

La reforma total de la Constitución y sus límites: los casos de Panamá y Perú

Rubén Darío Córdoba Barriá

Resumen: *La Constitución del Perú de 1993 y la Constitución de Panamá de 1972 prevén la reforma total de la Constitución, pero el tema de los alcances de este tipo de reforma no es pacífico. Si bien ninguna de estas constituciones establece cláusulas pétreas, es posible plantear la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma. Los límites materiales implícitos del poder de reforma son barreras con las que se intenta impedir en última instancia la caída del sistema constitucional. Tomando en cuenta estos límites, ninguna reforma constitucional puede ser total en el sentido de que esté legitimada para desconocer la dignidad del hombre, los derechos fundamentales o la soberanía popular característicos del Estado constitucional democrático, pues se terminaría destruyendo la propia Constitución como herramienta de limitación del poder político y protección de los derechos fundamentales.*

Palabras claves: *Constitución, reforma constitucional, derechos fundamentales, poder constituyente, democracia.*

Abstract: *The Constitution of Peru of 1993 and the Constitution of Panama of 1972 provide for the total reform of the Constitution, but the issue of the scope of this type of reform is not peaceful. While none of these constitutions established immutable clauses, it is possible to raise the implicit existence of material limits the power of reform. Implicit material limits to the power of reform are barriers that are ultimately trying to stop the fall of the constitutional system. Given these limits, no constitutional reform can be complete in the sense that it is entitled to ignore human dignity, fundamental rights or characteristic popular sovereignty of the democratic constitutional State, because it would destroy the Constitution itself as a tool of limitation of political power and protection of fundamental rights.*

Keywords: *Constitution, constitutional reform, fundamental rights, constituent power, democracy.*

Introducción: poder constituyente y poder de reforma

Al abordar el tema que nos ocupa, es necesario referirnos al menos tangencialmente a la vieja distinción entre poder constituyente y poder de reforma, distinción que en nuestra opinión sigue vigente tanto en la teoría como en la *praxis* constitucional. En cuanto al **poder constituyente**, iniciemos recordando que quien acuñó dicho concepto en el ámbito político fue el sacerdote francés Emmanuel-Joseph Sieyès en su ensayo titulado *¿Qué es el tercer estado?*, publicado en el año 1789, en el marco de la Revolución Francesa. Dicho ensayo tiene una gran importancia en el desarrollo de la teoría constitucional, de allí que Francisco Ayala sostenga que el escrito concita un doble interés, “por una parte, el interés histórico: constituye un documento vivo, inmediato y primordial del advenimiento de la clase burguesa al poder político. Por otra parte, el interés teórico: contiene la formulación original y auténtica de la doctrina del poder constituyente del pueblo”¹.

En efecto, la primera vez que se habló en forma articulada del poder constituyente fue en un pasaje de *¿Qué es el tercer estado?* que dice así: “en cada parte la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación”². Como se puede apreciar, la noción está vinculada desde su origen con el poder para hacer una Constitución, y con la distinción que hay entre ese poder y cualquier tipo de poder constituido.

Tener en cuenta el contexto histórico en el cual Sieyès elaboró la doctrina del poder constituyente es indispensable para entender el gran valor de su planteamiento, y es que este autor, en el marco del ocaso del Antiguo Régimen y el nacimiento del constitucionalismo moderno, sostuvo que el llamado “tercer estado”, aquel relegado estamento mayoritario de la sociedad francesa de la época que carecía de privilegios y que abarcaba a todas las personas que desempeñaban “[...] desde las profesiones científicas y liberales más distinguidas hasta los servicios domésticos menos estimados”³, constituía realmente la nación francesa, y no los estamentos privilegiados de la nobleza y el clero. Sieyès sostuvo entre otras cosas que ese sector de la sociedad francesa, “el tercero”, a pesar de ser mayoritario y pagar todos los impuestos, estaba excluido sistemáticamente de los privilegios y de las más distinguidas posiciones de gobierno, reservadas precisamente para la nobleza y el clero.

1. Ayala, Francisco. Introducción. En: Sieyès, Emmanuel-Joseph. *¿Qué es el tercer estado?* Trad. del francés por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973, p. XIII.

2. Sieyès, Emmanuel-Joseph. Op. cit., pp. 76-77

3. *Ibidem.*, p. 6.

En el marco de esta realidad profundamente inequitativa, el clérigo francés señaló que el tercer estado estaba llamado a liberarse de la escandalosa exclusión en que se le había sumido mediante ese orden de privilegios, pues era realmente en el tercero que podía encontrarse el interés común y no el interés basado en los privilegios. Dado que el tercero, aquella pujante, mayoritaria pero excluida burguesía, constituía para Sieyès la auténtica nación francesa, se pregunta entonces este revolucionario:

*“¿Quién osaría, pues, decir que el Tercer estado no tiene en sí todo lo necesario para formar una nación completa? Es el hombre fuerte y robusto, uno de cuyos brazos está todavía encadenado. Si se suprimiera el orden privilegiado, la nación no sería menos en nada, sino algo más. Así, ¿qué es el Tercero? Todo, pero un todo trabado y oprimido. ¿Qué sería sin el orden privilegiado? Todo, pero un todo libre y floreciente”*⁴.

El autor francés, en el importante escenario histórico de la Revolución Francesa y en la búsqueda de la tan anhelada libertad política, afirmó que el poder constituyente descansa en la nación y que esta no está sometida a las reglas que vinculan a los poderes constituidos, ni siquiera a la Constitución, por ello sostuvo en un conocido pasaje que “la nación existe ante todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural”⁵. Sieyès termina elaborando una de las distinciones más importantes de que se vale la teoría constitucional, aquella entre poder constituyente y poder constituido, caracterizando al primero como aquel que reside en la nación y que es capaz de crear una Constitución sin estar sometido a reglas jurídicas previas, y al segundo como todo aquel poder esencialmente limitado que debe actuar siempre en el marco de la Constitución, mediante la cual ha sido creado y regulado jurídicamente. Es tal la relevancia de este aporte de Sieyès que se le ha llegado a reconocer como:

*“[...] el personaje que produjo la más sólida construcción jurídica que completó y consolidó el pensamiento político de sustento de la Revolución Francesa y marcó el inicio de la formación del Estado Constitucional moderno en el mundo occidental”*⁶.

4. *Ibidem.*, p. 11.

5. *Ibidem.*, p. 75.

6. Blume Fortini, Ernesto. El aporte de Sieyès a la forja del Estado constitucional. En: AA.VV. Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Vol. 2. Lima: IDEMSA, 2009, p. 18.

A partir de la construcción teórica de Sieyès y aportes posteriores podríamos conceptualizar al poder constituyente como aquella potestad que en todo momento tiene el pueblo, como comunidad de ciudadanos, de darse libremente una Constitución Política⁷, y así ha sido entendido en clave democrática hasta nuestros días. Sobre este punto, si bien la concepción sobre la titularidad del poder constituyente de Sieyès no incluía a todos los hombres mayores de edad ni a las mujeres dado el contexto histórico en que se vivía, constituyó un punto de partida para la posterior extensión de los derechos políticos a los hombres y mujeres mayores de edad, sin distinción de raza o condición económica.

Algo que debemos recalcar al referirnos a la teoría de Sieyès es que su concepción del poder constituyente siempre estuvo comprometida con los llamados “derechos del hombre y del ciudadano”, pues ya en su escrito *Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, sostuvo con claridad lo siguiente:

“Los representantes de la nación francesa, al ejercer desde este momento las funciones del PODER CONSTITUYENTE, consideran que **toda unión social y, por consiguiente, toda Constitución política no puede tener más objeto que el de manifestar, ampliar y garantizar los Derechos del Hombre y del Ciudadano.** Por consiguiente, consideran que primeramente deben darse a la tarea de reconocer tales derechos; que su exposición razonada debe anteceder al plan de Constitución, por ser su preliminar indispensable, y que esto es presentar a todas las constituciones políticas el objeto o la finalidad que todas, sin distinción alguna, deben esforzarse por alcanzar [las negritas son nuestras]”⁸.

Queda entonces claro que el sacerdote francés no concibió un poder constituyente arbitrario, tiránico u opresor, pues asumía que dicho poder estaba indisolublemente vinculado a los derechos del hombre, en el entendido de que estos constituyen precisamente su razón de ser.

7. El jurista germano Ernst Böckenförde agrega que el poder constituyente no solo es capaz de crear una Constitución, sino también “[...] de sustentar, y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez”. Böckenförde, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trad. del alemán por Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000, p. 163

8. Sieyès, Emmanuel-Joseph. *Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. En: Pantoja Morán, David (Comp.). *Escritos Políticos de Sieyès*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 177-178.

Resulta pertinente referirnos también a la aplicación práctica del poder constituyente en la historia. Sobre el particular, indica José Omar Cairo Roldán lo siguiente:

“Si bien es cierto que la elaboración teórica del Poder Constituyente (es decir, su definición como la atribución de los integrantes de una sociedad política para elaborar la Constitución que contenga la estructura organizativa concreta del sistema constitucional de dicha sociedad) la realizó Sieyès en 1789, este poder ya se venía ejerciendo con anterioridad, en la práctica, en Norteamérica”⁹.

Es entonces claro que el ejercicio práctico del poder constituyente del pueblo es anterior a su elaboración teórica. Sobre el particular, resalta Gonzalo Ramírez Cleves que “[...] la Constitución del Estado de Massachusetts de 1780 será el primer modelo de Constitución de la historia que adopta la actuación popular en la elaboración de una Constitución, dando lugar a la elaboración de un poder constituyente democrático conformador”¹⁰. Queda así fuera de duda el papel fundamental que a finales del siglo XVIII jugaron tanto los franceses como los estadounidenses en el nacimiento teórico-práctico de lo que hoy conocemos como poder constituyente, construcción de enorme valor para el constitucionalismo hasta nuestros días.

Vale la pena advertir que si bien el ejercicio del poder constituyente es extraordinario, su potencial como herramienta de transformación del sistema político-constitucional sigue vigente y no debe ser menospreciado, tampoco debe confundirse el legítimo ejercicio democrático del poder constituyente con un golpe de Estado, como suele hacerse en los medios de comunicación, pues no solo son cosas diferentes sino contrarias entre sí¹¹. Dicho esto, no menos cierto es que

9. Cairo Roldán, José Omar. El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Cuaderno de Trabajo N° 17. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, 2010, p. 13.

10. Ramírez Cleves, Gonzalo. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 206. Cit. por: Cairo Roldán, José Omar. Op. cit., p. 13.

11. Por mencionar un ejemplo de tantos posibles, a nadie se le ocurriría plantear en la actualidad que el proceso constituyente peruano de 1978-1979 con el cual se dio la transición a la democracia fue un golpe de Estado. Mientras el ejercicio auténtico del poder constituyente del pueblo es una de las más claras manifestaciones de la democracia, el golpe de Estado es un atentado contra la democracia consistente en un acto de fuerza ejecutado por un grupo de personas para hacerse del gobierno, tal como sucedió tanto en Perú como en Panamá en octubre de 1968 (Ver: Molina, Ignacio. Conceptos fundamentales de Ciencia Política. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 58).

el ejercicio del poder constituyente requiere del mayor consenso posible, es decir, no debe ser fruto de la improvisación, la aventura o el mero capricho de un grupo político. En esta línea, destaca José Omar Cairo Roldán que el elemento del consenso en un proceso constituyente es de suma importancia para evitar el surgimiento de regímenes autocráticos y precisa lo siguiente:

“Este consenso consiste en la común intención de las tendencias políticas presentes en una sociedad de crear una estructura organizativa completa para el sistema constitucional o de revisar totalmente la organización existente pero –debido a circunstancias especiales- prescindiendo de los mecanismos que la Constitución establece para su reforma. No podrá ser, por lo tanto, el resultado de la imposición de una mayoría política eventual, por más considerable que sea su dimensión numérica”¹².

Ya en cuanto al modo concreto en que se ejerce el poder constituyente, se ha reconocido que existen básicamente dos grandes modelos, el francés y el estadounidense. Por un lado, el **modelo francés**, perfilado por Sieyès, acoge plenamente el mecanismo de la representación para el ejercicio del poder constituyente, pues la nación no puede expresar su voluntad por sí sola y necesita de representantes, en quienes quedará delegado el ejercicio del poder constituyente, resultando así innecesario que el pueblo participe directamente en la aprobación de la Constitución¹³. En este sentido, Sieyès señaló que el cuerpo de representantes extraordinarios encargado de elaborar la Constitución “[...] reemplaza a la nación en su independencia de toda clase de formas constitucionales”¹⁴ y agrega que estos representantes “están puestos en lugar de la nación misma que tiene que regular la constitución. Son independientes de esta como ella. Les basta querer como quieren los individuos en el estado de naturaleza” y “[...] su voluntad común valdrá por la de la nación misma”¹⁵.

Por otro lado, el **modelo estadounidense** exige la participación directa del pueblo como titular de la soberanía, pues en dicho esquema el poder constituyente no puede ejercerse por medio de representantes. En ese sentido, una convención constituyente nunca podría considerarse como titular del poder constituyente ni tomar el lugar de la nación. Como consecuencia de esta concepción, cualquier

12. Cairo Roldán, José Omar. Op. cit., p. 17.

13. Idídem., p. 29 y ss.

14. Sieyès, Emmanuel-Joseph. ¿Qué es el tercer estado? Trad. del francés por Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973, p. 83.

15. Idídem., p. 84.

proyecto de Constitución que elabore una convención constituyente deberá ser sometido al pueblo en referéndum para su ratificación final, pues el pueblo es el único depositario de la soberanía y titular del poder constituyente.

Ya en cuanto al **poder de reforma**, se trata de un poder esencialmente limitado y regulado jurídico-constitucionalmente, diseñado exclusivamente para introducir precisamente reformas a la Constitución de manera ordenada y bajo determinados parámetros. Respecto a la distinción entre el poder constituyente y el poder de reforma, el constitucionalista español Pedro De Vega señala categóricamente que “mientras el poder constituyente es un poder previo, y se encuentra siempre por encima de la Constitución, el poder de reforma es un poder que se configura, ordena y establece en la propia Constitución, de donde proceden y en donde se legitiman todas sus facultades de actuación”¹⁶.

Debemos señalar que algunos constitucionalistas rechazan la distinción entre poder constituyente y poder de reforma (también llamado poder constituyente derivado o constituido). Por ejemplo, el constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié es del siguiente parecer:

“[...] no hay para nosotros diferencia entre el poder constituyente originario y el derivado, en el sentido de que uno sea supremo y el otro no. La diferencia solo existe de hecho: si el poder constituyente cumple con las disposiciones constitucionales que regulan su acción, se lo denomina derivado (procesalmente); si no lo hace, se lo denomina originario. Pero el derivado puede, cumpliendo con las prescripciones de la Constitución (si no las cumple lo mismo), modificar en el todo o en cualquiera de sus partes a la Constitución: en tal sentido el poder constituyente derivado puede hacer una revolución tan bien como la puede hacer el originario”¹⁷.

Similar posición sostuvo el insigne constitucionalista panameño César Quintero, para quien “los cambios constitucionales que se efectúan de acuerdo con las prescripciones de la Constitución (poder constituyente ‘constituido’) y los que se llevan a cabo con independencia de dichas prescripciones (poder constituyente ‘originario’), son operaciones de la misma naturaleza y trascendencia”¹⁸.

16. De Vega, Pedro. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999 (e.o. 1985), pp. 107-108.

17. Quiroga Lavié, Humberto. Derecho Constitucional. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978, p. 47.

18. Quintero, César. Crítica a la teoría tradicional del poder constituyente. Panamá: Cultural Portobelo, 1998, p. 47.

Nosotros nos decantamos más bien por la posición que reconoce la diferencia existente entre el poder constituyente y el poder de reforma, dado que mientras aquel no está sometido a los límites materiales y formales establecidos en la Constitución que pretende cambiar, este último debe ceñirse estrictamente al procedimiento y los límites que dimanen de la Constitución. Consideramos entonces que el poder constituyente y el poder de reforma son claramente de distinta naturaleza y alcance.

En lo que respecta al origen histórico del poder de reforma, se trata indiscutiblemente de un aporte del constitucionalismo estadounidense, tal como han dejado claro varios investigadores, pues en la Constitución federal estadounidense de 1787, específicamente en su artículo V, se previó dos mecanismos para reformar la Constitución, consolidándose así el poder y la técnica de reforma constitucional en el constitucionalismo moderno¹⁹, de manera que todas las generaciones tengan siempre la posibilidad de reformar la Constitución que las rige y no se encuentren atadas perpetuamente a la decisión constituyente tomada por alguna generación anterior, tal como propugnó enérgicamente Thomas Jefferson.

Sobre el poder de reforma debemos resaltar finalmente que fue concebido básicamente para adecuar la Constitución a nuevas realidades o introducir variaciones en el ordenamiento constitucional, pero no para destruir la Constitución que le da sustento, de allí la famosa frase de William Marbury: *“the power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it”*²⁰.

Reforma parcial y reforma total de la Constitución

En cuanto al alcance que puede tener una reforma constitucional, algunas constituciones y un sector de la doctrina han distinguido entre reforma total y reforma parcial de la Constitución. Podría decirse que formalmente una reforma total de la Constitución es una operación en la cual se somete a revisión todo el

19. Pérez Royo, Javier. La reforma de la Constitución. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987, p. 19 y ss.; Cairo Roldán, José Omar. Op. cit., p. 22. Gonzalo Ramírez Cleves detalla que antes de la Constitución federal estadounidense de 1787, “[...] la Constitución de Pennsylvania de septiembre de 1776 se convierte en la primera normatividad constitucional en establecer un mecanismo de reforma, junto a las constituciones de Delaware, Maryland y Georgia” (Ramírez Cleves, Gonzalo. Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 288).

20. Marbury, William. The limitation upon the amending power. En: Harvard Law Review. Vol. 33. 1919 -20, p. 225. Cit. por: De Vega, Pedro. Op. cit., p. 238.

texto de la Constitución, mientras que una reforma parcial es aquella dirigida a afectar determinadas normas de la Constitución, sin revisarla en su integridad.

Desde el punto de vista histórico, destaca Javier Pérez Royo que ya la primera Constitución francesa de 1791 distinguía entre reforma parcial y reforma total de la Constitución (“*changement*”), pero no se precisó el procedimiento para la reforma total, quedando dicha alusión relegada a un plano abstracto²¹. Así, el asunto se ha problematizado en torno a lo que ha de entenderse por reforma total, su alcance y, en algunos casos, el procedimiento para realizarla.

En el lenguaje común, el vocablo **total** quiere decir “general, universal, y **que lo comprende todo en su especie** [las negritas son nuestras]”²², sin embargo, el lenguaje jurídico es técnico y demanda mayor precisión. Entrando precisamente al ámbito jurídico, algunos advierten que “el concepto de reforma total, aunque pueda parecer muy claro en principio, no se deja definir, sin embargo, con facilidad”²³, cabe señalar también que algunas constituciones en lugar de hablar de reforma total se refieren a la reforma general, tal es el caso del artículo 196 de la Constitución de Costa Rica, el cual indica que una reforma general de la Constitución solo puede hacerse mediante una Asamblea Constituyente convocada al efecto. En este sentido, el constitucionalista costarricense Rubén Hernández Valle aclara que:

“la reforma constitucional puede ser parcial, cuando se modifican uno o varios artículos; es general, en cambio, cuando es modificada **la totalidad del texto constitucional vigente o bien partes vitales de él que impliquen un cambio radical en su régimen político, económico o social** [las negritas son nuestras]”²⁴.

21. Pérez Royo, Javier. Op. cit., pp. 47-48.

22. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española [en línea]. 22a edición. Madrid. 2012. Voz: total [Consulta: 27 de noviembre de 2015]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=aA3yF5I>

23. Pérez Royo, Javier. Op. cit., p. 188. Aunque reconoce seguidamente el constitucionalista español que “hay algunos supuestos en los que la definición de la reforma como total se podría hacer sin ninguna duda. Serían aquellos en los que a través del procedimiento de reforma se cambiara por completo de Constitución. Pero esto no sólo no suele ser frecuente, sino que no ocurre prácticamente nunca. Cuando se produce la sustitución de una Constitución por otra diferente, ello no suele ocurrir a través del procedimiento de reforma, sino mediante un proceso constituyente completamente nuevo [las negritas son nuestras]” (Ídem).

24. Hernández Valle, Rubén. El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 13, núm. 37, enero-abril de 1993, p. 147 [Consulta: 22 de mayo de 2015]. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_037_149.pdf.

Así, para algunos doctrinarios, la reforma total de la Constitución no es un asunto exclusivamente numérico, pues también sería una reforma total aquella mediante la cual se modifican aspectos centrales del régimen constitucional. Dado que en este artículo estudiamos los casos de Perú y Panamá, veamos concretamente lo que ha señalado el Tribunal Constitucional peruano al abordar el tema de la reforma parcial y total de la Constitución:

“122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: **si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama “núcleo duro” de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.**

123. En consecuencia, **cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquélla que no modifica tales principios y fundamentos** [las negritas son nuestras]”²⁵.

Visto lo anterior, uno de los problemas que plantea el concepto de reforma total de la Constitución es que abre la posibilidad para considerar que con ella se puede superar cualquier limitación material o de contenido, siempre y cuando se siga el procedimiento establecido en la cláusula de reforma, y es que allí donde se invoca una reforma total podría interpretarse que se ponen en juego los aspectos fundamentales que identifican al Estado constitucional, como los derechos fundamentales o el régimen democrático, que precisamente forman parte de los “presupuestos básicos de la organización política, económica y social” de la Constitución a los que hace referencia el Tribunal Constitucional peruano. En esta

25. República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamentos jurídicos n° 122 y 123 [Consulta: 22 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

línea, **hay quienes consideran que una reforma total puede superar los límites a que está sometida la reforma parcial, pues asumen que con la reforma total se ha “constitucionalizado la función constituyente”²⁶.**

En fin, cuando estamos ante una Constitución que prevé la denominada reforma total y al mismo tiempo no establece cláusulas de intangibilidad, algunos podrían pensar que queda legitimada jurídicamente la destrucción de la Constitución y el Estado constitucional como tal; sin embargo, debemos advertir que esa es una interpretación posible pero errada, pues la reforma total de la Constitución deberá respetar los denominados límites materiales implícitos que se derivan lógicamente de la Constitución, como tendremos oportunidad de ver.

Es así que advertimos la existencia de una tensión entre el alcance que podría dársele a una reforma total de la Constitución y la existencia de límites materiales implícitos que se derivan esta, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales de la persona y el régimen democrático. La idea que expresamos en este estudio es que al invocarse una reforma total de la Constitución, no debe entenderse que se hace un llamado a destruir la Constitución, sino a someterla formalmente a una revisión general pero sin poder transgredir los límites materiales que de la Constitución se derivan. No es viable entonces una reforma total en sentido literal sin más, pues el poder de reforma no se ha concebido como una facultad para destruir el sistema constitucional.

El constitucionalista español Pedro De Vega va aún más lejos y critica severamente la propia inclusión de la llamada reforma total en la Constitución española de 1978, señala en esta línea que “[...] la reforma está por necesidad sometida a límites; incluso cuando, disparatada y absurdamente, en la propia normativa legal, se reconoce, como sucede en nuestro ordenamiento, la posibilidad de reformas totales”²⁷.

Las críticas de este importante autor apuntan a que allí donde se ha constitucionalizado la reforma total y no se han establecido expresamente límites a las posibilidades del poder de reforma, se ha terminado identificando en gran medida al poder de reforma con el poder constituyente, lo cual significaría atribuir facultades excesivas al poder de reforma. De Vega afirma que el poder de reforma únicamente puede ser entendido como un poder constituido que está limitado tanto formal como materialmente, plantea entonces en el contexto español lo siguiente:

“[...] el poder de reforma, conforme a las más elementales exigencias del Estado constitucional, no admite otra configuración posible que la

26. *Ibidem.*, fundamentos jurídicos nº 100 y 102.

27. De Vega, Pedro. *Op. cit.*, p. 69.

de entenderlo como un poder constituido y limitado. Lo que significa que **las previsiones de reforma total**, como la establecida en el artículo 168, **en cuanto asimilan al poder de revisión con el poder constituyente, entran en colisión frontal con la propia lógica del Estado constitucional** [las negritas son nuestras]²⁸.

En cuanto a Perú y Panamá, la Constitución peruana prevé expresamente la posibilidad de una reforma total de la Constitución en su artículo 32 inciso 1, según el cual puede ser sometido a referéndum tanto la reforma total como parcial de la Constitución, mientras que la Constitución panameña incluye también la posibilidad de la reforma total en su artículo 314, reforma que sería elaborada por una Asamblea Constituyente Paralela convocada al efecto. Ambas cartas coinciden también en no establecer cláusulas de intangibilidad o límites materiales expresos al poder de reforma.

Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano sobre el tema que nos ocupa:

“Cuando el artículo 32°, inciso I), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, **ha constitucionalizado la función constituyente**, siguiendo en ello lo que, en su momento, estableciera el artículo 28° de la Constitución francesa de 1793 (‘Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus propias leyes a las generaciones futuras’) [las negritas son nuestras]²⁹.

Nosotros consideramos que puede prestarse a confusión el referirse a una función constituyente constitucionalizada, pues lo que está descrito en la Constitución es en sentido estricto una función de reforma aunque se indique que la reforma puede ser parcial o total, función que habrá de ser entendida siempre bajo límites no solamente formales, sino también materiales, como veremos en el siguiente punto.

Concluimos este segundo apartado señalando que si bien algunas constituciones en sus textos distinguen entre reforma total y parcial de la Constitución, en la práctica no se ha establecido con precisión qué distingue a una de la otra.

28. *Ibidem.*, p. 221.

29. República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 102 [Consulta: 22 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

En este escenario, no coincidimos plenamente con aquel sector de la doctrina y la jurisprudencia que señala que una reforma total es aquella que sustituye íntegramente el llamado **núcleo duro**³⁰ de la Constitución sin más, pues ello podría interpretarse como la posibilidad de desconocer los límites materiales del poder de reforma, como ya hemos advertido. Lo que podríamos afirmar más bien es que, desde el punto de vista formal, una reforma parcial es aquella en la cual se lleva adelante la revisión de aspectos puntuales de la Constitución, mientras que mediante la llamada reforma total se abre el compás desde un inicio para una revisión general del texto constitucional, pero realmente en ninguno de los dos casos la reforma puede desconocer los límites formales ni materiales a que está sometido el poder de reforma, y es que ninguna reforma –así se le considere total o parcial– puede suprimir jurídicamente los elementos esenciales de una Constitución.

Los límites del poder de reforma

Los límites del poder de reforma son básicamente de dos clases: límites formales y límites materiales. Los **límites formales** son fundamentalmente los requisitos de procedimiento que debe seguir una reforma constitucional según la Constitución. El Tribunal Constitucional peruano ha precisado lo siguiente sobre el contenido de los límites formales:

“a) **Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere.** En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables:

- i. En primer lugar, la Constitución individualiza al **órgano** investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido.
- ii. En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el **procedimiento** que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la

30. Núcleo duro que incluye aspectos como la soberanía popular, la forma republicana de gobierno, el régimen democrático y los derechos fundamentales. Cabe recalcar que para el Tribunal Constitucional peruano, una reforma total es aquella que sustituye in integrum el núcleo duro de la Constitución (Ver: República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamentos jurídicos n° 37 y 127 [Consulta: 29 de enero de 2016]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>).

habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc.

iii. En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una **ratificación por parte del pueblo**, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental [las negritas son nuestras]³¹.

A los elementos antes descritos podría añadirse el de la iniciativa de reforma, es decir, el relativo a quiénes tienen la facultad constitucional de activar el procedimiento de reforma. Sin embargo, más allá de estos detalles, lo importante es que en cuanto a los límites formales parece no haber mayor discusión, pues se asume que en el marco de un Estado constitucional de Derecho, el poder de reforma es sin duda un poder constituido y regulado en la propia Constitución, por lo tanto, debe actuar de conformidad con el procedimiento expresamente establecido en la cláusula de reforma. En este sentido, cualquier reforma que se adelante incumpliendo el procedimiento establecido en la Constitución podrá ser declarada inconstitucional.

En el caso de la Constitución Política de la República del Perú de 1993, el artículo 206 es el que establece el procedimiento de reforma, por lo tanto, allí es donde encontramos fundamentalmente los límites formales de la reforma constitucional. Dicho artículo dice así:

“Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

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

31. República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 72 [Consulta: 22 de abril de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

De la lectura de esta norma se puede decir que existen dos procedimientos de reforma claramente diferenciados, pero en ambos casos queda claro que el único órgano con competencia para reformar la Constitución peruana es el Congreso de la República y que únicamente tienen iniciativa de reforma el Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros, los congresistas y los ciudadanos (con un mínimo del 0.3% de la población electoral). Un primer procedimiento establece que la reforma debe ser aprobada por la mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso (66 o más de los 130 congresistas) y que luego debe ser ratificada por los ciudadanos mediante referéndum. La otra vía es que el Congreso apruebe la reforma en dos legislaturas ordinarias seguidas con una votación en ambos casos superior a los dos tercios del número legal de congresistas (87 o más de los 130 congresistas), supuesto en el cual no será necesario un referéndum constitucional para que se perfeccione la reforma.

En el caso de Perú, es necesario hacer la acotación de que si bien el comentado artículo 206 constitucional no alude a la reforma total de la Constitución, el inciso 1 del artículo 32 constitucional, referido a las materias que pueden ser sometidas a referéndum en el Perú, indica que puede someterse a referéndum la reforma parcial o total de la Constitución, con lo cual se abre toda una discusión en torno al significado de la llamada reforma total y el procedimiento para llevarla a cabo en dicho país.

En el caso de Panamá, su Constitución Política de 1972 establece tres mecanismos de reforma, dos en el artículo 313 y uno en el artículo 314, este último introducido en la reforma constitucional del año 2004. Para efectos de este trabajo, únicamente hacemos referencia al artículo 314 constitucional, disposición que prevé la reforma total de la Constitución y la aprobación de una nueva Constitución mediante una Asamblea Constituyente Paralela. Así dice el referido artículo:

“Artículo 314- Podrá adoptarse una nueva Constitución, a través de una Asamblea Constituyente Paralela, que podrá ser convocada por decisión del Órgano Ejecutivo, ratificada por la mayoría absoluta del Órgano Legislativo, o por el Órgano Legislativo con el voto favorable de dos terceras partes de sus miembros, o por iniciativa ciudadana, la cual deberá ser acompañada por las firmas de, por lo menos, el veinte por ciento de los integrantes del Registro Electoral correspondiente al 31 de diciembre del año anterior a la solicitud. En este caso, los peticionarios tendrán hasta seis meses para cumplir con este requisito de conformidad con el reglamento que al efecto expida el Tribunal Electoral.

Le corresponderá al Tribunal Electoral acoger la iniciativa propuesta y hacer la convocatoria a la elección de constituyentes, en un término no menor de tres meses ni mayor de seis meses desde la formalización de la solicitud de convocatoria. Realizada la elección, la Asamblea Constituyente Paralela se instalará formalmente e iniciará sus deliberaciones por derecho propio, tan pronto el Tribunal Electoral entregue las credenciales respectivas a sus integrantes.

La Asamblea Constituyente Paralela estará integrada por sesenta constituyentes, quienes deberán representar proporcionalmente a los panameños de todas las provincias y comarcas, de acuerdo con la población electoral, y se permitirá, además de la postulación partidista, la libre postulación. Para estos efectos, el Tribunal Electoral deberá establecer en la convocatoria el sistema electoral aplicable a la elección de constituyentes.

La Asamblea Constituyente Paralela podrá reformar la actual Constitución de forma total o parcial, pero en ningún caso las decisiones que adopte tendrán efectos retroactivos, ni podrán alterar los períodos de los funcionarios electos y designados, que estén ejerciendo su cargo al momento en que entre en vigencia la nueva Constitución. La Asamblea Constituyente Paralela tendrá un período no menor de seis meses ni mayor de nueve meses, para cumplir con su labor y entregar al Tribunal Electoral el texto de la Nueva Constitución Política aprobada, la cual será publicada de inmediato en el Boletín del Tribunal Electoral.

El nuevo Acto Constitucional aprobado con arreglo a este método será sometido a referéndum convocado por el Tribunal Electoral en un período no menor de tres meses, ni mayor de seis meses, contado a partir de la fecha de su publicación en el Boletín del Tribunal Electoral.

El Acto Constitucional aprobado con arreglo a cualquiera de los procedimientos señalados en este artículo y en el artículo anterior, empezará a regir desde su publicación en la Gaceta Oficial, la cual deberá hacerse por el Órgano Ejecutivo, dentro de los diez días hábiles que siguen a su ratificación por la Asamblea Nacional, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a su aprobación mediante referéndum, según fuere el caso, sin que la publicación posterior a dichos plazos sea causa de inconstitucionalidad”.

Ya hemos analizado detalladamente este procedimiento de reforma en otro trabajo³², aunque vale señalar que recientemente se ha recalcado que quienes plantearon por primera vez la realización de una Asamblea Constituyente Paralela en Panamá se inspiraron en los artículos 278 y 279 de la vigente Constitución de Guatemala de 1985³³, que prevé una Asamblea Nacional Constituyente en función de reforma que trabajaría simultáneamente con el Congreso de la República; sin embargo, debemos señalar que en dicho país, las reglas establecidas en los citados artículos son más claras, estableciéndose entre otras cosas que nadie puede ser al mismo tiempo diputado de ambas corporaciones, evitándose el fenómeno de la duplicidad. Por el contrario, en Panamá existen aún serias interrogantes sobre la manera en que se ejercería este mecanismo de reforma³⁴ y varias de esas interrogantes deberán ser resueltas por el Tribunal Electoral, que es el encargado de diseñar el sistema electoral para la elección de los constituyentes a nivel de provincias y comarcas.

Si bien reconocemos que las preguntas que plantea el artículo 314 constitucional requieren aún de mayores análisis, lo que deseamos recalcar en este apartado es que además de los límites formales, que aluden fundamentalmente al procedimiento de reforma, existen los **límites materiales**, referidos a contenidos de la Constitución que por su especial gravitación en el Estado constitucional democrático constituyen barreras para la reforma constitucional, ya sea que la Constitución así lo establezca explícitamente o se deduzca lógicamente de esta. Aspectos tales como los derechos fundamentales de la persona, la soberanía popular y el régimen político democrático, constituyen elementos de la Constitución que de ser suprimidos o no reconocidos se produciría la destrucción del Estado constitucional democrático, tal como lo ha reconocido gran parte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, de manera que las referencias a la reforma total o la aprobación de una nueva Constitución deben ser tomadas con alguna cautela.

En esta línea, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado atinadamente lo siguiente:

32. Córdoba Barría, Rubén Darío. La Asamblea Constituyente Paralela: un estudio jurídico-político. Panamá: IEPI, 2009. Véase también: González Montenegro, Rigoberto. La Asamblea Constituyente. Panamá: Litho Editorial Chen, 2009.

33. Álvarez, José Alberto. Constituyente Paralela. En: La Estrella de Panamá [en línea]. Sección de Opinión del 13 de agosto de 2013 [Consulta: 5 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://laestrella.com.pa/opinion/constituyente-paralela/23496742>.

34. También se han realizado importantes críticas a este mecanismo de reforma desde el punto de vista político, ver por ejemplo: Guevara Mann, Carlos. Inconvenientes de la ‘paralela’. En: La Prensa [en línea]. Sección de Opinión del 4 de junio de 2014 [Consulta: 27 de enero de 2016]. Disponible en: http://impresa.prensa.com/opinion/Inconvenientes-paralela-Carlos-Guevara-Mann_0_3950604982.html

“Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma”³⁵.

Y agrega el colegiado las siguientes precisiones:

“Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. **Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido** [las negritas son nuestras]”³⁶.

Más concretamente y utilizando un ejemplo extremo, si mediante una reforma constitucional se termina concentrando todo el poder público en un solo órgano de gobierno, se suprimen los derechos fundamentales y se desconoce la soberanía popular, estaríamos claramente ante un régimen autoritario que ha destruido el sistema constitucional.

Es fundamental entonces recordar que, en sentido moderno, una Constitución debe contener tanto separación de poderes como garantía de derechos, tal como manifiesta el conocido artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que dice así: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”³⁷. Como se sabe, Emmanuel-Joseph Sieyès se encuentra entre los principales autores de esta declaración y ya hemos mencionado antes la importancia que tenía precisamente la declaración de derechos en la elaboración de Sieyès. Sobre este importante tema, nos recuerda con agudeza el constitucionalista

35. República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 74 [Consulta: 15 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>.

36. *Ibidem*. Fundamento jurídico n° 75.

37. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 [en línea]. [Consulta: 8 de febrero de 2016]. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

colombiano Gonzalo Ramírez Cleves que “si no existe posibilidad de hablar de derechos fundamentales sin Constitución, tampoco es posible hablar de Constitución sin derechos fundamentales”³⁸.

Ya en cuanto a los tipos de límites materiales, existen límites materiales expresos y también límites materiales implícitos. Los límites materiales implícitos son aquellos que si bien no están establecidos taxativamente en el texto de la Constitución, “[...] se derivan de ella mediante una interpretación congruente con su dogmática constitucional subyacente”³⁹, labor de interpretación en la cual naturalmente juega un rol crucial el órgano jurisdiccional supremo de control de la constitucionalidad. Por el contrario, los límites materiales expresos, llamados también cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas, son normas constitucionales que prohíben expresamente la reforma de determinados contenidos de la Constitución. Se sabe que este tipo de límites se extendieron luego de la Segunda Guerra Mundial y las nefastas consecuencias de los regímenes totalitarios que existieron en Europa. Se introdujeron en las constituciones con el objetivo de bloquear, al menos formalmente, la posibilidad de que se produzcan reformas constitucionales tendientes a destruir el régimen político democrático. Un clásico ejemplo de cláusula de intangibilidad que se suele mencionar en la literatura especializada es el del inciso 3 del artículo 79 de la vigente Ley Fundamental de Alemania de 1949, que dice así:

“**Artículo 79.3.** No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

El referido artículo 1 de dicho texto constitucional establece que la dignidad humana es intangible y que todo poder público está obligado a respetarla y protegerla, también se reconocen los derechos humanos como inviolables e inalienables y se indica que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable. Por su parte, el referido artículo 20 establece que Alemania es un Estado Federal democrático y social, que el poder del Estado emana del pueblo, que el poder legislativo está sometido al orden constitucional, mientras que el ejecutivo

38. Ramírez Cleves, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2003, p. 118.

39. Aláez, Benito. Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 165.

y judicial a la ley y el Derecho, también dispone que los alemanes tienen derecho de resistencia contra cualquiera que intente eliminar este orden cuando no fuere posible otro recurso.

Con este ejemplo, se aprecia que mediante el artículo 79 de la Constitución alemana, el constituyente brindó protección intensa a una serie de principios que ha considerado fundamentales, excluyéndolos de toda posibilidad de reforma. Podemos utilizar otros ejemplos de cláusulas de intangibilidad en el Derecho Constitucional comparado contemporáneo, así, tenemos el artículo 89 de la Constitución francesa vigente, que en su última parte dice que “no podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”, el artículo 139 de la Constitución italiana señala de igual manera que “no podrá ser objeto de revisión la forma republicana”. En el contexto latinoamericano es destacable el caso de la vigente Constitución brasileña de 1988, que en el inciso 4 de su artículo 60 dispone que no se podrá deliberar ninguna propuesta de enmienda que busque abolir la forma federal del Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de poderes, así como los derechos y garantías individuales.

Cuando una Constitución establece límites expresos a la reforma constitucional mediante una cláusula de intangibilidad, hace claramente inviable la posibilidad de una reforma total de la Constitución en sentido literal⁴⁰, pues el constituyente ha querido establecer expresamente barreras al poder de reforma con el fin de impedir el desconocimiento de determinados principios a los cuales ha dado gran relevancia. Sin embargo, el hecho de que una Constitución no contenga cláusulas de intangibilidad, como es el caso de las vigentes constituciones de Perú⁴¹ y Panamá, no implica que todo su articulado puede ser reformado libremente y sin ninguna especie de limitación más allá de cumplir el procedimiento formal de reforma, pues gran parte de la doctrina y también los órganos de control de constitucionalidad han advertido la existencia de límites materiales implícitos

40. De Vega, Pedro. Op. cit., p. 245.

41. Aunque advierte César Landa al analizar la sentencia N° 014-2002-AI/TC del Tribunal Constitucional peruano que “[...] dentro de los límites expresos, en el caso de las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la reforma constitucional, no se ha previsto específicamente ninguno; lo cual no obsta para reconocer que el artículo 32, al reconocer la posibilidad de someter a referéndum la reforma total de la Constitución, impone como límite expreso el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales”, elemento este que ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como un límite material a la reforma parcial de la Constitución en el fundamento jurídico 97 de la aludida resolución (Landa, César. La reforma de la Constitución desde la perspectiva del Tribunal Constitucional. En: Justicia constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año 1, n° 1, setiembre de 2005, p. 149). El referido artículo 32 constitucional indica que “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”.

en la Constitución que militan contra la destrucción del sistema constitucional. En Perú, el Tribunal Constitucional ha identificado varios elementos a los que ha asignado el carácter de límites materiales implícitos a la reforma, así ha señalado con mucha claridad el Tribunal Constitucional:

“Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la ‘destrucción’ de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la **dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno** y, en general, **régimen político y forma de Estado** [las negritas son nuestras]”⁴².

Es importante destacar que no todos los juristas reconocen la existencia de los límites materiales implícitos a la reforma constitucional, pues entienden desde una perspectiva positivista que si la Constitución no ha establecido expresamente límites a la reforma, no se puede establecer límites mediante interpretación. Nosotros, por el contrario, consideramos con Ramírez Cleves que el propio concepto moderno de Constitución permite deducir límites a la operación de reforma⁴³, y es que no sería posible afirmar la existencia de una Constitución allí donde

42. República del Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia N° 014-2002-AI/TC de 21 de enero de 2002 [en línea]. Fundamento jurídico n° 76 [Consulta: 19 de mayo de 2015]. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>.

43. Debemos destacar que Giovanni Sartori señala que, en realidad, el término Constitución es exclusivamente moderno y tiene un significado concreto garantista, contenido en el ya citado artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, o bien en la máxima de Thomas Paine que indica que “un gobierno sin una constitución es un poder sin derecho (power without right)”. Sartori critica el concepto meramente formal y positivista de Constitución como la organización jurídica fundamental de cualquier Estado y advierte que ha destruido la razón de ser de una Constitución. El politólogo italiano señala en esta línea que “[...] hoy ‘constitución’ se ha convertido en un término utilizado con dos significados totalmente diferentes: un significado específico y sustantivo (el significado garantista) y un significado universal y formal. En el primero de ellos ‘constitución’ es el ordenamiento protector de las libertades del ciudadano. En el segundo ‘constitución’ es cualquier forma que se da a sí mismo un Estado. Se nos dirá: no hay nada extraño en ello, casi todas las palabras son polémicas, poseen muchos significados. Sí y no. Sí, en el lenguaje común y en la conversación ordinaria. No, en los lenguajes científicos y cuando un término asume un significado técnico. En el caso en discusión, por otra parte, el significado formal tiende a fagocitar el significado de garantía. Y es aquí en donde yo me rebelo” (Sartori, Giovanni. Elementos de teoría política. Tr. del italiano por Ma Luz Morán. Madrid: Alianza Editorial, 2005, p. 20).

no se reconocen mínimamente determinados principios, referidos sobre todo a los derechos fundamentales y a la separación de poderes. Así, ha sido posible reconocer la existencia de estos límites en diversas latitudes, entendiéndose básicamente que “los límites materiales implícitos son aquellas elaboraciones doctrinarias que partiendo de un análisis de la teoría constitucional en su conjunto, deducen zonas exentas del poder de revisión”⁴⁴.

Si bien debemos reconocer que el tema de los límites materiales implícitos no es pacífico, tampoco resulta sencillo plantear que cualquier contenido esencial de la Constitución puede ser suprimido al momento de realizarse una reforma constitucional, quedando abierta la posibilidad para que se socaven las bases del propio sistema democrático, vale decir, para que la democracia se autodestruya legalmente sin mayores contratiempos, y es que una visión neutral de este tipo es no solo errada sino riesgosa, pues es indiferente al concepto moderno de Constitución, que implica necesariamente el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona y la separación de poderes como paradigmas indispensables para la supervivencia del Estado constitucional democrático. En fin, negar la existencia de todo límite material implícito a la reforma, implicaría admitir que el parlamento o la Asamblea Constituyente Paralela -dependiendo del caso- es omnipotente en materia de reforma constitucional siempre que cumpla con el procedimiento establecido, lo cual es evidentemente insostenible⁴⁵.

Reflexiones finales

La distinción que históricamente se ha hecho entre poder constituyente y poder de reforma sigue vigente, en el sentido de que aquel es el poder que siempre tiene un pueblo en democracia de darse libremente una Constitución sin necesidad someterse a los límites jurídicos formales o materiales que establece la Constitución vigente al momento en que entra en acción, mientras que el poder de reforma es aquel que se regula en la Constitución con el único fin de introducir reformas en la Constitución vigente, pero sin rebasar las limitaciones formales y materiales que jurídicamente se le imponen. No obstante la vigencia de esta distinción, es necesario recordar que si bien el poder constituyente del pueblo es una expresión de

44. Ramírez Cleves, Gonzalo. Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2003, p. 85.

45. Hernández Galindo, José Gregorio. La jurisdicción constitucional sobre el poder de reforma de la Constitución. En: AA.VV. Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 439-440.

la soberanía popular, no quiere decir que es omnipotente o que no está sometido a las presiones provenientes del ordenamiento jurídico internacional que vincula al Estado, además de ello, su actuación en democracia está llamada a ser fruto del mayor consenso posible y siempre debe garantizar los derechos fundamentales del ser humano.

En lo que respecta a la denominada reforma total de la Constitución, si bien no existe hasta el momento una definición que genere consenso entre los especialistas, puede ser entendida como aquella que abre la posibilidad formal a una revisión general del texto constitucional, salvaguardando los límites jurídicos que tiene toda reforma constitucional. En nuestra opinión, una reforma puede ser total desde el punto de vista formal si se quiere, pero necesariamente debe ser parcial desde el punto de vista material, es decir, no puede disponer libremente de todos los contenidos de la Constitución. Por otro lado, la reforma parcial vendría a ser aquella mediante la cual se procede a revisar aspectos puntuales de la Constitución y no la generalidad de la misma, enfrentándose a las mismas barreras procedimentales y materiales que tiene la reforma total en principio.

En cuanto a la vieja pregunta de si mediante una simple reforma constitucional se puede aprobar una Constitución nueva que sustituya a la vigente, está claro que desde el punto de vista positivo la respuesta dependerá exclusivamente de lo que señale la normativa constitucional, y en el caso de Panamá, el artículo 314 constitucional establece un procedimiento para aprobar una “nueva Constitución”, mientras que en el caso peruano no existe una disposición similar. A pesar de lo que dice el referido artículo, nos adherimos a lo que ya hemos señalado: el poder de reforma no fue concebido en realidad como una herramienta para aprobar nuevas constituciones, ésta ha sido más bien una labor realizada mediante procesos constituyentes que se han materializado a través de asambleas constituyentes, aunque en circunstancias ciertamente extraordinarias, circunstancias que algunos denominan **momentos constituyentes**. A pesar de lo señalado, estamos claros en que es la realidad política la que siempre termina determinando el camino constitucionalmente viable para materializar el cambio constitucional, pues no ignoramos que en los momentos de cambio, la teoría constitucional queda la mayor de las veces relegada a un segundo plano frente a la arrolladora dinámica de la política.

Por otro lado, estimamos que tanto en el Perú como en Panamá, tal como se ha venido reconociendo en varias latitudes, las máximas instancias jurisdiccionales de control de la constitucionalidad pueden ejercer control tanto formal como material de la constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, y es que no tendría sentido afirmar que el poder de reforma tiene límites jurídicos formales

y materiales para luego advertir que la reforma está exenta de todo control de constitucionalidad en caso de rebasar dichos límites, con lo cual todo esto de los límites de la reforma no pasaría de ser una discusión meramente académica.

Como reflexiones finales debemos resaltar que si bien tanto la Constitución Política del Perú de 1993 como la Constitución Política de Panamá de 1972 prevén la reforma total de la Constitución, los alcances de este tipo de reformas constituyen tema de debate, pues a pesar de que ninguna de estas constituciones establece cláusulas pétreas, queda siempre la posibilidad de plantear la existencia concreta de los llamados límites materiales implícitos que una reforma no debe rebasar en un Estado Constitucional a fin de evitar la propia destrucción de la Constitución⁴⁶.

En este escenario, los mencionados límites materiales implícitos a la reforma constitucional se presentan no como un mero capricho de los doctrinarios o de determinada jurisprudencia constitucional, sino como auténticos diques de contención con los que se intenta impedir en última instancia la caída del sistema constitucional, que tanto ha costado construir y reconstruir a lo largo de la historia de la humanidad como sabemos. Consideramos entonces que en el marco de las recurrentes amenazas de quiebre de la democracia en nuestra región, la discusión sobre los límites de la reforma constitucional no debe ser infravalorada, mucho menos en un país como Panamá, en el cual el debate sobre el cambio constitucional es persistente, haciéndose patente en las coyunturas electorales⁴⁷.

En fin, no hay duda de la importancia que tiene para el Estado Constitucional el que sus supremos órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad ejerzan con firmeza, conocimiento y fundamento su labor de máximos intérpretes y guardianes de la Constitución, no solo desde un plano formal, sino también sustancial o material si se quiere. Más de dos siglos después y en el marco de la vigente concepción liberal del constitucionalismo como herramienta de control del poder, sigue teniendo pleno sentido la ya citada máxima contenida en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que dice que “una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

46. Destrucción en el sentido de la radical “supresión de la Constitución existente [...] acompañada de la supresión del poder constituyente en que se basaba” como advierte Carl Schmitt (Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Trad. del alemán por Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 115).

47. Ver: Sánchez González, Salvador. Sobre el momento político actual. En: Revista Panameña de Política [en línea]. N° 17, 2014, pp. 5-11 [Consulta: 27 de enero de 2016]. Disponible en: <http://cidempanama.org/wp-content/uploads/2014/04/Presentación172.pdf>