

Seis

Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica el artículo 206° de la Constitución Política del Perú, a fin de prohibir expresamente la elaboración de una nueva Constitución a través de una Asamblea Constituyente.

De conformidad con el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución, concordante con los artículos 2°, literal a); 17° a 19°; y, 37° a 39° de la Ley N° 26300, de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, los ciudadanos cuyas firmas obran adjuntas, en ejercicio de nuestro derecho de iniciativa legislativa, presentamos el siguiente proyecto de ley de reforma constitucional:

I. FÓRMULA LEGAL

9 **Ley de reforma constitucional que modifica el artículo 206° de la Constitución Política del Perú, a fin de prohibir expresamente la reforma total de la Constitución a través de una Asamblea Constituyente.**

Artículo 1°. - Objeto de la Ley.

El objeto de la presente ley de reforma constitucional es modificar el artículo 206° de la Constitución, a fin de precisar de manera expresa que, en nuestro régimen constitucional, está prohibido aprobar una nueva Constitución a través de una Asamblea Constituyente.

Artículo 2°. - Modifíquese el artículo 206° de la Constitución de acuerdo al siguiente texto:

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.

Este es el único procedimiento a través del cual pueden aprobarse reformas de la Constitución. En ningún caso, cabe la aprobación de una nueva Constitución a través de una Asamblea Constituyente.

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.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

1. Prácticamente por definición, el Poder de una Asamblea Constituyente es ilimitado.

2
5/17/2

Las asambleas constituyentes, en tanto institución jurídica, han tenido una vinculación problemática con la construcción de un estado de Derecho. De un lado, es innegable que, para poder existir legítimamente, las Constituciones escritas modernas deben ser el resultado de un proceso constituyente.

Por tanto, en el caso de los Estados que han alcanzado su independencia recientemente o se encuentran en un proceso de transición a la democracia, la convocatoria de una Asamblea Constituyente se configura como una necesidad ineludible.

Sin embargo, de manera paradójica, la instalación de una Asamblea Constituyente — incluso cuando estuviera dirigida a establecer una forma limitada de gobierno — tiene como consecuencia crear, aunque sea de manera circunscrita en el tiempo, un espacio de concentración del Poder.

El Tribunal Constitucional, en efecto, ha señalado expresamente lo siguiente sobre el particular en el fundamento jurídico 60 de la sentencia emitida en el Expediente 00014-2002-PI/TC:

El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e **ilimitado**. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, **ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.**

En similar medida, el profesor Humberto Nogueira Alcalá¹ ha señalado lo siguiente sobre el mismo tema:

Así el poder constituyente en cuanto poder originario, no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente. **El poder constituyente sería un poder prejurídico y por ello ilimitado.** El poder constituyente originario es aquel que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que este vuelva a refundar su orden jurídico luego de un proceso revolucionario o de un golpe de Estado, constituyendo una erupción de la libertad política del pueblo para dotarse de un nuevo orden jurídico fundamental

El profesor Ramón Peralta Martínez², a su vez, se ha referido a este tema en los siguientes términos:

¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile*, Estudios Constitucionales, Año 4, No.2, pg.438 (2006). Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82040119.pdf>. Consulta realizada el 5 de julio de 2021.

² PERALTA MARTÍNEZ, Ramón, *Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional*, Pensamiento Constitucional, año 12, No. 12, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pg. 377 (2007). Disponible en:

La Constitución como norma fundamental del Estado resulta del ejercicio de un poder especial, el poder verdaderamente soberano, un poder que no es de derecho, un poder meta jurídico, no sometido a limitaciones objetivas. Ese es el poder constituyente.

Podrían seguir citándose opiniones en ese sentido, pero no resulta necesario hacerlo. Es claro que, dada su naturaleza, el poder constituyente originario — expresado a través de una Asamblea Constituyente — tiene la característica de ser *extra* o *meta* jurídico y, por tanto, ilimitado.

A diferencia de los poderes constituidos y del poder constituyente derivado, en principio, el poder constituyente originario no se encuentra sometido a limitación alguna, por no estar sujeto a un marco constitucional susceptible de servir como parámetro para su actuación. Por tanto, sus determinaciones tampoco pueden ser objeto de revisión o control en sede jurisdiccional.

Ciertamente, existen algunos³ que han intentado identificar límites materiales al poder constituyente originario derivados, por ejemplo, del derecho natural o del constitucionalismo histórico. Sin embargo, no queda claro que dichos límites puedan precisarse con claridad o, mucho menos, resultar exigibles en sede jurisdiccional.

Todo ello determina que la convocatoria de una Asamblea Constituyente contenga dentro de ella una paradoja dolorosa.

El objetivo de toda Constitución es racionalizar el poder y asegurar su sometimiento al Derecho. Sin embargo, los poderes de la Asamblea Constituyente, no son jurídicos sino *extra* o *meta* jurídicos; es decir, fácticos. Pertenecen a un estado de cosas donde el Derecho es determinado por el Poder y no al revés.

Una Asamblea Constituyente, por tanto, puede configurarse como una amenaza al Estado de Derecho, especialmente, si ésta no se convoca para dar inicio a la vida independiente de un Estado o para facilitar la transición del mismo a la democracia, sino para *refundarlo* de acuerdo a líneas ideológicas antidemocráticas. Las experiencias de algunos de nuestros países vecinos lo confirman.

En el Ecuador, por ejemplo, el Tribunal Constitucional determinó que la Asamblea Constituyente estaba por encima de la separación de poderes y, por tanto, podía destituir a los parlamentarios y apropiarse de las competencias del Congreso de la República y de las demás instituciones del Estado⁴.

Por su parte, en Venezuela, como relata el profesor Allan Brewer-Carías⁵, la Asamblea Constituyente de 1999 se atribuyó a sí misma la condición de ser un *suprapoder* con la capacidad de imponer su voluntad sobre la de todos los demás.

³ Ver, por ejemplo, VENEGAS MAINGÓN, Alejandro y HERNÁNDEZ MUÑOZ, Verónica, *Análisis de los límites del poder constituyente*, Derecho global, estudios sobre derecho y justicia, Volumen 5, No. 13 (2019). Disponible en: <http://www.derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/24>

⁴ *Ob cit.* pg. 55.

⁵ BREWER CARÍAS, Allan, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, pg. 182 (2001). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/13677.pdf>.

9
 2012 VE

En efecto, en el artículo 1° de su estatuto de funcionamiento, elaborado por la propia Asamblea Constituyente de Venezuela, se señaló expresamente lo siguiente:

Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea Nacional.

Dicha *autoatribución* de supremacía no se quedó en una mera declaración. La Asamblea Constituyente, por el contrario, ejerció extensamente sus poderes, interviniendo en el funcionamiento de diversas entidades del Estado venezolano. El profesor Brewer Carias⁶, en efecto, ha tenido la oportunidad de señalar lo siguiente sobre el particular:

En primer lugar, el 09-09-99, la Asamblea resolvió ratificar al Presidente de la República en su cargo “para el cual fue electo democráticamente el pasado 6 de diciembre de 1988”, decretando recibir la juramentación del Presidente¹³⁵. Nos abstuvimos de votar dicha propuesta, pues consideramos que la legitimidad de la elección del Presidente estaba fuera de discusión, no teniendo la Asamblea nada que decidir respecto del gesto del Presidente de poner su cargo a la orden de la Asamblea¹³⁶.

En segundo lugar, el 12-08-99, la Asamblea decretó la reorganización de todos los órganos del Poder Público, decisión respecto de la cual argumentamos oralmente sobre su improcedencia y salvamos nuestro voto, razonándolo negativamente.

En tercer lugar, el 19-08-99, la Asamblea decretó la reorganización del Poder Judicial, sobre lo cual manifestamos nuestro acuerdo con que la Asamblea debía motorizar las reformas inmediatas e indispensables en el Poder Judicial, pero argumentamos oralmente y en voto negativo razonado, en contra de la forma de la intervención, que lesionaba la autonomía e independencia del Poder Judicial, con la creación de una Comisión de Emergencia Judicial que suplantaba los órganos regulares de la Justicia. En general, sin embargo, a pesar del texto del Decreto de la Asamblea, las medidas respectivas conforme a las reformas legislativas en la materia que habían sido aprobadas en 1998, se adoptaron por los órganos del Consejo de la Judicatura con el impulso político de la Comisión.

En cuarto lugar, el 25-08-99, la Asamblea dictó el Decreto de regulación de las funciones del Poder Legislativo, decisión mediante la cual materialmente se declaraba la cesación de las Cámaras Legislativas (Senado y Cámara de Diputados), cuyos miembros habían sido electos en noviembre de 1998, y se atribuía la potestad legislativa a la Comisión Delegada del Congreso y a la propia Asamblea. Nos opusimos a este Decreto por considerarlo inconstitucional, por violar las bases comiciales del referendo del 25 de abril de 1999, tanto oralmente como en el voto salvado negativo que razonamos por escrito. (...)

Así, queda claro que la convocatoria a una Asamblea Constituyente supone un riesgo de concentración del poder, no sólo en la teoría, sino también en la práctica.

En América Latina las asambleas constituyentes han sido utilizadas, y posiblemente podrían volver a emplearse, como herramientas para concentrar el Poder, debilitando — o, inclusive, anulando — la capacidad de, entre otras instituciones, el Congreso de la República; el Poder Judicial; y, los gobiernos regionales y locales, de ejercer sus funciones con independencia.

2. No existe garantía de que las asambleas constituyentes sean democráticas.

⁶ *Ob cit*, pg. 184-185.

10
Dier

Dicho riesgo es todavía más grave si se toma en cuenta que, al no estar comúnmente reguladas de manera expresa en el ordenamiento constitucional o legal positivo, no existe claridad *ex ante* respecto a la forma en la que una Asamblea Constituyente podría llegar a estar conformada y de cómo ésta va a proceder.

Tal indeterminación, agrava los problemas de concentración del Poder detallados líneas arriba.

Una Asamblea Constituyente, en efecto, no sólo supone el riesgo de que exista concentración del Poder, sino también de que éste termine siendo atribuido a un cuerpo colegiado de dudosa legitimidad democrática.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que, en su Opinión 894/2017, la Comisión para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa, conocida comúnmente como *Comisión de Venecia*⁷, señaló expresamente lo siguiente sobre el proceso constituyente iniciado en Venezuela en el año 2017:

53. De acuerdo al Decreto 2878, 181 miembros de la Asamblea Nacional Constituyente serán elegidos a través de un sistema corporativista. El Decreto 2878 identifica siete sectores a ser representados en la asamblea: a. Empresarios y Empresarias; b. Campesinos y Campesinas y Pescadores y Pescadoras; c. personas con discapacidad; d. los y las Estudiantes; e. Trabajadores y Trabajadoras; f. Comunas y Consejos Comunales; y, g. Pensionados y Pensionadas.

54. Este sistema plantea dos cuestiones:

- La pertinencia de la distribución de la población en estas categorías puede cuestionarse;
- Existe un riesgo de que un gran número de personas, esté excluida de esta segunda votación.

55. El número de representantes de cada sector está distribuido de acuerdo a las reglas mencionadas en el artículo 2; el cual establece que habrá un representante por cada 83,000 electores incluidos en el padrón electoral de cada sector. De acuerdo al artículo 5 del Decreto 2878, ningún elector puede estar registrado en el padrón de más de un sector para evitar duplicidades en el voto. El artículo 6 señala que los candidatos deben ser propuestos por los sectores con el apoyo de, por lo menos, el 3% del padrón electoral correspondiente. (...) Como resultado de estas reglas, los electores están divididos por categorías: votan por categorías, y son electos sólo por los ciudadanos registrados en su categoría.

56. Esta no es la primera vez en la historia que se establece un sistema de representación corporativista. Bajo la dictadura de Franco, el artículo w de la Ley Española de las Cortes de 17 de julio de 1942 dividió a los votantes por sectores, tales como los sindicatos oficiales, las familias y las municipalidades. Bajo la dictadura de Salazar, el artículo 5 de la Constitución portuguesa de 1933, definió a Portugal como una "república unitaria y corporativista" y estableció, en sus Títulos III y IV, determinadas corporaciones familiares, morales y económicas que el Estado debía crear. In Italia, bajo la dictadura de Mussolini, la Ley 129 de 19 de enero de 1939, abolió la Cámara de Diputados y estableció la Cámara de Fasci y Corporaciones. Éste último cuerpo estaba organizado en siete secciones tales como industria, agricultura y comercio.

57. Este tipo de representación, en ocasiones, ha sido definida como "democracia corporativista". No obstante ello, es posible cuestionar su carácter democrático pues ha

⁷ La Opinión, cuyo texto oficial solo está disponible en inglés, puede leerse en el siguiente enlace: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)024-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)024-e). Traducción al español llevada a cabo por el promotor de la iniciativa legislativa.

sido adoptada bajo regímenes notoriamente anti democráticos. Uno de los pilares de la democracia es la soberanía popular. Desde el comienzo del constitucionalismo, la Nación (en la tradición francesa) o el pueblo, son concebidos como una entidad creada por el contrato social, que gobierna directamente o a través de representantes electos libremente.

(...)

61. Las democracias contemporáneas, parten de la idea que todos los ciudadanos son parte del pueblo y, por esa razón, comparten un estatus jurídico igual. Esto significa que, en elecciones, deben tener iguales derechos de voto e igual poder de voto. La división de los ciudadanos en diversos sectores de acuerdo a sus actividades profesionales y la existencia de padrones electorales separados, uno por sector, genera diferencias que no son legítimas. Asume que los miembros de grupos ocupacionales o de interés no pueden alcanzar un entendimiento comprensivo sobre el bien común en la sociedad. En efecto, la división de electores en sectores (...) transgrede la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

De lo anterior, se evidencia que, además de asumir poderes exorbitantes, las asambleas constituyentes pueden llegar a conformarse de manera antidemocrática y lesiva de los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y a la participación política.

Quizá la mayor conquista de las democracias contemporáneas es, de un lado, el sufragio universal y, de otro, el principio de igualdad en el poder del voto. Sin embargo, en tiempos recientes, las asambleas constituyentes han contribuido a menoscabar la vigencia de estos principios.

Al ser elegidas parcialmente a través del voto popular directo basado en circunscripciones territoriales, y parcialmente a través de corporaciones definidas de manera poco equitativa o discrecional, tales asambleas no representan verdaderamente la voluntad popular.

Estas reflexiones no son meramente académicas. Poseen indudable actualidad, máxime si se toma en cuenta que, muchas de las personas que han promovido la convocatoria a una Asamblea Constituyente en el Perú en años recientes, han propuesto que ésta sea electa sobre la base de una conformación corporativista y, por tanto, antidemocrática y lesiva de derechos fundamentales.

3. En el Perú, los procedimientos para la reforma, total o parcial, de la Constitución se encuentran constitucionalizados.

Quizá por estas razones, el ordenamiento jurídico peruano ha constitucionalizado los procedimientos para la reforma de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha sido meridianamente claro sobre el particular en el fundamento jurídico 102 de la sentencia emitida en el Expediente 00014-2002-AI/TC:

102. El Tribunal Constitucional no comparte tales criterios. En efecto, cuando el artículo 32º, inciso 1), alude a la posibilidad de que se pueda practicar una reforma total de la Constitución, en realidad, ha constitucionalizado la función constituyente, (...)

Así, en su artículo 31º, nuestra Constitución no hace referencia a una Asamblea Constituyente sino únicamente a la posibilidad de reformar, total o parcialmente, la Carta Fundamental:

Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución.

12
DOVE

A diferencia del poder constituyente originario — cuya vinculación con las normas incorporadas en la Constitución existente es discutible — la reforma total o parcial de la Constitución debe necesariamente respetar los procedimientos establecidos en el artículo 206° de la Carta Fundamental, sin perjuicio de cumplir con las demás exigencias democráticas y constitucionales que resulten aplicables.

Por tanto, no es posible que se apruebe actualmente una modificación total o parcial de la Constitución sin respetar los procedimientos detallados en el artículo 206° ni acatar los límites, formales y materiales, que se derivan del ordenamiento constitucional.

Así, al constitucionalizar la función constituyente, nuestra Carta Fundamental requiere que todo procedimiento para su propia reforma se lleve a cabo dentro de los márgenes previstos por el Derecho; es decir, se proscribe de manera implícita la posibilidad de aprobar cualquier modificación constitucional por medios extra o meta jurídicos, incluyendo el de la Asamblea Constituyente.

Ello a fin de asegurar que, en el Perú, el ejercicio del Poder sea siempre limitado y no omnímodo y, además, pueda garantizarse la posibilidad de que se controle en sede jurisdiccional cualquier modificación de la Constitución a efectos de verificar el cumplimiento de los límites, formales y materiales, que resulten aplicables.

Las cosas no podrían ser de otra manera pues, de lo contrario, no tendría sentido la constitucionalización expresa de la reforma total de la Constitución y la exclusión de la misma de cualquier mención a una Asamblea Constituyente. Por razones de orden lógico, si una alternativa para el cambio de Constitución está expresamente reconocida y la otra es omitida, debe preferirse la opción prevista en el texto constitucional.

Dicha forma de entender la Constitución, por demás, es consistente con el principio de continuidad constitucional al que hace referencia la Comisión de Venecia en el considerando 17 de su Opinión 894/2017:

La Comisión de Venecia previamente ha señalado de manera consistente que el procedimiento para la adopción de reformas constitucionales o, en la medida de lo posible, incluso de nuevas constituciones, debe acatar las disposiciones de la Constitución en vigor. En efecto, la Comisión respalda firmemente el principio de “continuidad constitucional”, bajo el cual incluso las nuevas constituciones deberían adoptarse siguiendo los procedimientos de enmienda establecidos en la anterior — así fortaleciendo la estabilidad, legalidad y legitimidad del nuevo sistema.

Queda claro, así, que la Constitución contiene dentro de sí una prohibición implícita de que se lleve a cabo una Asamblea Constituyente.

Sin embargo, ello no ha impedido que, en tiempos recientes, diversas personas propongan que se convoque una Asamblea Constituyente, inclusive, por decisión unilateral del Poder Ejecutivo y/o sin la realización de un referéndum previo.

Tal situación determina, a fin de favorecer el principio constitucional de seguridad jurídica, la necesidad de hacer explícita la prohibición constitucional actualmente implícita.

13
1/10/02

Por tanto, a fin de que quede manifiestamente claro que el ordenamiento constitucional peruano no ampara la convocatoria a una asamblea constituyente, proponemos que se señale de manera expresa en la Constitución que no cabe la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.

En lo que concierne al Presupuesto de la República, esta propuesta legislativa no generará mayor gasto al Estado pues el contenido de la misma se circunscribe a precisar que el ordenamiento jurídico peruano no admite la convocatoria a una Asamblea Constituyente, transformando una prohibición implícita en expresa.

Debe tomarse en cuenta, además, que esta ley no genera gastos para particulares ni tampoco costos que pueden ser tomados en cuenta en el presente análisis.

Respecto de los beneficios, en la medida en que transforma una prohibición implícita en expresa, la presente propuesta genera un impacto positivo pues otorga mayor certeza a las personas y organizaciones involucradas en el debate respecto de posibles modificaciones a nivel constitucional contribuyendo, de esa forma, a promover la eficacia del principio constitucional de seguridad jurídica.

IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

Este proyecto de ley de reforma constitucional modifica el artículo 206° de la Constitución, a fin de precisar que nuestro ordenamiento jurídico no admite la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

En la medida en que convocar una Asamblea Constituyente no está previsto en ninguna norma con rango de ley que forme parte del ordenamiento jurídico peruano, el presente proyecto no produce mayor impacto sobre la legislación nacional.

A mayor abundamiento, debe considerarse que este proyecto no adolece de vicio alguno de inconstitucionalidad, pues se limita a hacer explícita una prohibición que se encuentra implícita en el texto constitucional.

Debe tomarse en cuenta, por el contrario, que éste favorece el programa normativo de la Constitución pues garantiza que todas las iniciativas para su reforma se tramiten de conformidad con un procedimiento cierto y, lo que es más importante todavía, puedan ser objeto de control jurisdiccional a fin de verificar su compatibilidad con la Constitución y demás normas que se erijan como parámetro de constitucionalidad.