de identidad constitucional para que el test de la constitucionalidad de la reforma constitucional no se convierta en un mero examen de constitucionalidad de leyes ordinarias. Bajo el estado actual de la jurisprudencia, ¿qué podemos esperar del Tribunal cuando se enfrente a leyes de reforma de talante evidentemente antidemocrático? ¿Se afirmará nuevamente la amplia discrecionalidad para definir un modelo u otro de gobernabilidad? ¿Cómo aplicaría el TC esta doctrina en el caso de examinar una acción de inconstitucionalidad contra la última reforma del retorno a la bicameralidad?

IV. UNA VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LAS «REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES» DEL TC PERUANO

IV.1. Sobre la viabilidad del control de constitucionalidad de la reforma constitucional o «metacontrol» de constitucionalidad

En nuestra opinión, aunque el texto constitucional no señale expresamente que pueda plantearse una acción de inconstitucionalidad contra una ley de reforma constitucional, existen buenas razones para interpretar que dicha disposición tiene textualmente un carácter infraincluyente en relación con su justificación subyacente³². Nos parece que la garantía constitucional del artículo 200, numeral 4 CP busca precisamente proteger la supremacía de los valores o bienes constitucionales indisponibles frente a cambios que, aunque apoyados por mayorías políticas, terminen por desfigurar la Constitución. Estos cambios perniciosos pueden provenir no solo de disposiciones aprobadas por el legislador ordinario, sino también por el legislador constituyente derivado o, incluso, por el propio constituyente originario. Como

32 Revisar Ródenas (2012, p. 109).

ha anticipado Aguiló (2008), «la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas [...] en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas» (p. 70).

En ese sentido, creemos que se debe aceptar que, si de interpretación constitucional hablamos, solo parece viable una «lectura moral de la constitución (p. 70)³³.

En consecuencia, impedir que el TC pueda reivindicar para sí excepcionalmente un control tanto formal como material de la reforma constitucional supondría un serio riesgo para el mantenimiento de los valores constitucionales esenciales o básicos. Ciertamente, en otras jurisdicciones, los tribunales constitucionales se han limitado a reivindicar un control formal, como es el caso de Turquía. Aún más, algunos otros han rehusado tener cualquier tipo de competencia para revisar siquiera aspectos formales de una reforma constitucional, como es el caso de Francia o Georgia. El argumento al que suelen recurrir para justificar su refrenamiento es que sus constituciones no contienen cláusulas explícitas que les otorguen tal potestad. Incluso bajo la existencia de cláusulas de eternidad, algunos tribunales han alegado que una vez que los parlamentos adoptan una reforma constitucional, esta se integra a la constitución, y la constitución no puede ser constitucional e inconstitucional al mismo tiempo. Del mismo modo, se considera que el pueblo ejerce un poder constituyente permanente, sin distinción entre un poder constituyente originario y un poder constituyente derivado (Albert, 2019c, pp. 648-665).

Por nuestra parte, creemos que para responder a la pregunta de si resulta viable un control de constitucionalidad de la reforma constitucional es importante plantearse cuestiones muy de fondo, como qué define en última instancia lo que es constitucional o, incluso, de qué hablamos cuando nos referimos a una constitución³⁴. Si la constitución no es más que la creación autoritativa de la voluntad del poder constituyente en un momento histórico concreto, parece claro que solo si el constituyente ha autorizado a un órgano como el TC a revisar la constitucionalidad de la reforma, dicho control sería viable, limitándose, además, a corroborar si la reforma se ajusta o no a la voluntad original del constituyente³⁵. Pero

33 Si bien el caso de la interpretación de la Constitución norteamericana no puede ponerse en paralelo con el de la Constitución peruana sin varios matices que no es factible aquí, creemos que se cumple que «la lectura moral [...] incorpora la moralidad política al corazón del Derecho constitucional. Pero la moralidad política es inherentemente incierta y controvertida, por lo que cualquier sistema de gobierno que haga de tales principios una parte constitutiva de su Derecho habrá de decidir a quién le dará la autoridad de interpretarlos y comprenderlos», lo que no consiste en conferir simplemente a sus tribunales «el poder absoluto de imponerle al público sus propias convicciones morales» (Dworkin, 2019, pp. 8-9).

34 No hay espacio para abordar específicamente estos asuntos aquí, véase Castellano (2013, pp. 58 y ss.).

35 Esta posición se asemeja al constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli (2011). Para una crítica de esta postura, véase Aguiló (2011).

si, como se ha propuesto desde la racionalidad de tradición aristotélica³⁶, el acto autoritativo constitucional no genera de la nada todas las disposiciones constitucionales, sino que algunas de ellas se limitan a reconocer, formalizar o determinar ciertos bienes y principios —ciertas condiciones normativas mínimas para el florecimiento humano³⁷—, entonces algunas disposiciones constitucionales son pasibles de considerarse materialmente «inconstitucionales» si desvirtúan ese núcleo normativo-axiológico indisponible. Incluso esto puede plantearse de modo semejante por quienes no se identifican necesariamente con una racionalidad de tradición aristotélica. Por ejemplo, para Aguiló (2011),

[e]n toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios y que, en consecuencia, son inderogables. No sólo en el sentido de que la rigidez constitucional hace difícil (o altamente improbable) la derogación de su formulación normativa; sino en el sentido de que si se derogan, entonces el Estado en cuestión dejaría de ser un Estado constitucional (p. 62)³⁸

A nuestro juicio, el llamado poder constituyente, a través de disposiciones constitucionales, no solo concreta algunos principios sustanciales para el bien humano —como cuando reconoce DD. FF., por ejemplo—, sino que también diseña instituciones para el ejercicio y coordinación del poder político³⁹. Las disposiciones constitucionales aportan así dos elementos constitutivos: uno más formal, estructurando mecanismos para el logro de consensos y la toma de decisiones en la manifestación de voluntad del poder constituyente; y uno más material, conformado por la concreción y determinación de ciertos principios básicos indispensables para el florecimiento humano en un determinado momento histórico. Por ello, no debería llamar la atención que la reforma constitucional tenga no solo requisitos formales de validez, sino también materiales.

36 Para la diferencia entre la racionalidad entendida desde la tradición aristotélica y desde la racionalidad kantiana, véase Chávez-Fernández Postigo (2023, pp. 38 y ss.). Para un esfuerzo reciente de concebir la constitución desde una racionalidad de tradición aristotélica, véase Vermeule (2022, pp. 17 y ss.). La propuesta no ha sido pacífica en absoluto, como se puede apreciar, por ejemplo, en Leiter (2023).

37 Para Casey (2022): «A constitution and its constitutive rules, principles, and conventions should ultimately arrange institutions in such a way that they are apt to ensure the community is governed well and suited to the pursuit of the wide-ranging and complex conditions required for human flourishing» (p. 180). En la doctrina nacional, una posición semejante se encuentra en Castillo Córdoba (2018, p. 53).

38 Para encontrar puntos de encuentro y de divergencia entre propuestas significativas tanto de la tradición aristotélica como de la kantiana respecto de las consecuencias jurídicas del derecho gravemente inmorales o injusto, puede ser útil tomar contacto con el debate entre Finnis y Alexy. Véase Chávez-Fernández (2021) y la bibliografía allí citada.

39 Quizá valga la pena aclarar que, desde la racionalidad de tradición aristotélica, no se propone un único modo de concretar estos elementos básicos para el florecimiento humano. Casey (2022) señala: «Respect for natural law principles and the political common good may demand creation of law-making, applying, and adjudicating bodies to issue ordinances and repeal law in response to good reasons and to fairly resolve disputes based on pre-existing law; organizing a just economy able to provide the necessities of life; respect and support for subsidiary units like the family; the prudent promotion of virtue; and ensuring peaceful relations with other nations. But the fact is there will be countless ways to proceed along all these fronts consistent with the natural law and common good, neither of which pinpoint a specific approach to any of these issues» (p. 176).

La consideración de la importancia tanto del elemento moral fundamental o indisponible como del elemento institucional de la constitución puede encontrarse en trabajos como el de Legarre (2018), para quien los principios que pueden llamarse «de ley» o «derecho natural» resultan más relevantes para la interpretación cuando puede argumentarse que las disposiciones constitucionales derivan necesariamente de ellos —sería el caso típico de los DD. FF. más básicos— que cuando se trata de elementos que guardan más relación con la estructura o forma de la constitución, aunque también en este caso dicha estructura contingente está al servicio de los DD. FF. o de las instituciones básicas de una comunidad política que velan por ellos (p. 897)⁴⁰. En nuestra opinión, solo en esa medida será posible afirmar que el poder constituyente derivado tiene límites, pues existen ciertos acuerdos indisponibles en la constitución que, además, han de atrincherarse para permanecer en el tiempo⁴¹.

Dicho esto, es importante precisar que en el caso peruano se admite que el poder constituyente se disolvió una vez emitida la Constitución y que el poder reformador es —como lo ha señalado la jurisprudencia— un poder constituyente derivado o poder constituido de reforma, el que convive junto a otro poder constituido que interpreta la voluntad del constituyente: el TC. En esa medida, si bien el TC no ostenta propiamente un poder reformador, sí tiene poder de controlar la constitucionalidad de la actuación del poder reformador y de —en palabras de Castillo (2018)— declarar las normas constitucionales directamente estatuidas que son voluntad del constituyente a partir de las cuales se enjuiciará la constitucionalidad formal y material de otras normas constitucionales. Nosotros añadiríamos que lo hace, precisamente, como consecuencia del debate y del consenso alcanzado por el órgano que detenta la competencia de reconocer y decidir los principios básicos para la convivencia política.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

40 La presencia de elementos de derecho natural y de derecho positivo en la constitución es evidenciada también por Casey (2022), para quien «The natural law can be conceived as offering a skeleton law to communities which determines what posited arrangements are just and right, but to enjoy concrete existence it requires the sinew, flesh, and muscle provided by positive law enacted through human creativity and discretion, a fact long recognized by the classical natural law tradition» (p. 177). En la misma línea, véase Finniss (2016, pp. 73-120) o George (2001, pp. 2269-2283). Desde una posición pospositivista, aunque no iusnaturalista, Aguiló (2011) distingue también entre normas necesarias y normas idiosincráticas o de contingencia histórica (pp. 62-63).

41 Sin embargo, para una lectura apropiada, por un lado, es indispensable identificar cuáles son los parámetros para esclarecer la razonabilidad pretendidamente objetiva de esa moral —núcleo material desde el que el texto constitucional ha de ser leído—, lo que nos lleva a una discusión ineludible sobre el fundamento y la determinación de dicha moral y de su relación con las instituciones positivas. Por otro lado, es imprescindible esclarecer cuáles son los mecanismos institucionales idóneos para la toma de decisiones constitucionales cuando los principios justificados de dicha moral no encuentran consenso político o entran en tensión con una ley de reforma constitucional aprobada formalmente o con el texto constitucional mismo. Desde luego, algo como lo que planteamos no puede admitirse desde enfoques iuspositivistas de la constitución, lo que merecería una discusión extensa que no puede abordarse aquí, aunque algo más diremos en el apartado IV.3 de este trabajo. En todo caso, sobre las desventajas en que se encuentra el positivismo jurídico frente al Estado constitucional de derecho, véase Atienza (2017, pp. 117 y ss.).

En ese sentido, no cuestionamos que el TC se haya irrogado la competencia de ejercer un control formal y material del poder reformador; sin embargo, existen algunos criterios que deberían tenerse en cuenta al momento de argumentar la pertinencia de un ejercicio concreto de dicha competencia. Primero, si una constitución es rígida y, no obstante, el poder constituyente derivado alcanza tras profunda deliberación un consenso reformador, el tribunal controlador debería ser muy cauteloso al evaluar la constitucionalidad formal o material de dicha reforma, pues es más probable que el poder constituyente derivado no haya alterado los elementos de la «identidad constitucional». Por el contrario, en la medida que la constitución sea más flexible y el procedimiento de cambio constitucional se asemeje más al de la expedición de una ley ordinaria, entonces el controlador tendrá un mayor margen de maniobra para ejercer esa competencia a fin de proteger los valores esenciales de la constitución. En el caso peruano, por ejemplo, esto sucede cuando la Constitución es aprobada exclusivamente por vía legislativa, procedimiento más sencillo que el de ratificación por referéndum.

Segundo, el margen de acción del tribunal controlador para enjuiciar la constitucionalidad de una reforma constitucional varía dependiendo de la existencia o no de cláusulas pétreas o de cláusulas que, explícita o implícitamente, lo autorizan a ejercer esa competencia. De existir dicha disposición, el controlador actúa bajo la autorización expresa del constituyente; mientras que, de no existir, lo hace bajo autorización de su propia interpretación de la decisión del constituyente. Este es, por ejemplo, el caso peruano.

Tercero, el tribunal controlador debe tomar en consideración qué aspecto de la constitución se reforma; por ejemplo, si se suprime un derecho fundamental o si se altera una institución de la parte orgánica adjudicando funciones de carácter irrazonable que faciliten el abuso de poder. Es probable —como refleja el caso peruano— que la mayoría de las reformas puedan modificar el contenido de ciertos derechos, cambiar el funcionamiento de algunos organismos constitucionales o incluso reformular el equilibrio de poderes, sin llegar a generar situaciones irrazonables de abuso de poder. En dichos casos, el controlador debe procurar respetar la posición jurídica y las atribuciones de los órganos productores habituales de derecho constitucional, como lo es el Legislativo (Castillo, 2019, p. 65). Serán menos los casos en los que el tribunal controlador se encuentre en la presencia de una reforma abiertamente inconstitucional, respecto de la que resulta imposible brindar siquiera alguna razón formal o material a favor de su constitucionalidad.

Es preciso recordar que el control de constitucionalidad de la reforma constitucional es excepcional y extraordinario, pues es un control

de lo ya constituido y no de lo infraconstitucional, al punto de que podríamos hablar de una suerte de «meta» o «súpercontrol» de la constitucionalidad de naturaleza distinta al ordinario⁴². Consideramos que, en esta excepcional circunstancia, el tribunal controlador actúa como guardián preferente o privilegiado —no único ni último— de la constitucionalidad. Ello ocurriría, en concreto, en el caso del TC peruano porque, por su posición estructural e histórica en el balance de poderes del Estado, puede confiársele la elaboración de una justificación con corrección y fuerza autoritativa suficiente que evite el camino violento hacia un quiebre constitucional. Por ello, en la medida que lo permitan las circunstancias, el TC debe procurar examinar diversas interpretaciones posibles que eviten la declaración de inconstitucionalidad de la disposición de reforma impugnada y, de ser el caso que encuentre algunos vicios de inconstitucionalidad, invalidar solo los más graves y dejar a cargo del poder de reforma las restantes modificaciones necesarias.

Finalmente —como desarrollaremos más adelante—, por esta razón la reforma constitucional debe evaluarse bajo un parámetro bastante claro, que no sea susceptible de asemejarse a un listado fruto de la discrecionalidad de los magistrados de turno, como parece ser el caso peruano. Si el parámetro de evaluación es la identidad constitucional, identificar un rasgo de la constitución como parte integrante de dicha identidad requiere una argumentación exhaustiva, sostenida en su carácter de determinación necesaria de principios morales-jurídicos básicos para el bien común y su presencia a lo largo de las distintas normas directamente estatuidas por el constituyente histórico, así como por una afinidad con criterios comunes del constitucionalismo político.

IV.2. Sobre el rol del TC como comisionado de un poder constituyente originario de poderes ilimitados

El TC afirma que solo el poder constituyente derivado está constreñido por límites formales y materiales, no así el originario⁴³. En ese sentido, el TC se considera competente para revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales que trasgreden la voluntad de dicho poder soberano. Sin embargo, en la doctrina se encuentran diversas objeciones a esta tesis. Por ejemplo, Ferreres (2024) ha sugerido que debe abandonarse la visión tradicional del poder constituyente originario como no sujeto a límites morales ni jurídicos por contravenir los principios del constitucionalismo liberal y democrático (p. 63). Yendo más lejos, Hasebe (2009) considera que la noción de poder constituyente

42 Ragone (2021) repara en que este control se puede distinguir del ordinario por criterios objetivos (pp. 116-117).

43 Para una revisión comparada de cómo se entienden los límites materiales en el constitucionalismo latinoamericano, véase Nogueira (2010, pp. 1298 y ss.).

es dispensable, pues la validez de una constitución no lo requiere (p. 49). Por el contrario, la noción de poder constituyente ilimitado entraría en conflicto con el principio de supremacía constitucional, pues en cualquier momento dicho poder podría activarse y dejar atrás la constitución. Incluso la considera innecesaria para la justificación de la revisión de constitucionalidad de la reforma constitucional, ya que los límites a la reforma constitucional se fundan en principios de naturaleza moral a los que el juez podría recurrir directamente sin justificar su autoridad en dicha noción. En la misma línea, Dyzenhaus (2012) sostiene que la idea del poder constituyente es, en el mejor de los casos, una distracción para la teoría del derecho; y, en el peor, una teoría subversiva de los mismos ideales del constitucionalismo, donde la discusión central giraría en torno a comprender si las razones que sostienen la autoridad de la constitución son intrínsecas o extrínsecas al ordenamiento jurídico (p. 257).

Verdugo (2022), por su parte, presenta los problemas asociados a esta doctrina y cuestiona que la misma pueda ser reformada y redimida por sus partidarios. Considera que no logra explicar la paradoja del constitucionalismo, pues no describiría cómo sucede en la práctica un proceso constituyente. Asimismo, esta doctrina asumiría que el pueblo es una entidad unitaria que no debiera sujetarse a ningún tipo de revisión externa, por lo que sería incapaz de «proveer de categorías descriptivamente adecuadas y normativamente deseables» (pp. 219-222). A la par, Bernal Pulido (2016) propone prescindir de la doctrina del poder constituyente en la creación constitucional, noción que debería reemplazarse por una teoría de los límites del poder de creación y diseño constitucional. Estos límites serían principios jurídicos básicos que pueden encontrarse en los tratados internacionales, las instituciones democráticas clásicas que se hallan en el derecho transnacional y las constituciones históricas (pp. 39-70).

En nuestra opinión, lo que resulta necesario abandonar es la teoría más clásica sobre el poder constituyente originario, que lo entiende como absolutamente soberano e ilimitado. No creemos que sea un mero asunto de términos ni de reconstrucción histórica. Sucede que consideramos inviable prescindir de un órgano unitario de coordinación y concreción de los principios jurídicos básicos en disposiciones constitucionales, un órgano que en ciertos momentos históricos brinde salidas razonables a entrapamientos políticos que de otro modo se terminarían resolviendo mediante la violencia. Creemos indispensable un órgano sujeto a límites que pueden encontrarse también en fuentes no positivas o transpositivas del derecho; un órgano cuyo poder de creación constitucional no tiene un carácter *ex novo*, dado que algunos de los contenidos que constitucionaliza no son producto de su voluntad,

sino que son reconocidos y formalizados por su autoridad⁴⁴. Ese es el caso, precisamente, de algunos DD. FF. como la vida, la libertad o la igualdad. ¿Cómo se controlaría a este «poder constituyente originario, pero limitado»? Dicho control podría ejercerse a través de órganos ya constituidos. Por ejemplo, Landau *et al.* (2019) sostienen la posibilidad de un control constitucional de una disposición constitucional original, pero basada en aspectos procedimentales y llevada adelante en una franja temporal cercana a la promulgación de la constitución (p. 42); mientras que Castillo Córdova (2018) ha argumentado que en caso de que el TC sea llamado a revisar la constitucionalidad de una disposición constitucional, podría optar por la inaplicabilidad de la norma sin desterrarla del texto constitucional, lo que implicaría un ejercicio de argumentación exhaustivo (p. 77).

En el caso de la Constitución peruana, encontramos un ejemplo en el artículo 140, que modificó el régimen para la aplicación de la pena de muerte, ampliándolo al delito de terrorismo. Para ostentar validez formal, dicha disposición debió haber respetado acuerdos internacionales anteriores, como la Convención. Para ostentar validez material, debió alinearse con el núcleo del derecho internacional de los DD. HH. en la materia y no es el caso, ya que, si bien la pena de muerte no está prohibida, el proceso del corredor de la muerte ha sido considerado como tortura por muchos tribunales y la prohibición de la tortura es una norma imperativa del derecho internacional —*jus cogens*⁴⁵—. En ese sentido, el constituyente originario incorporó a la Constitución una norma inconstitucional. Como Jackson (2018) ha mantenido: «la autoridad legítima para hacer una constitución depende de algo más que la voluntad del pueblo» (p. 328), por lo que coincidimos con Bernal Pulido (2018) en la necesidad de establecer límites al ejercicio del poder de creación y diseño constitucional debido a que una constitución es un instrumento no solo político, sino también jurídico (pp. 71-80).

Del mismo modo, rechazar la doctrina de un poder constituyente originario ilimitado no tiene implicancias directas sobre el poder del TC para revisar la constitucionalidad de una reforma constitucional. Como indicamos en la sección anterior, las normas constitucionales tienen un elemento configurador formal y otro material, y ninguno de los dos se reduce a la declaración de voluntad absoluta y soberana del constituyente. Podría darse el caso de que el constituyente instituya una norma formalmente constitucional, pero materialmente inconstitucional; y lo mismo puede replicarse para el poder constituyente derivado. En ese sentido, la competencia del TC se activa como órgano no solo de control, sino de metacontrol de la constitucionalidad, necesario para

39

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

44 Defendimos esta tesis en Chávez-Fernández Postigo y Valdivia Aguilar (2016, pp. 69-70).

45 Incluso parte del iusnaturalismo contemporáneo comienza a inclinarse por la tesis de la ilicitud intrínseca de la pena de muerte. Por ejemplo, véase Finnis (1998, pp. 279-284).

garantizar el respeto a los principios fundantes del bien común, sin los que ninguna comunidad política puede brindar condiciones adecuadas para el florecimiento de sus miembros.

IV.3. Sobre la «identidad constitucional» y el control de límites materiales a la reforma constitucional

Como describimos anteriormente, el TC recurre a conceptos altamente indeterminados como el de «identidad constitucional» para configurar los límites materiales de reforma de la Constitución. Esta no es una práctica exclusiva del TC, pues en el derecho comparado observamos que, ante la ausencia de cláusulas expresas que remitan a contenidos irreformables, los tribunales recurren a límites materiales implícitos relacionados con elementos de la identidad constitucional. Para configurar dicha identidad, el TC peruano ha recurrido indistintamente —y sin mayor justificación— tanto al constitucionalismo histórico como al derecho comparado, desarrollando un variado catálogo de límites materiales. En nuestra opinión, no todos los límites materiales propuestos constituyen razones suficientes para activar lo que hemos llamado un «metacontrol» de constitucionalidad. No obstante, límites tales como el principio de dignidad humana y los DD. FF, el principio de separación y equilibrio de poderes, el principio de gobierno limitado o el principio democrático tienen mejores credenciales para activar dicha competencia. No olvidemos que una constitución no solo garantiza un núcleo moral indisponible, sino que requiere también de elementos institucionales básicos para hacerlo efectivo.

En el derecho comparado encontramos, al menos, dos versiones del concepto de identidad constitucional. La primera se referiría a algunos rasgos fundamentales compartidos por las constituciones, mientras que la segunda se relacionaría con otros vinculados con la particularidad de una constitución (Stone, 2018, p. 365). En la doctrina, ocurre otro tanto. Por ejemplo, para Rosenfeld (1995), la identidad constitucional toma elementos de la identidad nacional, étnica, cultural, histórica y política de las naciones, pero se mantiene distinta a estas. A su juicio, la identidad constitucional se construye dinámicamente e involucra la negación de identidades previas, así como la incorporación y reconfiguración de los elementos más salientes de una nueva identidad.

Pero no toda la doctrina relaciona el concepto de identidad constitucional con los límites al cambio constitucional. Para Jacobsohn (2006), la identidad constitucional se constituye de elementos contingentes y contestables, una mezcla de aspiraciones y compromisos políticos expresivos del pasado de una nación, pero también de experiencias y diálogos que buscan trascenderlo (p. 363). A su modo de ver, las desarmonías en la constitución proveen el fundamento de la fluida

empresa de construir una identidad constitucional. Scholtes (2021), en el contexto de la relación entre la constitución de la Unión Europea y las constituciones europeas, ve la identidad constitucional desde una perspectiva metaconstitucional, no solo como un concepto normativo que permite proteger ciertos elementos de la cultura constitucional frente a la influencia del derecho internacional y transnacional, sino que —sostiene— la identidad constitucional debería entenderse como un argumento que concierne a la atribución de autoridad entre distintas autoridades constitucionales (p. 543). Desde esta perspectiva, la identidad constitucional tiene también un aspecto relacional y preserva elementos comunes al constitucionalismo global y transnacional.

Si quisiéramos sintetizar estas dos grandes formas de referirse a la identidad constitucional para que la terminología no resulte equívoca, podríamos decir que mientras que la primera hace alusión a la singularidad sistemática, cultural o histórica de una constitución, a aquello que distinguiría a una constitución de otra —lo que podríamos llamar «identidad como singularidad»—; la segunda lo hace a algo así como el mínimo común denominador de toda constitución o a la esencialidad de las constituciones —lo que podemos denominar «identidad como esencialidad»—. En ese sentido, la identidad constitucional como singularidad debería ser concreción o especificación de la identidad constitucional como esencialidad. La distinción podría parecer inútil, pero no lo es en absoluto. No es lo mismo ejercer el metacontrol de constitucionalidad sobre reformas que involucran aspectos de la identidad constitucional como singularidad de un país que hacerlo respecto de aquellas que involucran, además, aspectos concernientes a la identidad constitucional como esencialidad, control que exigiría estándares aún más rigurosos.

En el caso de la jurisprudencia del TC peruano, no parece encontrarse mayor reflexión sobre la noción de identidad constitucional, ni sobre los elementos que razonablemente la integran, los que parecen más bien aglutinarse en una lista más o menos arbitraria. El TC alude indistintamente tanto a la dignidad humana como a la soberanía popular, o al régimen económico, como límites materiales implícitos y elementos configuradores de la identidad constitucional; y, a su vez, como elementos absolutamente indisponibles para el poder constituyente derivado. Así, esta identidad constitucional parece reducirse a lo que genéricamente expresa el mismo texto constitucional, asimilando el metacontrol de la reforma a un control ordinario de constitucionalidad, por lo que no configura un parámetro claro que legitime dicho control. Para esbozar adecuadamente los elementos integradores de la identidad constitucional en su doble faceta, sería necesario, primero, que el TC haga el esfuerzo de responder a la pregunta «¿qué entiende por constitución y cuáles son sus elementos esenciales?»; y, luego, a otras cómo «¿cuáles de estos rasgos esenciales se encuentran, principalmente,

41

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

en el constitucionalismo histórico nacional y cuáles son afines, sobre todo, al constitucionalismo global?».

En todo caso, lo normal sería que, dependiendo del modelo de constitución escogido, se configuren los límites materiales de la reforma constitucional. Así, por ejemplo, para un modelo de constitución afín a algún tipo de positivismo jurídico normativista, justificar una doctrina de enmiendas constitucionales inconstitucionales es una tarea difícil, como hemos podido comprobar. Las enmiendas deberían constreñirse a partir de límites institucionales expresos y no conceptuales. En concreto, Guastini (2022) no encuentra mucho sentido en que se limite el poder constituyente derivado respecto de modificar la fórmula o identidad política de la constitución, lo que implicaría una denegación del poder de reforma como tal. Tampoco encuentra límites adecuados en la «identidad legal», pues para ello debiera existir jerarquía entre las disposiciones constitucionales: diferencias de grado entre las disposiciones originarias y las que se incorporan a través de una reforma. Por último, la llamada «identidad axiológica» tampoco configura un límite al poder de reforma para él, la que residiría en el conjunto de principios o valores que expresa la constitución.

Pero la posición del TC sobre la posibilidad de controlar la reforma de la Constitución parece alejarse claramente de posturas como la anterior. En todo caso, ¿bajo qué argumentos el Tribunal justifica adscribir a ciertos principios constitucionales el carácter de valores fundamentales o supremos dentro del ordenamiento? Esto último no ha sido respondido por este al momento de seleccionar y clasificar los elementos configuradores de la identidad constitucional.

Desde una concepción sustantivista de la constitución afín a la propugnada por el constitucionalismo político⁴⁶, Bernal Pulido (2013)⁴⁷ encuentra una fundamentación tanto conceptual como normativa al poder de revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional (pp. 403-432). Conforme a la fundamentación conceptual, la competencia del poder constituyente derivado para reformar la constitución no podría comprender la competencia para desnaturalizarla. Para Bernal, el concepto de constitución en el lenguaje técnico supone que tiene tres elementos: «la protección de derechos fundamentales, el principio del Estado de derecho y la separación de poderes» (p. 403). Si una reforma elimina alguno, ya no estaríamos ante una constitución. No obstante, este argumento resulta contingente al depender «de los usos lingüísticos

46 Para Aguiló (2001), «la clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y, en este sentido, la constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas (o, si no, no es constitución)» (p. 443).

47 Para una postura bastante crítica con esta doctrina, véase Silva y Contreras (2020, pp. 395-434).

actuales del concepto de Constitución» (p. 404) y, además, parte de la premisa de que todas las constituciones compartirían básicamente estas características. A fin de argumentar la existencia de estas en un texto constitucional, Bernal Pulido propone una fundamentación normativa para la que «las constituciones son entidades intencionales» creadas con el propósito de dar solución a problemas morales y de coordinación de poder. El constituyente elegiría una vía para resolver estos problemas, decisión que cuenta con una doble dimensión: la fáctica y la ideal (p. 405)⁴⁸. En su dimensión fáctica, la decisión de darse una constitución es un hecho social contingente, pero en su dimensión ideal implicaría la intención de darse una correcta (p. 406). En consecuencia, un ejercicio correcto del poder constituyente derivado lo será si pretende «conservar o mejorar el sistema adoptado por el poder constituyente originario, si es un sistema correcto» (p. 408). Por el contrario, operará una sustitución de la constitución —y, por ende, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de dicha reforma en la sede de la corte constitucional— si dicho ejercicio del poder constituyente derivado deroga DD. FF. específicos o «los procedimientos que hacen posible que el sistema político institucionalice una democracia deliberativa» (p. 408).

La argumentación propuesta por el TC para su doctrina de las enmiendas constitucionales inconstitucionales resulta, sobre todo, afín a esta última concepción. Para el TC, la identidad constitucional comprende ciertos rasgos esenciales que se consideran propios del constitucionalismo político y otros muy particulares, propios de la misma Constitución, a los que el Tribunal denomina «identidad constitucional», pero —como hemos señalado— no aclara cómo ha identificado esa amalgama de contenidos implícitos. Tampoco aclara cuál es la justificación ni el contenido de estos principios, ni cómo se concretan o aplican en el test de la reforma constitucional. Esto podría dar lugar a que el TC peque por exceso y considere como elementos de la identidad constitucional aspectos que deberían poder ser modificados por el poder de reforma. Al fin y al cabo, mientras el poder constituyente derivado no convierta a la Constitución en un instrumento político-jurídico irreconocible, ¿por qué no deberían permitirse cambios radicales en el texto constitucional —en su identidad singular— si se logran los consensos políticos suficientes?

Como se ha expuesto anteriormente, consideramos que la validez de las normas constitucionales se determina a partir de dos criterios: uno más formal y otro con un acento material. Así, «[u]na norma será formalmente válida cuando cumple con las exigencias formales que

43

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO

48 Como se sabe, la tesis de la doble dimensión del derecho le pertenece a Robert Alexy, quien ha compilado sus trabajos al respecto (Alexy, 2021).

la concreta fuente de derecho reclama» (Castillo, 2018, p. 52), que suelen ser que haya sido emitida por un órgano competente y bajo el procedimiento previsto. Adicionalmente, una disposición constitucional dogmática será materialmente válida «si su decisión se ajusta al bien humano reconocido» (p. 53), toda vez que las normas referidas a DD. FF. serían reconocidas y no creadas por el constituyente. Asimismo, una disposición constitucional orgánica será materialmente válida si brinda soluciones razonables con relación a las estructuras del poder y no lesiona bienes humanos debidamente constitucionalizados (p. 56).

En nuestra opinión, efectivamente, existen ciertos límites materiales a la reforma constitucional, aunque no han de ser tantos que terminen banalizando el metacontrol de constitucionalidad hasta confundirlo con un control ordinario. Por ello, la justificación de estos debe ser exhaustiva. En un primer nivel, los límites estarían configurados por aquellas lesiones gravísimas a bienes humanos básicos y, en un segundo nivel, por las graves afectaciones al ejercicio legítimo de la autoridad política. Creemos que su transgresión desnaturalizaría el propósito de cualquier texto constitucional. Podríamos decir que esta doble limitación constituye la garantía de que el control, ejercido como defensa de la identidad constitucional como esencialidad, no termine atentando contra la identidad como singularidad, y viceversa. Del mismo modo, es preciso señalar que el contraste del contenido de la reforma constitucional con el contenido de los límites materiales es el paso primordial de cualquier test que busque evaluar la constitucionalidad de una reforma constitucional. Para ello, la reforma no se contrasta con la totalidad de las disposiciones constitucionales, sino solo con aquellas que formulan —lingüística y contingentemente, no se debe olvidar— estos principios esenciales. Sin embargo, más allá de estos criterios, propios de todo texto constitucional, muchos otros aspectos deben ser dejados a la prudencia política del legislador constituyente derivado y del pueblo, que son quienes deciden —siempre imperfectamente— en última instancia los mejores caminos de gobierno en cada circunstancia concreta. Ellos son, además, quienes serán gobernados por dicho pacto y quienes, con su obediencia a dichos acuerdos, le otorgarán a la Constitución un carácter verdaderamente normativo.

V. COLOFÓN

El TC, a través de su jurisprudencia sobre la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales, ha revelado una concepción sustancialista o valorativa de la Constitución en la que las reformas constitucionales están sujetas no solo a límites procesales o institucionales, sino también a límites materiales o sustanciales —principalmente morales—, con lo que estamos de acuerdo. No obstante, esta concepción

no parece del todo equilibrada y, por eso, puede catalogarse de no completamente consistente.

Dicho desequilibrio lleva al TC, por ejemplo, a cerrar la puerta a analizar la constitucionalidad de una disposición constitucional originaria por considerar —sin razón suficiente— que el poder constituyente originario resulta ilimitado, contrariando la concepción sustantiva de la Constitución adoptada; pero ello parece ser solo un síntoma de su falta de claridad sobre cuáles son los parámetros de determinación de estos límites sustanciales. El TC recurre a conceptos ambiguos como el de identidad constitucional, que abarca tanto a las constituciones históricas como el derecho transnacional e internacional. No queda claro tampoco cómo ha identificado los contenidos implícitos en dicha identidad constitucional, dado que no distingue, por ejemplo, cómo se integran dos límites potencialmente en conflicto y de naturaleza muy diferente como lo son la dignidad humana —fin supremo de la sociedad y del Estado— y la soberanía del pueblo.

Para terminar, basta señalar que resulta imprescindible, por un lado, identificar los parámetros para esclarecer la justificación y la determinación razonables de la moral que conforma el núcleo indisponible material de la Constitución; y, por otro lado, caracterizar los elementos institucionales necesarios para asegurar la realización efectiva de dicho núcleo material. Toda disposición constitucional, así como toda reforma constitucional, deberá ajustarse tanto a ese núcleo material indisponible como también a ciertos elementos institucionales básicos. Asimismo, resulta necesario dilucidar los mecanismos más apropiados para tomar decisiones autoritativas cuando dicho sustrato material no goce de consenso político suficiente, entre en conflicto con una ley de reforma constitucional o, de ser el caso, con disposiciones constitucionales dadas directamente por el poder constituyente originario. Una propuesta de esa naturaleza excede las posibilidades de este trabajo y ha de quedar pendiente para futuras investigaciones.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2001). Sobre la Constitución del Estado Constitucional. *Doxa*, (24), 429-454. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>
- Aguiló, J. (2008). Tener una constitución, Darse una constitución y Vivir en constitución. *Isonomía*, (28), 67-86. <https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/394>
- Aguiló, J. (2011). El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli. *Doxa*, (34), 55-71. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32762/1/Doxa_34_03.pdf
- Albert, R. (2014). La estructura de las reglas de enmienda constitucional. *Wake Forest Law Review*, (49), 913-975.

Albert, R. (2017). *Formas y función de la Enmienda Constitucional*. Colombia: Universidad del Externado.

Albert, R. (2019a). Los métodos de la reforma informal. *Latin American Law Review*, (3), 29-47. <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.02>

Albert, R. (2019b). *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford: Oxford University Press.

Albert, R. (2019c). The formalist resistance to unconstitutional constitutional amendments. *Hastings Law Journal*, (70), 639-670.

Alexy, R. (2021). *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press.

Altavilla, C. (2022). Control de constitucionalidad y límites al poder de reforma constitucional: un análisis comparativo de la evolución jurisprudencial de los máximos tribunales en Argentina y Colombia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 481-509. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.26.15>

Atienza, M. (2007). Constitución y Argumentación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24), 197-228. <https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/AFD/articulo/view/2140/2140>

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

Bernal Pulido, C. (2013). Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia. En J. C. Henao (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional* (pp. 430-432). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Pulido, C. (2016). Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos en el neoconstitucionalismo. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, (9), 39-70. https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/03_carlosbernal.pdf

Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del Poder Constituyente en la creación constitucional. Los límites constitucionales del poder para reemplazar o reformar una Constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (22), 59-99. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03>

Bryce, J. (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Carpizo, J. (2009). El Tribunal Constitucional y la reforma constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (12), 21-67.

Casey, C. (2022). Constitutional Design and the Point of Constitutional Law. *The American Journal of Jurisprudence*, 67(2), 173-197. <https://doi.org/10.1093/ajj/auac010>

Castellano, D. (2013). *Constitución y constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.

Castillo Córdova, L. (2008). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra.

Castillo Córdova, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Castillo Córdova, L. (2021, 7 de octubre). La inconstitucionalidad de una asamblea constituyente. *La Ley*. <https://laley.pe/2021/10/07/la-inconstitucionalidad-de-una-asamblea-constituyente/>

Chávez-Fernández Postigo, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la dignidad ontológica*. Lima: Palestra.

Chávez-Fernández Postigo, J. (2021). Las consecuencias jurídicas de los defectos morales del derecho: una propuesta a partir del debate entre Alexy y Finnis. *Prudentia Iuris*, (92), 125-158. <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.125-158>

Chávez-Fernández Postigo, J. (2023). Dignidad humana e injusticia extrema. Distintas tradiciones iusfilosóficas en diálogo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (48), 37-59. <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25530>

Chávez-Fernández Postigo, J., & Ríos Carrillo, P. (2019). De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un «iusnaturalismo moderado»: una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1), 177-201. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000100177>

Chávez-Fernández Postigo, J., & Valdivia Aguilar, T. (2016). Entre derechos implícitos y derechos naturales: la Corte IDH y la no discriminación por orientación sexual en el caso Atala. *Dikaion*, 25(1), 53-74. <https://doi.org/10.5294/dika.2016.25.1.3>

Cianciardo, J. (2008). *Una introducción a los principios constitucionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

De Paz González, I., & Amador Magaña, D. (2017). Referéndums contemporáneos: Deliberación y problemas de su ejercicio en diversos contextos constitucionales. *Estudios Constitucionales*, 15(2), 83-122. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/385/306>

Donaire Villa, F. (2021). ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? La eventual aplicación en España de un paradigma emergente en el derecho comparado. *Revista CEFLegal*, (240), 33-66. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2021.9491>

Doyle, O. (2020). Order from chaos?: Typology and models of constitutional change. En Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (pp. 45-60). Routledge.

Dworkin, R. (2019). *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana* (M. Parmigi, trad.). Lima: Palestra.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

Dyzenhaus, D. (2012). Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, 1(2), 229-260. <https://doi.org/10.1017/S2045381712000032>

Eguiguren, F. (2018). El referéndum y sus alcances en la reforma de la Constitución en el Perú: ¿Sólo procede para ratificar una reforma aprobada previamente por el Congreso? *Pensamiento Constitucional*, (23), 243-259. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/20954/20646>

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa*, (34), 15-53. <https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo->

Ferrerres, V. (2024). The Death of Constituent Power. En Ran Hirschl y Yaniv Roznai (eds.), *Deciphering the genome of constitutionalism. The foundations and future of constitutional identity* (pp. 63-75). Cambridge University Press.

Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Finnis, J. (2013). Reflections and responses. En John Finnis (ed.), *Reason, Morality and Law* (pp. 459-584). Oxford: Oxford University Press.

Finnis, J. (2016). Judicial Law-Making and the 'Living' Instrumentalisation of the ECHR. En N. W. Barber, Richard Elkins y Paul Yowell (eds.), *Lord Sumption and the Limits of the Law* (pp. 73-120). Oxford Portland: Hart Publishing.

George, R. (2001). Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review. *Fordham Law Review*, 69(6), 2269-2283. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss6/1>

Guastini, R. (2022). The multiple identities of Constitutions. *Revista de Ciencia de la Legislación*, (11). <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b5efeaa56c77db78fbd8270a07ea6d3d>

Hakkanson Nieto, C. (2006). El reconocimiento del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. *Actualidad Jurídica*, (147), 137-141.

Hasebe, Y. (2009). On the dispensability of the concept of constituent power. *Indian Journal of Constitutional Law*, (3), 39-51. <http://www.commonlii.org/in/journals/INJlConLaw/2009/3.html>

Jackson, V. (2018). «Constituent Power» or degrees of legitimacy? *The Vienna Journal on International Constitutional Law*, 12(3), 319-244. <https://doi.org/10.1515/icl-2018-0068>

Jacobsohn, G. (2006). Constitutional Identity. *The Review of Politics*, 68(3), 361-397. <https://www.jstor.org/stable/20452799>

Landa, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP

Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *U.C. Davis Law Review*, (47), 189-260. https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf

Landau, D., & Dixon, R. (2015). Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *Icon*, 13(3), 606-638. <https://doi.org/10.1093/icon/mov039>

Landau, D., Dixon, R., & Roznai, Y. (2019). From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution: lessons from Honduras. *Global Constitutionalism*, 8(1), 40-70. <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>

LeDuc, L. (2015). Referendos y democracia deliberativa. *Estudios Electorales*, (38), 139-148.

Legarre, S. (2018). A New Natural Law Reading of The Constitution. *Louisiana Law Review*, 78(3), 877-905. <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol78/iss3/8>

Leiter, B. (2023). Politics by Other Means: The Jurisprudence of “Common Good Constitutionalism”. *The University of Chicago Law Review*, 90(6), 1685-1717. <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/politics-other-means-jurisprudence-common-good-constitutionalism>

Nogueira Alcalá, H. (2010). La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (129), 1261-1321. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2010.129.4649>

Nogueira Alcalá, H. (2017). Poder Constituyente, Reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, (36), 327-349. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.36.10868>

Nugraha, I. (2023). Abusive Unconstitutional Constitutional Amendments: Indonesia, the Pancasila and the Spectre of Authoritarianism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 43(2), 379-404. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqad002>

Portocarrero, A. (2011). El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (27), 75-102. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3013/2657>

Ragone, S. (2020). Control de constitucionalidad de los vicios de forma de la reforma constitucional. En M. Henríquez Viñas (ed.), *Jurisdicción Constitucional y vicios de forma* (pp. 87-104). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ragone, S. (2021). La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la “sustitución” como paradigma formal y material”. *Revista Derecho del Estado*, (50), 99-131. <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.05>

Roales Buján, O. (2023). *Constituciones inconstitucionales, soberanos limitados. El entramado de los derechos fundamentales como fundamento de la noción de soberanía*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias.

Ródenas, Á. (2012). *Los intersticios del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

Rosenfeld, M. (2012). Constitutional identity. En M. Rosenfeld y A. Sajo (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 756-776). Oxford: Oxford University Press.

Roznai, Y. (2013). The theory and practice of 'supraconstitutional' limits on constitutional amendments. *International and Comparative Law Quarterly*, 62(3), 557-597. <https://doi.org/10.1017/S0020589313000249>

Roznai, Y. (2017). *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford: Oxford University Press.

Roznai, Y. (2018). Unconstitutional constitutional change by Courts. *New England Law Review*, 51(3), 555-577. <https://ssrn.com/abstract=3273956>

Scholtes, J. (2021). Abusing constitutional identity. *German Law Journal*, 22(4), 534-556. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.21>

Silva, L., & Contreras, F. (2020). La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia. *Estudios Constitucionales*, 18(1), 395-434. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/download/639/407>

Stone, A. (2018). Unconstitutional constitutional amendments: Between contradiction and necessity. *The Vienna Journal on International Constitutional Law*, 12(3), 357-368. <https://doi.org/10.1515/icl-2018-0043>

Toller, F. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. C. Rivera, J. S. Elias, L. S. Grosman y S. Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales* (vol. I, pp. 107-199). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Torres, N. (2017). Control de Normas Constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Subsidiariedad, Deferencia e Impacto en la teoría del cambio constitucional. En A. Saiz Arnaiz (dir.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (pp. 71-108). Valencia: Tirant lo Blanch.

Valdivia Aguilar, T. (2022). Reformas constitucionales inconstitucionales: el caso peruano. En C. Landa (ed.), *La reforma constitucional en América Latina y el Perú* (pp. 161-174). Valencia: Tirant lo Blanch.

Vermeule, A. (2022). *Common Good Constitutionalism*. Cambridge: Polity Press.

Verdugo, S. (2022). El poder constituyente impopular. *Actualidad Jurídica*, (46), 207-246. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2022/09/AJ-46-09-El-poder-constituyente-impopular-Sergio-Verdugo.pdf>

Wieland, H. (2023a). *El referéndum en el Perú. Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional* (2.ª ed.). Lima: Palestra.

Wieland, H. (2023b). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 31399, que elimina el derecho ciudadano de referéndum. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (183). <https://www.gacetajuridica.com.pe/productos/gaceta-constitucional/articulos-juridicos/autores/hubert-wieland-conroy>

Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

65 *Congresistas c. Reglamento del Congreso de la República del Perú*, sentencia (expediente 00006-2003-AI/TC) (TC [Perú], 1 de diciembre de 2003).

Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos c. Constitución Política del Perú de 1993, sentencia (expediente 0014-2003-AI/TC) (TC [Perú], 10 de diciembre de 2003).

Boyce c. Barbados, Serie C.N.º 169 (Corte IDH, 20 de noviembre de 2007).

Ciudadanos c. Congreso de la República, sentencia 443/2023 (expediente 00001-2023-PI/TC) (TC [Perú], 20 de octubre de 2023).

Colegio de Abogados de Ayacucho, El Santa y Lambayeque c. Congreso de la República del Perú, sentencia 918/2021 (expedientes 00019-2021-PI/TC, 00021-2021-PI/TC y 00022-2021-PI/TC) (TC [Perú], 11 de noviembre de 2021).

Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, auto 1 (expediente 00013-2020-PI/TC) (TC [Perú], 7 de enero de 2021).

Colegio de Abogados de Sullana c. la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, sentencia 890/2021 (expediente 00013-2020-PI/TC) (TC [Perú], 17 de noviembre de 2021).

Colegio de Abogados del Cusco c. Congreso de la República del Perú, sentencia (expediente 014-2002-AI/TC) (TC [Perú], 21 de enero de 2002).

Colegios de Abogados de Cusco y Callao y más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú, sentencia (expedientes 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, STC 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC) (TC [Perú], 3 de junio de 2005).

Congreso de la República del Perú c. Poder Ejecutivo, sentencia 307/2023 (expediente 0004-2022-CC/TC) (TC [Perú], 30 de mayo de 2023).

Constitución Política del Perú (Asamblea Constituyente [Perú], 1979).

Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente [Perú], 1993).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. (OEA, 1969).

Debate Constitucional Pleno 1993, vol. I (Congreso de la República del Perú, 2011).

Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Congreso de la República [Perú], 2 de mayo de 1994). *Diario Oficial El Peruano*, 3 de mayo de 1994.

Ley 27680, Ley de reforma constitucional del capítulo XIV del título IV, sobre descentralización (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 7 de marzo de 2002.

Ley 30904, Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la junta nacional de justicia (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 10 de enero de 2019.

Ley 31280, Ley de reforma constitucional que establece el régimen de residencia temporal del expresidente de la República (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 16 de julio de 2021.

Ley 31304, Ley de reforma constitucional que refuerza la protección del patrimonio cultural de la nación (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de julio de 2021.

Ley 31305, Ley de reforma constitucional que fortalece la lucha anticorrupción en el marco del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de julio de 2021.

Ley 31355, Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú. (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 21 de octubre de 2021.

Ley 27600, Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional. (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 16 de diciembre de 2021.

Ley 31399, Ley de reforma constitucional que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la ley 26300. (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 30 de enero de 2022.

Ley Fundamental [Grundgesetz, 1949] (versión en español) (República Federal de Alemania). Deutscher Bundestag, Berlín, junio de 2024.

Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos c. Decretos Ley 25475, 25659, 25708 y 25880, Sentencia (Expediente 010-2002-AI/TC) (TC [Perú], 3 de enero de 2003).

Más de 5000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú, Sentencia (Expediente 0008-2018-PI/TC) (TC [Perú], 4 de octubre de 2018).

Miguel Ángel Mufarech Nemy c. Ley 28607 que modifica los artículos 91, 191 y 194 de la Constitución de 1993, sentencia (expediente 00024-2005-AI/TC) (TC [Perú], 2 de noviembre de 2005).

Olmedo Bustos c. Chile, Serie C N.º 73 (CIDH, 5 de febrero de 2005).

Informe sobre los límites a la reelección. Parte I - Presidentes, CDL-AD(2018)010 (Comisión de Venecia, 2018).

Opinión sobre la vinculación de las enmiendas constitucionales a la cuestión de la confianza, Opinión 964 (Comisión de Venecia, 2019).

Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón c. Poder Ejecutivo, sentencia (expediente 006-2019-CC/TC) (TC [Perú], 14 de enero de 2020).

Poder Ejecutivo c. Congreso de la República del Perú, sentencia 6/2022 (expediente 00032-2021-PI/TC) (TC [Perú], 3 de febrero de 2022).

Poder Ejecutivo c. Congreso de la República, sentencia 374/2022 (expediente 00001-2022-CC/TC) (TC [Perú], 24 de noviembre de 2022).

Rafael Cáceres Neyra y otros c. Corte Superior de Justicia de Lima Norte, sentencia (expediente 0489-2006-PHC/TC) (TC [Perú], 25 de enero de 2007).

Reglamento del Congreso de la República del Perú (Congreso de la República [Perú], 2016).

Resolución Legislativa 021-2020-2021-CR (Congreso de la República [Perú]). *Diario Oficial El Peruano*, 3 de junio de 2021.

Cantoral Benavides c. Perú, Serie C N.º 69 (CIDH, 18 de agosto de 2000).

Castillo Petruzzi y otros c. Perú, Serie C N.º 52 (CIDH, 30 de mayo de 1999).

YATAMA c. Nicaragua, Serie C N.º 127 (CIDH, 23 de junio de 2005).

Recibido: 29/11/2023
Aprobado: 30/07/2024

53

PODER Y CONSTI-
TUCIÓN: LA ARGU-
MENTACIÓN DE LA
DOCTRINA DE LAS
REFORMAS CONSTI-
TUCIONALES IN-
CONSTITUCIONALES
EN LA JURISPRUDEN-
CIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
PERUANO Y SUS
PROBLEMAS

POWER AND
CONSTITUTION: THE
ARGUMENTATION OF
THE DOCTRINE OF
UNCONSTITUTIONAL
CONSTITUTIONAL
AMENDMENTS
IN THE PERUVIAN
CONSTITUTIONAL
TRIBUNAL CASE-LAW
AND ITS PROBLEMS

TRILCE VALDIVIA AGUILAR Y
JOSÉ CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO



Disponible en:

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533682004001>

Cómo citar el artículo

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista en redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de revistas científicas de Acceso Abierto diamante
Infraestructura abierta no comercial propiedad de la
academia

Trilce Valdivia Aguilar, José Chávez-Fernández Postigo
**Poder y Constitución: la argumentación de la doctrina de
las reformas constitucionales inconstitucionales en la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y sus
problemas***

**Power and Constitution: The Argumentation of the
Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendments
in the Peruvian Constitutional Tribunal Case-Law and Its
Problems**

Derecho PUCP

núm. 93, p. 9 - 53, 2024

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP,

ISSN: 0251-3420

ISSN-E: 2305-2546

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202402.001>