



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Programa Académico de Derecho

LA NOVACION CONSTITUCIONAL EN LA
HISTORIA DEL DERECHO PERUANO

TESIS
Que para optar el grado de
Bachiller en Derecho

Presenta:

Alan G. García Pérez

LIMA — PERU
1971

LA NOVACION CONSTITUCIONAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO

INTRODUCCION.-

CAPITULO I.- EL PODER - PODER SOCIAL Y PODER POLITICO

- TEORIAS SOBRE EL ORIGEN DEL ESTADO.

CAPITULO II.- LA CONSTITUCION-CONCEPTO

-LOS FACTORES REALES DE PODER.

CAPITULO III.→ CLASIFICACION DE LAS CONSTITUCIONES.-

POR EL CONTENIDO.-

POR EL ORIGEN.-

ESCRITAS Y CONSUETUDINARIAS.-

INMUTABLES FIJAS RIGIDAS Y FLEXIBLES.-

CAPITULO IV.→ LA NOVACION CONSTITUCIONAL.←

PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS.-

REFORMA TOTAL Y REFORMA PARCIAL.-

LIMITES A LA REFORMA.-

CAPITULO V.- PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.-

REFORMA TOTAL.- Convención.- ASAMBLEA FUNCIONAL.-

Poder Legislativo.

Legislación Directa: Impuesta

Comisoria

Iniciativa Popular.-

Referendum de ratificación.-

REFORMA PARCIAL.- Poder Legislativo.

Convención.

Iniciativa popular y referendum.

CONCLUSIONES.←

INTRODUCCION

Tres son los objetivos propuestos al iniciar este trabajo; el primero, una exposición de los procedimientos de reforma constitucional; el segundo, la visión sucinta de cómo esos procedimientos se han llevado a la práctica en la accidentada vida constitucional del Perú que en su primera parte asume caracteres apasionantes; y el tercero, la sugerencia de incorporar al cuerpo de reforma constitucional, el origen funcional de sus miembros, explicando el por qué de este planteamiento, que tiene por finalidad, el hacer verdaderamente plena la representación social, al yuxtaponer este criterio al clásico sufragio universal.

Mas, estas propósitos plantean sin número de interrogantes previas..
..Por qué ha de modificarse la constitución?...Qué fuerzas actúan en esa modificación?...Qué vinculación las une a la ley fundamental..
..y puesto que obviamente son fuerzas sociales son ellas las creadoras de esa norma?... es acertado hablar entonces con Rousseau de un pacto social que la establece?...y el Estado, del que la constitución es un estatuto, es por ende una creación del ingenio humano? o por el contrario, es una fuerza impuesta por la naturaleza o por una clase social?
...Por qué de la profusión de constituciones en el Perú?...Por qué se han destinao los procedimientos que ellas señalaban para su reforma?...Qué límites a la posibilidad de reformar existen?.....

Qué procedimientos de reforma hay y por qué tienden por severos a la unanimidad?.....Supuesta una voluntad de la comunidad como base moral para el Estado, es el sufragio universal e inorgánico, un medio de traducirla suficientemente?.....y, traduce ese sistema, el conjunto de intereses solidarios que actúan en la sociedad? Multitud de cuestiones se plantean al comenzar este trabajo, y creemos, que quizás formularlas inicialmente a guisa de introducción sea lo mas acertado.

CAPITULO I

EL PODER

PODER SOCIAL Y PODER POLITICO.

Bertrand de Jouvenel, al iniciar su clásica obra "El Poder", ve merecimientos de reflexión en el hecho de existir en todo conjunto humano un gobierno, afirmando a renglón seguido que, aunque su forma cambie de una sociedad a otra o dentro de la misma varíe, todo ello es, en lenguaje filosófico, variedad de accidentes de una misma substancia que es el Poder. (1)

De esta suerte, confiere a ese concepto dimensión de categoría permanente en cualquier asociación humana, refutando la restringida concepción moderna que identifica el Poder con el Estado, que es una de las formas asociativas; habida cuenta continúa De Jouvenel, que "siempre y en todas partes se registra el hecho de la obediencia civil". (2) Así el Poder, que Burdeau define como una "fuerza al servicio de una idea" (3) aparece en toda unidad de fines en los hombres, al precisar éstos la dirección de una voluntad, la que deviene afirmada en un poder peculiar, diferente al de los miembros del cuerpo social.

Dos perspectivas en la definición del Poder, que son mas

bien dos momentos en el proceso de su institucionalización, pueden diferenciarse, si se aviene el estudioso a considerer con De Jouvenel, el Poder como siempre existente en las asociaciones humanas. La primera de ambas, formuladas por Jellinek en su "Teoría General del Estado", es el poder simple o fuerza de dirección y la segunda el poder dominante, que supone el agregado de la coacción y que reside en el Estado.

Raul Ferrero comparte este criterio, afirmando que "mucho antes de que hubiera Estado, la actividad política existía como función social que organizaba la cooperación del grupo"(4), suponiendo así en las asociaciones que precedieron al Estado, elementos de subordinación espontánea, que sirvieron de base a la formación política estatal, que no surge ni brusca ni contractualmente, sino como resultado de una larga evolución.

El inicio del proceso que unifica paulatinamente los propósitos humanos, es la familia, "fundada en la oposición del sexo"(5), mónada social de la que Cicerón dijera: "Principum urbis et quasi seminorum republicae" y que guardó en una época relaciones de interdependencia sin aceptar un poder superior. Excedida la familia por el ímpetu societario del hombre, se inicia la necesidad de un poder que "proteja en general las relaciones"(6) un poder disciplinario, armonizador de los derechos de los unos para con los otros, sin cuya existencia, "por ligero que sea"(7) no puede ninguna asociación ejercer su actividad. Así, las asociaciones superiores a la familia, la gens,

fratría y tribu, afirmaron poco a poco la primero ligera energía organizadora de la vida colectiva.

Esta primera forma de poder, poder simple, según Jellinek, se extiende, elevándose a dirigir mas completamente las acciones de los miembros de la sociedad y usar con entera plenitud de sus recursos, agregando a su primitiva calidad de dirección una capacidad de coacción irrefragable. Es éste el momento de aparición del Estado, como "función de la comunidad humana"(8), que intensifica la asociación, ordenando las conductas, en tanto acrecienta su función compulsiva. Surge como institucionalización jurídica del primitivo poder social, del que se diferenciaba por su poder dominante (Herrschen) o capacidad de "hacer la ley e imponerla a la colectividad"(9). Pero su aparición no trae consigo una modificación del fenómeno primordial, pues "Las cosas en sentido jurídico, nacen por abstracción de relaciones, entre los hombres"(10) y como anota Duverger, siempre se encuentran en el, como en toda agrupación humana, dos categorías de personas: "los que mandan y los que obedecen, los que dan las órdenes y los que se someten a ellas"(11). De esta manera podemos colegir con Dabin que, "aún dominando lo social, lo político está determinado por lo social, en la medida en que la materia limita necesariamente la forma"(12) y concluir que en el Estado, se "yuxtapone un aspecto material, natural dado por la inclinación o ímpetu societario del hombre y un aspecto de elaboración

humana y voluntaria"(13), jugando por esta razón el consentimiento un papel primordial, pues "al asentir a las órdenes de la dominación estatal se obedece porque se pesan los riesgos de la desobediencia y porque insensiblemente se identifican las voluntades del que dirige y del que obedece"(14).

El poder, institucionalizado en titular supremo, tiene un claro sustento en la voluntad de la comunidad, pues al centralizar las conductas individuales juridizando lo que socialmente ya se esbozaba, señala el origen de una persona, a su vez delimitada por virtud de un "estatuto de poder" que es la constitución.

Se argumenta contra este planteamiento que el poder es una "fuerza emanada de la naturaleza misma del Estado"(15) y no de la voluntad social preponderante como pretende Burdeau; pues su poner la voluntad de la comunidad como protagonista significaría medrar el carácter soberano del Estado, que se configura independientemente.

Creemos que esa observación ignora el hecho de que pese a ser modificado en su estructura jurídica, el Estado mantiene su una e indivisible naturaleza soberana, pues la voluntad de la comunidad, que es el contenido volitivo del Estado, es gestora y mas bien potencial, en tanto que la soberanía o calidad excluyente de mando, refleja el plano de la acción, por la razón irrecusable de no poder operarse vacíos de poder.

Bertrand de Jouvenel titula un capítulo de su obra: El Po-

der cambia de aspecto pero no de naturaleza" y creemos nosotros que ese aserto es excelente reconvencción a quienes argumentan que la existencia de una voluntad social transformadora niega su calidad soberana al Estado, pues éste, el poder político, pese a las variaciones que en su forma se presenten, será por necesidad y definición, siempre esencialmente soberano.

TEORIAS SOBRE EL ORIGEN DEL ESTADO.-

Intentar explicar cómo se ha institucionalizado el poder, es tratar en palabras diferentes el problema del origen del Estado, que si ha merecido el desdén del positivismo, concita a pesar de ello controversia entre diferentes teorías, las que se bifurcan en dos orientaciones: conceptuar el Estado como organismo obediente a la naturaleza del hombre o como realización querida e inteligente. La consecuencia de elegir una u otra posición, hace del Estado, o "conjuración irreprimible de los factores que lo forman o librado de ese determinismo, aparato de continua experiencia, susceptible de las más hábiles transformaciones de la técnica"(16). Tal la importancia del punto para nuestro tema.

Tres son, según creemos, las mas importantes teorías.

La Teoría de la Naturaleza Social del Hombre.- Fue inicialmente formulada por Aristóteles, el que en "La Política" afirma que el origen de la vida en sociedad se debe a la imposibili

dad del hombre de bastarse a si mismo para proveer por si a sus necesidades y para alcanzar la virtud fuera de la disciplina impuesta por las leyes y por la educación (17). Para Santo Tomás, comentarista de "La Política", es en el hombre, una exigencia de la naturaleza vivir en sociedad, y en el Estado, pues el hombre es un animale sociales et politicum. Así se considera que el hombre en estado de aislamiento es una abstracción, pues el hecho natural, en los dos sentidos de la palabra, por primitivo y necesario, es el grupo(18). Esta teoría, no se puede restringir al origen del Estado, pues tal, significaría desdeñar la actividad política previa; compete mas bien a la justificación de la convivencia como hecho natural; pero puede explicitarse al origen del Estado, que es la sociedad dotada de conciencia política.

La Teoría de la Violencia.- Encuentra sólido fundamento en los hechos históricos y explica el Estado, como una imposición de los fuertes sobre los débiles. La vida es una búsqueda del Poder, concluye Emerson (19). El Estado es agresor de la sociedad civilizada, pues en todos los periodos ejemplares de la historia ha sido sin duda el instrumento de las clases dominantes afirma Engels (20) y "todo pertenece de derecho al mas fuerte y al mejor" en la retórica de Calicles, siendo la justicia una convención humana (21).

Esta teoría, que según expresa Jellinek es un motivo de

excitación a la lucha permanente (22), no explica el origen del Estado, es una relación histórica de su existencia, que debe afrontarse sin aceptar los hechos como normativos, "con el impulso a reformar lo dado conforme a determinados objetivos"(23).

La Teoría del Contrato Social.- Sostiene que el Estado resulta de la convención de los hombres. Platón atribuye a los sofistas (24) esa doctrina por la que voluntariamente se asocian los hombres para defenderse de la injusticia; y en los "Nueve Libros de la Historia" de Herodoto (25) los Medos en la ciudad de Ecbatana, concluyen nombrando rey a Dioses, "para poder nosotros ocuparnos de nuestros negocios". Modernamente, y apoyado en la doctrina epicúrea, para la que los hombres son átomos sociales, Hobbes construye el Estado partiendo de las propiedades materiales del ser, al considerar un estado natural, en el que imperan las relaciones de fuerza y en el que el egoísmo hace nacer el deseo de paz y el sometimiento a una voluntad (26). Concluye sustentando así, que el sometimiento al poder absoluto es una exigencia de la naturaleza.

Diferente es la interpretación que obtiene Rousseau del pacto social, que realizan los hombres al dificultarse la conservación del estado de naturaleza por una ola de obstáculos, (27), enajenando totalmente sus derechos a la comunidad. Siendo de esta manera la condición igual para todos, cada uno uniéndose a todos no obedece sino a si mismo y queda tan libre como antes, (28) al instituir una forma de asociación que lo defien-

de y protege con toda la fuerza común.

Queda aparentemente en pie la ensoñación de un hombre plenamente libre en el estado de naturaleza, ajeno a la propiedad y por consiguiente paradisiacamente feliz, pues, según el axioma del sabio Locke, no puede existir agravio donde no hay propiedad (29). Se ha condenado a Rousseau el tomar como punto de partida, un ente prístino, impotente y extraño (30) y se le ha responsabilizado por la Ilustración que tras el humanismo, racionalizó al hombre, acabando por "vaciarlo de toda substancia de real humanidad" (31). Mas, rechazada por la etnología la hipótesis del bueno y libre salvaje, la importancia de la teoría arguida por Rousseau como una negación dialéctica al derecho divino de los reyes, es la existencia de una voluntad constituyente que otorga legitimidad al Estado; es decir, una base moral en el consentimiento de los sometidos. Así se formula el principio democrático de identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política (32). Rousseau que "habló mas bien por sentimientos que por reflexión" al entronizar el culto romántico del grupo, sustenta el principio de la legitimidad democrática al identificar como el status político del pueblo al Estado, que en palabras de Felice Battaglia, "es real en el querer en que se instaura, querer que es querer de la comunidad" (33).

Concluida la somera exposición de tres importantes teorías

comprobamos que ellas pueden conciliarse; la Teoría de la Naturaleza Social del Hombre, explicando la sociedad que evoluciona hacia el Estado; la Teoría de la Violencia, descripción y relato del Estado histórico como mecanismo de imposición; y la Teoría del Contrato Social, que frente a esa realidad, plantea la legitimación subsiguiente, ya que no original, del Estado, en la búsqueda del principio de identidad democrática, afirmando la existencia de una voluntad general, de un Poder Constituyente, patrimonio de la comunidad, de la que de alguna manera, necesita nacer el Poder del Estado. (34)

Esta última doctrina, incluida en la Constitución Española de 1812, que estatuye que el poder del monarca viene de los pueblos; la encontramos en la comunicación dirigida por San Martín al Cabildo de Lima, que textualmente expresa: "Espero que V. E. convoque a una Junta General de vecinos honrados, que representando el común de habitantes de esta capital, expresen si la opinión general se haya decidida por la independencia" (35). Asimismo se encuentra mas adelante en los artículos dos y tres de las "Bases" y de la Constitución de 1823 respectivamente y en las sucesivas cartas políticas de nuestro país.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- DE JOUVENEL, Bertrand.- El Poder.- p. 33
- 2.- Loc. cit.
- 3.- BURDEAU, Georges.- Método de la Ciencia Política.- Ed. Depalma.- Bs. As.- 1964 .- p. 188
- 4.- FERRERO, Raul.- Teoría del Estado.- p. 2
- 5.- SANTAMERIA DE PAREDES, Vicente.- Curso de Derecho Político.- p. 90
- 6.- AHRENS, Enrique.- Enciclopedia Jurídica.- p. 193
- 7.- JELLINEK, George.- Teoría General del Estado.- p. 180
- 8.- Op. Cit.- p. 140
- 9.- SANCHEZ VIAMONTE.- El Poder Constituyente.- p. 134
- 10.- JELLINEK, George.- Op. Cit.- p. 130
- 11.- DUVERGER, Maurice.- Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.- p. 7
- 12.- DABIN, Jean.- Doctrina General del Estado.- p. 168
- 14.- DE JOUVENEL, Bertrand.- Op. Cit.- p. 38
- 15.- ARANGO, Rafael.- El Poder Político.- p. 15
- 16.- CALMON, Pedro.- Historia de las Ideas Políticas.- p. 11
- 17.- Política.- III-9.1280-a
- 13.- BIDART CAMPOS, Germán.- El Derecho Político.- p. 521
- 18.- Ibid.- p. 94
- 19.- BODENHEIMER, Edgard.- Teoría del Derecho.- p. 7
- 20.- ENGELS, F.- El origen de la propiedad, la familia y el Estado. p. 143

- 21.- PLATON.- Diálogos.- T. II.- p. 191
 - 22.- HERODOTO.- Los Nueve Libros de la Historia.- I.- 76
 - 23.- JELLINEK.- Op. Cit.- p. 157
 - 24.- PLATON.- Op. Cit.
 - 22.- JELLINEK, George.- Op. Cit. p. 159
 - 26.- HOBBS, Tomas.- LEVIATHAN.- XVII.- p. 156
 - 27.- ROUSSEAU, J.J.^a El Contrato Social.- 25
 - 28.- Ibid.
 - 29.- ROUSSEAU, J. J.- El Origen de la Desigualdad entre los
Hombres.- p. 98
 - 30.- BOTTAI, Guiseppe.- La Organización Corporativa del Esta-
do.- p. 56
 - 31.- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis.- Introducción a la Teoría del Es-
tado Nacional Sindicalista, p. 231
 - 32.- SCHMITT, Carl.- Teoría de la Constitución.- p. 259
 - 33.- BATTAGLIA, Felice.- Estudios de Teoría del Estado.- p. 60
 - 34.- JELLINEK, George.- Op. Cit.- p. 346
 - 35.- BENAVIDES LOREDO, E.- Bosquejo de la evolución Política y
Jurídica de la época republicana del
Perú.- p. 54
-

CAPITULO II

LA CONSTITUCION

CONCEPTO DE CONSTITUCION.-

Es la ley fundamental que engendra e informa el orden jurídico. Ella reglamenta y coordina las relaciones de poder del Estado señalando sus funciones y determinando los derechos humanos, de suerte que su existencia "juridiza"(1) el ejercicio del Poder; pues como proceso político, en palabras de Carl Friedrich, "se ocupa invariablemente de la técnica de establecer restricciones efectivas"(2).

La constitución, considerada como una integridad, es propiamente válida cuando emana de un poder, de una supuesta voluntad unitaria (3), en tal virtud la dualidad que suponen los pactos estamentales entre señores y vasallos durante el medioevo, les niega el carácter de constituciones, pues, "no fundan una unidad política" (4).

La constitución es el producto de la acumulación de material y circunstancias espirituales propias de una época, responde a una realidad pues la voluntad de los legisladores no existe aislada, vive un momento histórico, participa de las valora-

ciones positivas colectivas.

LOS FACTORES REALES DE PODER.-

Los pactos medioevales o cartas bilaterales entre señores y vasallos, formalizaban las relaciones de poder de los estamentos; mas adelante, al advenir el liberalismo, las constituciones supuestamente emanadas de la voluntad popular, adoptan un carácter compromisorio, una formal igualdad, bajo la que se disimulan las mas terribles injusticias. En su célebre opúsculo: "Qué es una constitución?" Fernando de Lasalle, califica las condiciones materiales que inspiran la estructura jurídica como "factores reales". Son, dice "esa fuerza activa y eficaz, que conforma todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad haciendo que no puedan ser en substancia mas que tal y como son"(5).

La constitución escrita refleja los factores reales de poder en sus instituciones y en consecuencia es válida en tanto responde fielmente a ellos. Así, en cuanto haya madurado la constitución material, determinando un equilibrio mas o menos estable entre las fuerzas en contienda, la constitución formal sufrirá menos transformaciones. Tal es el caso de Inglaterra.

Podría considerarse la relación entre la constitución material y la constitución formal, como un ejemplo de categoría dialéctica de contenido y forma, en constante pugna, pues, mientras

la realidad social es soporte de la constitución formal, ésta puede a su vez servir de cauce para imprimir nuevas tendencias en aquella, como afirma Rafael Bielsa refiriéndose al valor educativo de las viejas constituciones (6). En referencia a este punto Legaz y Lacambra se pregunta al responder a Sheller, "no son a menudo las condiciones reales, un fenómeno producido paralelamente a la aparición de un determinado tipo humano, que de un lado siente sobre sus juicios, conocimientos y valoraciones la presión de esa realidad y que por otra parte reacciona sobre ella, influye creadoramente, modelándola en el sentido del mundo de valores en que él vive?"(7).

La evolución constitucional peruana, ofrece en sus primeros años un ejemplo de la inestabilidad de la constitución formal al intentar ser aplicada a una realidad lejana de sus instituciones. Su historia fluctúa entre el autoritarismo de Bálvar y los caudillos militares y el liberalismo de las primeras asambleas; entre el romanticismo discurseador y antiespañol de los constituyentes y la subsistencia de la legislación colonial hasta muy entrada la república; entre el desprecio de las nuevas instituciones por los militares revolucionariss y la esperanza civil formulada en 1834 por Vigil, de "preparar los progresos en una época para que se sientan después en la siguiente" (8), en suma, entre la ley y su incumplimiento.

La dinastía borbónica que sustituyó a la austriaca en España, impuso su sentido centralista de gobierno; comentando esta influencia Niceto Alcalá Zamora, dice en sus "Reflexiones sobre las Leyes de Indias" que sobre la autoridad de las audiencias, la del Virrey recibió en 1752 un influjo, al incorporarse a ella la Superintendencia en materia de hacienda y que el primitivo poder judicial que la época austriaca organizara fue cercenado por un militarismo creciente (9). Paralelamente el Derecho Público indiano tenía como característica su flexibilidad, según señala José María Ots, esto es, la potestad de no aplicar la ley siempre que surgieran inconvenientes (10), institucionalización del divorcio entre el hecho y el derecho, que al decir de Basadre es la base de un fenómeno de nuestra vida republicana: el desprecio a la ley (11).

En lo relativo a la economía, al momento de la emancipación la industria minera, esencial al virreinato y a los primeros republicanos, estaba en declive, las minas abandonadas por la falta del azogue de Huancavelica cuya producción se había prohibido en beneficio del monopolio español (12) y la agricultura, postergada en pro de la minería se constituía por los llamados predios de "mano muerta" y por la incipiente labor en manos de los indios.

La guerra de la independencia creó por sobre todo, como señala Basadre en su "Historia de la República" un ejército que im

plicó la mas poderosa de las fuerzas soiales (13), Rotos los principios de la disciplina y sin haber por consiguiente jerarquía ni educación; los constituyentes crearon una entidad artificial. Aun cuando por resolución de 20 de Setiembre de 1822 reconocían la persistencia del orden legal español al habilitar a las autoridades civiles, militares y eclesiásticas (14), se empeñaron en crear instituciones sin pasado, sin arraigo en la vida. Lectores de Heinecius e influenciados por Gaetano Filanghieri que en la "Ciencia de la Legislación" sostiene que el Derecho es una ideología que tan pronto entre en la práctica reformará la vida (15), los constituyentes adoptaron aquí las soluciones que contra las trabas económicas del feudalismo, tomó la revolución francesa.

Con este espíritu se abolió el tributo indigena en sus diferentes formas, por ser una institución vinculada al régimen agrario de la colonia. Mas esta medida fue en la práctica contraproducente puesto que el tributo estaba acondicionado necesariamente a la posesión de las tierras por los indios, alegándose mas adelante que por haberse derogado el tributo, ya no tenían derecho de poseerlas. Es así como señala Romero (16) que al advenir la República contemplamos un fenómeno de concentración de la propiedad y despojo en masa de las tierras a los indios.

La esclavitud de los negros, aunque limitadamente, fue abolida, mas subsistió en la práctica hasta 1854. El mismo Con-

greso Constituyente que aprobó el artículo 11 de la constitución que reza: "Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en el alguno de esta condición", el 13 de Diciembre de 1822 señaló tras acalorado debate que "los negros esclavos que se habían enrolado para luchar por la independencia, deberían permanecer en el país y ser devueltos a sus amos"(17) y el 5 de Marzo de 1823, admitió a la Comisión de Constitución la proposición del Sr. Tudela que estipulaba: "El esclavo que fugase de los estados limítrofes, no conseguirá la libertad por el hecho de poner el pie en el territorio de la República, sino será entregado a la persona que lo reclame con justo título" (18).

! Cuán lejos estaban los discursos de la realidad !

La constitución de 1823 elaboró a ejemplo de Francia, un orden fundado en la soberanía popular, que se representaba en una omnipotente asamblea; un Poder Ejecutivo fuertemente ligado a ella, al que se imponía el senado conservador como un centinela perpetuo; y una organización administrativa descentralizada por medio de Juntas Departamentales.

Luego, el Motín de Balconcillo y la necesidad de una mano fuerte, la de Bolívar, "considerando que solo el poder depositado en el libertador puede dar consistencia a la república"(19), pusieron fin a la asamblea. Era la época de los caudillos que sucedían al centralismo militarista colonial, partidarios de un poder Ejecutivo fuerte y celosos de todo intento descentralizae

dor.

Ido Bolívar y caída tras el su constitución de 1826, irónicamente denominada vitalicia, una nueva asamblea, elaboró una carta, la de 1828, que moderó el liberalismo de la primera; para tal efecto, estableció la bicameralidad, inspirándose en la constitución norteamericana hasta permitir la reelección del presidente. Manuel Vicente Villarán atribuye a la moderación de esta carta, una influencia perdurable que se encuentra en la constitución de 1860 nuevamente.(20)

Influencia, sí, pues la constitución de 1828 cayó al ser opuesta a un caudillo en ascenso: Gamarra, que la tildó de "conjunto viciosa, imperfecto e inverificable!"

No eran suficientes para Gamarra los poderes acordados al ejecutivo. Así, una nueva asamblea constituyente reunida por mandato de la constitución de 1828, se avocó a la dación de una nueva carta. La asamblea, opositora al autoritarismo de Gamarra, lo combatió valerosamente dictando leyes que freneran sus abusos; la constitución que dio, de clara tendencia antimilitarista, sujetó los ascensos a la aprobación del congreso; reprodujo casi literalmente la constitución de 1828, insistiendo en sus propósitos, pues como afirmó Luna Pizarro: "nuestra felicidad debe tener su base en la carta, en ella se depositan los gérmenes que habrán de desarrollarse con el tiempo".

La asamblea, eligió presidente a Orbegozo, intentando, al i-

gual que el congreso de 1828 al elegir a La Mar, entregar la presidencia a un hombre dúctil y manejable, sin instinto militarista, que nivelara así la disparidad entre el caudillismo militar y los civiles que aun no constituían una fuerza.

Vano intento, se produjeron el levantamiento de Bermúdez, la revolución de Salaverry, la intervención de Santa Cruz, la Confederación Perú Boliviana y su caída por obra del "Ejército Restaurados", durante cuya presencia en Lima, Gamarra reunió por decreto en Huancayo, un congreso, al que por un segundo decreto, dio el carácter de constituyente, "destinado a hacer el arreglo y la felicidad del pueblo".

Nació así, la constitución de 1839 que dio el congreso, luego de tres meses de deliberaciones y el otorgamiento de honores a Gamarra. Después de haber visto desgarrados los textos liberales y las guerras civiles e internacionales, predominaba el anhelo del orden y la paz, y con tal propósito, anota Basadre, se fortificó el ejecutivo, se suprimieron los organismos locales, se redujeron los derechos individuales y se imprimió a la carta un carácter de hostilidad a la juventud. (21)

Se aumentó el mandato presidencial de cuatro a seis años, se suprimió la posibilidad de acusación contra el presidente por obra del congreso, se possibilitó a aquel, para suspender por cuatro meses a lo mas y trasladar a cualquier funcionario del Poder Judicial, y se otorgó al Consejo de Estado la atribución de con-

ceder al presidente, facultades extraordinarias, es decir, suspender las garantías constitucionales durante un tiempo determinado. Basadre ve en el artículo cinco, que señala como peruanos a los hombres libres nacidos en el Perú, el reconocimiento tácito de la esclavitud.(22)

Esta constitución de corte conservador, acomodó a las circunstancias de entonces y por ello alargó su vida hasta el año 1856. Luego de su dación, se produjeron varios pronunciamientos, y revoluciones hasta la elección de Castilla en 1845, época en la que se iniciaron los trabajos para dotar al Perú de la legislación de que carecía, que dieron lugar al Código Civil de 1852.

Renacieron las luchas ideológicas cuyos mejores exponentes fueron Pedro Gálvez y Bartolomé Herrera. Electo a continuación Echenique, realizó un gobierno de progreso material, continuando la nota doctrinaria de conservadorismo. A su plan de obras públicas contribuyó la prosperidad fundada en la explotación del guano, "riqueza súbita, enorme y fácil" que inició Castilla, y con cuyas rentas se pagaron los grandes ferrocarriles, se intensificó el comercio y se instaló el telégrafo. Coincidió con el gobierno de Echenique la inauguración de la flota del Pacífico por Wheelwright, que redundó en importantes progresos para los países sudamericanos de la región andina occidental. Así surgió una nueva clase, que se enlazó con parte de la

antigua nobleza genealógica. En 1854, se produjo la Revolución Liberal, cuyo contenido popular, la diferencia del carácter del faccionalismo militar, fue conducida por Castilla que el 5 de Julio firmó el decreto aboliendo el tributo de los indios, por inspiración de Pedro Gálvez. De esta manera, anota Basadre, el liberalismo de la segunda generación se impregna de contenido social. En Huancayo, se firmó el decreto que proclamó la libertad de todos los hombres que pisaban el territorio de la república, pero bajo indemnización de los propietarios de esclavos. Un protagonista de la Revolución Libertadora se encargaría mas adelante de sustituir los esclavos negros por "colonos chinos"(23).

La convención de 1855 dio a Castilla el título de presidente provisorio y aprobó la constitución de 1856, de orientación liberal, que acentuó la influencia del Poder Legislativo y redujo el periodo presidencial de seis a cuatro años; estableciendo que vacaba la presidencia de la república, por impedir la reunión del congreso, suspender sus funciones o disolverlo. Restableció la intermención parlamentaria en los ascensos del ejército y creó la Guardia Nacional como un contrapeso a aquel, reestableciendo las Juntas Departamentales y los municipios con extensas atribuciones.

Castilla, cuyo carácter pragmático había concordado en la constitución conservadora de 1839, y que en su primer periodo

instituyó el presupuesto como un instrumento centralizador en contra de las audiencias, (24) objetó la constitución, al instante mismo de jurarla, manifestando que "no era llegada la oportunidad de ejecutar las reformas" Luis Felipe Villarón afirma que esa fue la bandera de la revolución que estalló en Arequipa.

Disuelta la convención y triunfante Castilla sobre la insurrección del sur, convocó un congreso en 1858 con el fin de proclamar al presidente e iniciar las reformas constitucionales. El congreso cumplió lo primero y Castilla considerando que no cumplía el segundo objeto, llamó en su receso a las elecciones para el congreso ordinario de 1860, el que "vistas las actas electorales" tomó el carácter de constituyente.

En su seno, la reacción contra el liberalismo se personificó en el proyecto de Herrera, mas el congreso prefirió una solución moderada, robusteciendo prudentemente al Ejecutivo y restringiendo la intervención del parlamento en los grados militares, al ascenso de los generales. Coincidió con la definitiva supresión de los antiguos gremios y con el fortalecimiento del liberalismo apoyado en el enlace del aristocratismo feudal con la nueva clase que originó la prosperidad de los años 1850. Esa unión fue un poder social civil suficiente para estabilizar la vida constitucional de la república frente al militarismo,

así, al decir de Basadre, "lo que no habían podido lograr los ideólogos de 1822 y 1860 podían hacerlo los ricos de 1872"(25) año en que enfrentaron victoriosamente contra el gobierno del coronel Balta a un civil, un "hombre de traje negro": Don Manuel Pardo.

Creemos que se puede concluir del ejemplo, que es acertado el juicio de quienes piensan que los primeros años de la historia política del Perú, son una lucha entre el legislativo y el ejecutivo; en cuanto el primero, representó al elemento civil liberal, el cual en su primera época, hasta cobrar fuerzas en la segunda mitad del siglo, se enfrentó infructuosamente al ejecutivo personificado en los caudillos militares que al igual que Federico Guillermo III en Alemania de 1848, pudieron referirse a la constitución formal como una "hoja de papel".

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- FERRERO, Raul.- Op. Cit.- p. 144
- 2.- FRIEDRICH, Carl.- Teoría y realidad de la Organización Constitucional Democrática.- p. 130
- 3.- SCMITT, Carl.- Op. Cit.- p. 10
- 4.- Ibid.- p. 51
- 5.- LASALLE, F.- Qué es una Constitución?- p. 53
- 6.- BIELSA, Rafael.- Derecho Constitucional.- p. 99
- 7.- LEGAZ Y LACAMBRA, L.- Op. Cit.- p. 39
- 8.- M. V. VILLARAN.- Páginas Escogidas.- p. 68
- 9.- BASADRE, Jorge.- Historia del Derecho Peruano.- T. I.- p. 253
- 10.- Ibid.- p. 271
- 11.- Ibid.- p. 71
- 12.- ROMERO, Emilio.- Historia Económica del Perú.- p. 259
- 13.- BASADRE, Jorge.- Op. Cit.- p. 32
- 14.- DANCUART, Emilio.- Crónica Parlamentaria del Perú.- T. I p. 46
- 15.- UGARTE DEL PINO, Vicente.- Historia de la Facultad de Derecho.- p. 33
- 16.- ROMERO, Emilio.- Op. Cit.- p. 242
- 17.- DIARIO DE LOS DEBATES.- 1929.- T. I.- p. 150-151
- 18.- HISTORIA DEL PARLAMENTO NACIONAL.- p. 332
- 19.- DANCUART, Emilio.- Op. Cit.
- 20.- VILLARAN, M. V.- Op. Cit. p.- 53

- 21.- BASADRE, Jorge.- Historia de la República del Perú.- T. I
p. 207
- 22.- Ibid.- p. 208
- 23.- ROMERO, Emilio.- Op. Cit.- p. 240
- 24.- Ibid.- p. 372
- 25.- BASADRE, Jorge.- Historia de la República del Perú.-
T. II.- p. 83

CAPITULO III

CLASIFICACION DE LAS CONSTITUCIONES

Pueden clasificarse las constituciones, de acuerdo a los siguientes criterios:

POR EL CONTENIDO.- Considerada la constitución en el sentido de un status idéntico a la situación total del Estado (1) nace con el Estado mismo; en tal virtud, las constituciones, repitiendo la clasificación que de las formas de gobierno hace Santo Tomás, son buenas y malas, contándose entre las primeras las democráticas, aristocráticas y monárquicas y entre las segundas las tiránicas, oligárquicas y demagógicas.(2)

POR EL ORIGEN.- Siguiendo a Carro Martínez, (3) clasificamos las constituciones en originarias o que nacen simultáneamente con el Estado, de las que es ejemplo nuestra constitución de 1823 y derivativas, que traen su causa de situaciones políticas anteriores.

ESCRITAS Y CONSUECUDINARIAS.- Esta segunda es identificada por algunos autores con la constitución material, de la que obviamente no ha carecido ningún estado.

Las constituciones escritas, surgen a partir de la revolución francesa, pues, señala Herman Finer, "el viejo poder se de

rrumba con violencia y es necesaria una afirmación definida y coherente de un nuevo poder.(4). Finer añade, respondiendo a quienes creen que la formalidad de las constituciones escritas les presta mayor fijeza, que "si la esencia de la constitución es el caracter inalterable, entonces las constituciones escritas tienen la gran desventaja de elaborarse mediante una operación deliberada y demostrable y por consiguiente cambi-
ble.

CONSTITUCIONES INMUTABLES, FIJAS, RIGIDAS Y FLEXIBLES.- Nelson de Sousa Sampaio, en su obra "O Poder de reforma constitucional" (6) amplía la clásica diferencia establecida por Bryce, señalando que las constituciones se clasifican de acuerdo a su mayor o menor dificultad de reforma en:

INMUTABLES.- Que pretenden su eterna vigencia, estableciendo la imposibilidad formal de su modificación. Su ejemplo es el Código de Hamurabi esculpido en piedra.

FIJAS.- Que requieren para su modificación de un poder constituyente igual al que las creó, tal el caso de la constitución del año VIII en Francia que carecía de un precepto relativo a su reforma.

RIGIDAS.- Cuya reforma se verifica por procesos diferentes a los de creación de las leyes ordinarias, caso en el que se hallan incursas todas nuestras constituciones, siendo un típico caso

la constitución de Estados Unidos, en la que, anota De Sousa, merced al complicado sistema que establece solo se han verificado veintidas enmiendas entre más de tres mil propuestas. (7)

Todas nuestras constituciones, señala Herrera Paulsen, han mantenido cierta rigidez en los procedimientos de reforma, manifestada en la cantidad de votos exigibles y en el número de legislaturas necesarias para su aprobación. (8) Entre ellas resalta por su complicado sistema de reforma la constitución de 1839, que establece como requisito a la proposición de reforma, la firma de un tercio de los miembros de cualquiera de las cámaras (art. 187), debiendo ser leída la proposición por tres veces con intervalo de seis días de una a otra lectura. Después de la tercera lectura se deliberará si ha lugar o no a admitirla a discusión (art. 188). Si se acuerda admitirla, una comisión de nueve miembros elegidos por la cámara, presentará un informe sobre la necesidad de hacer la reforma (art. 189) el que se someterá a discusión, siendonecesario para su aprobación los dos tercios de sufragios en cada una de las cámaras (art. 190). Sancionada la necesidad de la reforma, se reunirán las dos cámaras para formar el correspondiente proyecto (art. 191), este pasará al ejecutivo quien oyendo al Consejo de Estado, la presentará con su mensaje al congreso en su primera renovación. (art. 192) En las primeras sesiones del congreso renovado, será discutido el proyecto por las dos

cámaras reunidas y lo que se resuelva se tendrá por artículo constitucional.

FLEXIBLES.- Que pueden modificarse con facilidad por los mismos procedimientos de la ley ordinaria. El ejemplo clásico de esta modalidad es Inglaterra, donde, no existiendo constitución escrita, el parlamento cuenta con ese poder.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- SCHMITT, Carl.- Op. Cit.- p. 51
 - 2.- S.TOMAS.- De Regimine Principum.- I, 1
 - 3.- CARRO MARTINEZ, Antonio.- Derecho Político.- p. 169
 - 4.- FINER, Herman.- Teoría y práctica del Gobierno Moderno.-
p. 155
 - 5.- Ibid.- p. 163
 - 6.- DE SOUSA SAMPAIO, Nelson.- O Poder de Reforma Constitucional.-
p. 37
 - 7.- Ibid.- p. 62
 - 8.- HERRERA PAULSEN, Darío.- Curso de Derecho Constitucional.-
p. 134
-

CAPITULO IV

LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La constitución se estructura sobre una base material sujeta a variaciones y sobre "una conciencia de legitimidad que al entrar en crisis exige una revisión de sus fundamentos"(1). Se califica el derecho, como restrictivo y conservador, en constante oposición al poder que es el "elemento dinámico de la sociedad"(2). Pues bien, si el derecho plasma un sistema, "recogiendo los valores que traducen en el plano histórico de lo relativo la absoluta dignidad del espíritu" (3), ese conjunto de normas por su mismo carácter relativo, no puede imponerse al futuro, libre de determinismos, pues tal significaría imponer la "legitimidad de las tumbas"(4).

La constitución podría definirse como una hipótesis normativa tendida al futuro, que espera de los hechos, refrendación o recusación, pues en palabras de Julianus: "Neque leges neque senatus consulta ita scribi" possunt, ut omnes casus qui quando que inciderint comprehendatur" (5) (nunca se escribió una ley que se anticipara y comprendiera todos los casos que es posible, surjan posteriormente). Así, la ley es, repitiendo a Musso

limi, "un punto de partida y no de llegada"(6).

A quién compete la reforma constitucional?

Aceptada aun como una ficción la existencia de una voluntad que funda el Estado, se plantea el problema de saber si la primitiva declaración de voluntad agota el Poder Constituyente, o si "al lado y por encima" de la constitución, sigue existiendo.

Francisco Eduardo Trusso, distingue el pacto social enunciado por Guizot y Burke, creadores del constitucionalismo norteamericano; del pacto social ruusseniano. Aquel, es "un hecho histórico concreto" concluido como expresión de voluntad pasada y presente y en consecuencia irrevocable. Este, es una convención sujeta siempre a la soberanía popular, pudiendo los representantes de ésta, modificarlo o revocarlo libremente.

Nuestros constituyentes se adhirieron plenamente a la teoría francesa en la carta de 1823 al señalar en el artículo #91 que estaba sujeta a la ratificación o reforma de un Congreso General posterior. Las constituciones sucesivas han compartido este criterio, estableciendo prohibiciones de reforma, en elementos accesorios que no atañen a los aspectos esenciales, por ejemplo en la actual, la prohibición respecto a la reelección presidencial inmediata (art. 142). Sin embargo, la constitución de 1828, es una excepción a esa tendencia al señalar en su artículo segundo que la nación peruana, "no admitirá con o-

tro estado, unión o federación que se oponga a su independencia". El carácter unitario o federal de un estado, es obviamente fundamental en una constitución. Como veremos más adelante uno de los límites a los procedimientos de reforma que la misma constitución establece, son sus bases y principios. De ello deducimos que el espíritu de nuestros constituyentes de 1828, no compartió la teoría francesa.

PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS.-

La constitución, según Schmitt, "vale por virtud de la voluntad política existencial que la da; cuando emana de un Poder constituyente y se establece por su voluntad"(8). En la teoría de Rousseau se define la legitimidad y validez, por el principio de identidad democrática que supone la voluntad actuante de la comunidad, la que funda el Estado, por un acto constituyente originario. Mas, dice Rousseau que este acto es complejo y "está compuesto por otros dos; a saber: el establecimiento de la ley y la ejecución de la ley" (9). Así formula sin definirlos los conceptos de Poder Constituyente y poderes constituidos. Sieyes precisará estas nociones en su obra: "Qué es el Tercer Estado?", donde explica que por "ser imposible cumplir por ellos mismos la voluntad común, los asociados confían el ejercicio de la porción de voluntad necesaria para esos fines

a algunos de entre ellos" (10) (poderes constituidos), no correspondiendo pues al cuerpo de representantes ordinarios alterar los límites del poder que les ha sido confiado. (11)

Sieyes diferencia así las leyes fundamentales, llamadas así porque "los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas".

Sin embargo, habiendo establecido el principio de la representación; que Rousseau que exige la ratificación directa por el pueblo, no acepta; Sieyes después de referirse a los representantes ordinarios, admite la posibilidad de que la voluntad general de la nación sea representada por una asamblea de representantes extraordinarios, merced a los poderes necesarios en esas ocasiones, y concluye diciendo: "no quiero decir que una nación no pueda dar a sus representantes ordinarios, la nueva comisión de que aquí se trata" (14), con lo que se plantea el problema de si los representantes ordinarios, miembros de un poder constituido (el parlamento) pueden modificar por los poderes concedidos, la constitución que es obra de la voluntad originaria, del Poder Constituyente del pueblo.

Los poderes especiales a que se refiere Sieyes, son los exigidos en el decreto de convocatoria al primer Congreso General Constituyente, el 27 de Diciembre de 1821, que en su artículo segundo establece: "Son objetos únicos de su reunión determinar la forma definitiva de gobierno y dar la forma de constitución que mejor convenga al Perú. Los poderes que den los pueblos a sus diputados se contraeran exclusivamente a estos obje-

tos y serán nulos los que se excedan en ellos"(15).

Todas nuestras constituciones han escogido la fórmula de otorgar tácitos poderes, en el texto mismo, al establecer como potestad del Poder Legislativo, la reforma constitucional.

GAMBIO TOTAL Y REFORMA PARGIAL.-

Creemos importante diferenciar el cambio total de la reforma parcial, pues en relación directa a la importancia o no del cambio, debe aplicarse en cuanto al procedimiento, mayor brevedad, sencillez o complejidad, que asegure la participación de todos los componentes del Estado, por la voluntad general.

En este aspecto, interesa la exposición de Schmitt (16) en cuanto a los conceptos de constitución y de ley constitucional. La primera, dice, supone una expresión de totalidad e insitas en ella las decisiones políticas fundamentales sobre las que se funda, las cuales no pueden suprimirse; las segundas, son las leyes contenidas en el texto y consideradas específicamente. En base a esta diferenciación afirma que en vías del art. 76 de la constitución de Weimar que comenta, pueden reformarse las leyes constitucionales, pero no la constitución como una totalidad (17).

Algunas cartas políticas, como la Constitución Federal Suiza de 1874 (art. 118) y la Constitución Francesa de 1848 (art. 111) distinguen el cambio total del cambio parcial, igualmente

la constitución de Noruega, que en su artículo 112 establece que "solamente deben recaer las reformas sobre disposiciones particulares y no pueden transformar el espíritu de la constitución".

Nuestras constituciones, al establecer la eventualidad de su reforma, no han diferenciado si total o parcial y por ello podemos aplicarles el razonamiento que respecto a la constitución de los Estados Unidos incursa en el mismo caso, hace Angel Ruggeri, diciendo que al no preveer aquella la posibilidad de una reforma total, tal posibilidad, supone una consulta al pueblo (19). Esa ha sido, aproximadamente, la manera como ha sido llevada a cabo la reforma de nuestras constituciones en cuanto al cambio total, procediéndose previamente a la elección de convenciones constituyentes, que en alguna forma suponen una consulta a la voluntad constituyente.

LIMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL.-

"Un peuple a toujours le droit de revoir, de reformer et de changer sa constitution" (Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y de cambiar su constitución) dice el art. 28 de la constitución francesa de 24 de junio de 1793. El problema de si ese derecho, tiene límites al momento de ser puesto en acción, plantea distinguir la reforma total de la reforma parcial.

REFORMA TOTAL.- Si como hemos ya advertido, una constitución contiene principios esenciales y reglas metódicas; o, al decir

de Schmitt, vista en su integridad se diferencia de las leyes constitucionales; la reforma de una constitución como totalidad obliga a consultar nuevamente al poder constituyente al que debe su dación y validez.

Este poder, en nuestro caso, el pueblo, no tiene por su primigeneidad, límites en la juridicidad anterior cuya falta de valor material origina la reforma. Se señala el Derecho Natural como restricción. Greemos que conceptualizado éste por Darwin como el dominio de la moralidad media de un pueblo y articulado por leyes morales esenciales, plantea taxativas, que en realidad no lo son, pues la voluntad general representada rebasándolas, en realidad estaría a la vez medrando su propio poder. Tal, el absurdo que plantea la doctrina democrática, en virtud del principio de la inalienabilidad de la soberanía popular que niega al propio pueblo, el derecho de renunciar a su poder constituyente. (20)

Así los representantes a una convención constituyente, de acuerdo a una común expresión francesa "son la constitución viva", y pueden adoptar decisiones, como reza el acuerdo de la Asamblea Constituyente alemana del 6 de Febrero de 1919 "sin otras limitaciones que las que ella misma se imponga"; o, es necesario agregar, de las que por exceder el marco de la soberanía, son competencia del Derecho Internacional. Puede anotarse como ocasional ejemplo, los tratados de protección de minorías

de la Primera Guerra, entre las potencias aliadas y Polonia, Yugoslavia, Checoslovaquia y Grecia, por los que estas naciones se obligaban a garantizar determinados derechos a sus minorías de raza, lenguaje o religión. (22)

REFORMA PARCIAL.- De Sousa Sampaio, que estudia exhaustivamente este aspecto, llama Poder Reformador a la capacidad dada por la constitución a los poderes que ella constituye, para proceder a su reforma. Mas siendo la relación de los poderes constituidos con el Poder Constituyente una relación de "círculos concéntricos de competencias" (23), se plantean restricciones a los primeros, rebasadas las cuales, el Poder Reformador se torna en revolucionario, es decir, sin asidero jurídico anterior.

Limitaciones temporales.- Constituciones hay, que no permiten su reforma, sino cumplido un plazo. Así nuestra carta de 1828, establecía en su artículo 176 ser conservada sin alteración ni reforma por cinco años, plazo a cuyo término se reuniría una convención nacional autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta constitución.

Otras constituciones obligan a su reforma cada cierto tiempo, como la constitución polonesa de 1921 que en su artículo 125 establece periodos de veinticinco años, cumplidos los cuales, la constitución debe ser sometida a una revisión. Un caso excepcional es la constitución irlandesa de 1922, cuyo artículo 50 seña

la un término de nueve años, dentro de los cuales la constitución es puramente flexible, luego, se torna rígida.

Limitaciones en cuanto a la extensión de la reforma.- Como antes se ha dicho, por provenir la reforma de un poder constituido inferior en jerarquía al Poder Constituyente, no puede referirse a la constitución en su totalidad, sino ocuparse únicamente de las leyes constitucionales. Así lo establece la constitución de 1946 del Estado Libre de Baviera en su artículo 75, al señalar que "no podrán ser admitidas, las propuestas de reforma constitucional que contraríen los principios democráticos de la constitución".

Limitaciones materiales.- Dentro de éstas, De Sousa Sampaio considera entre diversas categorías de normas constitucionales: las relativas al titular del poder reformador, al procedimiento de reforma. Se añade además las prohibiciones expresas de reformar algunos artículos, como lo prescribe la constitución francesa del 14 de Agosto de 1884, que establece: "La forme republicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision". Nuestra actual constitución en su artículo 142 señala respecto al presidente de la república: "No hay reelección inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformatoria o derogatoria y los que la apoyen directa o indirectamente, cesarán de hecho en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán in-

habilitados para el ejercicio de toda función pública".

Schmitt distingue respecto a los límites materiales, los conceptos de destrucción, que define como la supresión de la constitución y del Poder Constituyente o voluntad a la que debe su dación, lo que equivaldría al tránsito de un régimen constitucional democrático a uno de constituciones otorgadas; supresión, que se refiere a la ley, pero conserva al Poder Constituyente, lo que significaría un cambio total; reforma o revisión, que modifica constitucional o inconstitucionalmente; quebrantamiento, o violación de prescripciones en algunos casos y suspensión, que implica poner algunas prescripciones fuera de rigor.(24)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- TRUSSO, Francisco Eduardo.- Op. Cit. - p. 15
- 2.- BODENHEIMER.- Op. Cit. p. 24
- 3.- BATTAGLIA, Felice.- Op Cit. Prólogo por Luis Legaz y La-
cambra. p. 7
- 4.- Ibid.- p. 9
- 5.- DIGESTO.- 3, 10
- 6.- BOTTAI, Giuseppe.- Op. Cit. "Discurso de Mussolini en la Se-
gunda Asamblea General del Régimen.-
1934.- - p. 18
- 7.- TRUSSO, Francisco.- Op. Cit. p. 14
- 8.- SCHMITT, Carl.- Op. Cit.- p. 26
- 9.- El Contrato Social, 139
- 10.- SIEYES.- Qué es el Tercer Estado?. 103
- 11.- Ibid. p. 103
- 12.- El Contrato Social.- 133
- 13.- SIEYES.- Op. Cit. 117
- 14.- Ibid.- 117-120
- 15.- DANCUART, Emilio.- Op. Cit.
- 16.- SCHMITT, Carl.- Op. Cit.- p. 50
- 17.- Ibid.- p. 30
- 18.- RUGGERI PARRA, Angel.- "Estabilidad y reformas constitucio-
nales
- 19.- "UN pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y
cambiar su constitución".
- 20.- DE SOUSA SAMPAIO.- O Poder de Reforma Cosntitucional.- Cap II
p. 96
- 21.- SCHMITT.- Op. Cit.- p. 68

22.- DE SOUSA.- Op. Cit. p. 38

23.- IBID.- p. 37

24.- SCHMITT.- p. 119.- Op. Cit.

CAPITULO V

PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Son los medios por los cuales se pretende asegurar la participación real de la voluntad de la comunidad al proceder a la reforma de la constitución, la que, al decir de Rousseau, es la única ley que por su naturaleza, exige un consentimiento unánime.

Como hemos venido sosteniendo, es imprescindible diferenciar el cambio total de la reforma parcial, para determinar quien debe llevar a efecto la reforma; el cambio total es privilegio originario, esencial y exclusivo del pueblo, que es el titular del Poder Constituyente, y no se puede realizar sin su intermención. La reforma parcial, en cuanto no atañe a los principios esenciales sino a reglas de carácter operativo, puede ser realizada por el Legislativo. Con éste criterio en la asamblea francesa de 1789, decía Tronchet que el Poder constituyente era el necesario para canbiar por entero la constitución, pero no el de realizar reformas parciales previamente indicadas.(1)

REFORMA TOTAL .-

Creemos en consecuencia de la doctrina democrática, en el requisito de participación del pueblo al establecerse una constitución, porque siendo, según manifiesta Rousseau "contra la natu-

raleza del cuerpo social que este se imponga leyes que no pueda revocar";(2) debe procederse a la revocación "con las mismas solemnidades que se ha puesto al establecerlas" (3). De esta manera, la mecánica de la reforma total impone, por ser indelegable el Poder Constituyente, la participación de compromisarios y no de representantes según Rousseau.

Sieyes, que establece el principio de la representación, no solo para el Poder Legislativo, sino también para el Poder Constituyente (Las Convenciones), acepta además que el Poder Legislativo, conformado por representantes ordinarios, pueda gracias a los poderes dados especialmente, modificar la constitución.

Convención.

Define Linares Quintana a la convención, como el órgano representativo del pueblo, que ejercita el poder constituyente, sea originario o constituido; en el primer caso será una convención constituyente, en el segundo, una convención reformadora. (4)

Este cuerpo de hombres, puede reunirse, dice Jameson, ya porque lo establece la misma constitución, en cuyo caso son las llamadas convenciones constitucionales, sujetas a los límites del propósito para el que fueron convocadas; o invocando la necesidad y justificándose en la fuerza revolucionaria, puede

den reunirse, fuera de la ley; es decir, sin ser requeridas por la constitución, sin ser subalternas, o estar subordinadas a ninguna otra institución, con el propósito de tender un puente entre dos órdenes de cosas. (5)

Rousseau sostenía que el soberano como ser colectivo, no podía ser representado sino por sí mismo. Mas tarde Sieyès, al incorporar la teoría de la representación expresó que "puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma, puede dar poderes a un cuerpo de representantes extraordinarios que la reemplacen en su independencia de formas constitucionales"(7). A tales representantes extraordinarios, "les basta querer como quieren los hombres en estado de naturaleza" para poder reformar la constitución, con iguales solemnidades a aquellas con que fue dada (tal como sostiene Rousseau).

Se ha pretendido diferenciar, por la reforma total o parcial a las convenciones que hacen y a las convenciones que reforman constituciones, nosotros creemos, recogiendo la opinión de Petion en el seno de la asamblea francesa, que distinguir dos clases de convenciones es un error, pues "en el poder de cambiar y de reformar, está incluido el de hacer".

Por su propósito específico, se considera que las convenciones son representación del Poder Constituyente, pues su labor se limita a ejecutar la voluntad de los representados: dar una constitución. Así durante su desempeño, las convenciones,

son repitiendo el acuerdo de la asamblea alemana de 1919 y la expresión francesa que la enuncia: "la constitución viva".

La legitimidad de las constituciones como expresión de la voluntad soberana se funda en el consentimiento ya formulado en la elección, que repetimos, debe tener un carácter expreso, específico. En 1919, habiéndose ordenado a las cámaras reunidas en asamblea incorporar a la carta vigente los dieciocho puntos votados en el referendun, al pretender la asamblea la dación de una nueva constitución, rechazó esta posibilidad el diputado Frisancho señalando: "no tenemos derecho para dar una nueva constitución, porque en todo pueblo democrático deben elegirse previamente a los representantes con el carácter especial de constituyentes, es decir, con poderes expresos" (8).

Las convenciones constitucionales, que como las define Jameson, son las convocadas por mandato de la misma constitución, ejercen según Linares Quintana que las denomina convenciones reformativas, un poder derivado, pues deben limitar su acción a las reformas parciales y no pueden operar un cambio total, pues al hacerlo se transformarían en revolucionarias, habida cuenta que atentando contra la esencia de la constitución por cuyo mandato se reúnen, dejarían de tener un soporte jurídico y ya no podrían denominarse convenciones constitucionales, pues estarían ejerciendo un poder constituyente originario.

Nosotros por tener que referirnos en este punto únicamente

a las convenciones que operan cambios totales, al limitar esa posibilidad a las convenciones revolucionarias, estudiaremos mas adelante las convenciones reformadoras.

Típico ejemplo de convención revolucionaria es el Congreso General Constituyente de 1822, sin antecedente jurídico alguno, que fue por ello un puente entre dos órdenes de cosas y así cumplió el requisito en que cifra Jameson el carácter revolucionario de las convenciones.

Nuestras constituciones han nacido del seno de convenciones, que siempre han constituido una ruptura de la continuidad del orden jurídico establecido en las constituciones anteriores, pero que han convalidado su existencia por el consentimiento supuesto en su elección. Luego de 1823, una convención de 1828, fue la encargada de decidir la derogatoria de la constitución vitalicia y emprender la dación de una nueva carta, la de 1828, una convención que el art. 176 de esta ordenaba reunirse al termino de cinco años, la derogó en 1834 y sosteniendo tener poderes necesarios, emprendió la tarea de dar una nueva constitución. Una convención en 1839 derogó la anterior y produjo una diferente que subsistió hasta que la convención de 1856 la suprimió, sustituyéndola por otra, a su vez derogada en 1860 por la convención que estableció la constitución de ese año. Esta constitución, la de mayor duración, fue derogada por la asamblea constituyente de 1919, que habiendo emprendido la inicial tarea de concordar e incorporar a su texto las dieciocho re-

formas plebiscitarias, la sustituyó por la carta política con la que juró su cargo el presidente Leguía, caído el cual cayó también la constitución, convocándose a la Asamblea Constituyente de 1931, a la que debemos nuestra actual ley fundamental.

Una excepción al carácter revolucionario de las convenciones de nuestra historia constitucional, que surgieron siempre convocadas por los cambios políticos, fue la convención de 1834, surgida por mandato del artículo 177 de la constitución de 1828, ya que a fin de cuentas también excedió sus labores de revisión, haciéndose revolucionaria al dictar una nueva constitución.

ASAMBLEA FUNCIONAL.-

La Revolución Francesa impuso en el mundo la idea del hombre como un primer valor en sí mismo, y esa idea fue adoptada por el Derecho Natural Democrático; mas tras ese humanismo que tiene antecedentes en el "derecho a comentar la sagrada escritura y encontrar la vía personal de salvación", vino la ilustración, la que al decir de Legaz y Lacambra, "acabó por vaciar al hombre de toda substancia de real humanidad, amputándole sus enraíces ónticas en la sociedad y en la historia" (9). Bajo la égida del despotismo ilustrado se admi-

tió la nación como valor equivalente a la razón (10) y se le declaró preexistente a todos los ordenamientos jurídicos. Se reclamó para ella, como nota fundamental, la Soberanía, que, acorde al atomismo político, fue entonces un cuerpo electoral formado por células yuxtapuestas, cada una, correspondiendo a un elector. Se hizo del hombre, en suma "una molécula sin personalidad, sin substancia, sin existencia", al decir de José Antonio Primo de Rivera. (11)

La concepción contractualista, concebida como una negación dialéctica al derecho absoluto de los reyes, y como un argumento legitimador del poder, se extremó en el Estado de Derecho, que en su genuina concepción es un "Estado despersonalizado" (12), construido por y para una abstracción formal: El *Homo Juridicus*.

Surgió, a consecuencia de esta abstracción, el sufragio inorgánico, universal, que coloca al individuo y al Estado frente a frente, ignorando que el Estado, no se compone solamente de hombres aislados, sino también de organismos sociales, los que se consagran mas específicamente al cumplimiento de los fines de la asociación humana; y olvidando también que, al decir de Vanni, "si el derecho inviste al hombre de personalidad jurídica, ello sería absolutamente inconcebible, si no hubiera en las facultades y condiciones del hombre, un substrato para ello" (13)

El sufragio inorgánico es la desintegración de la sociedad, su atomización irracional, es el triunfo ciego de la ley del número; en él, cada hombre "no vale como ciudadano, como técnico o como elemento social, vale solamente como volonte" (14).

Creemos que es imprescindible, vistas las consecuencias de esta posición, incorporar a la actividad política al ciudadano, de acuerdo a lo que significa realmente en la vida, cuotidianamente, de acuerdo a su estado legal, su actividad o a la ubicación que en las funciones del Estado, tenga.

Es necesario reconocer las fuerzas aglutinantes que actúan en la vida social; la "función", como "conjunto solidario de actividades que permiten la satisfacción de las necesidades del organismo colectivo" (15) e incorporarlas a la vida del Estado, (personificadas por aquellos que las desempeñan).

Tal es el propósito de la Asamblea Funcional que planteamos, que no supone excluir la representación tal como hasta ahora se realiza, universal y sujeta a circunscripciones electorales. Creemos, como primitivamente los sostuvo Ahrens en su "Enciclopedia Jurídica" (16) y más modernamente, entre varios autores, Bertrand Lavergne, que un medio de armonizar el radicalismo de la acción de masas y la existencia de élites organizadas, es el sufragio doble, político y social, que

permitirá que los valores superiores y organizados, se expresen en la vida del Estado, al lado del sufragio igualitario, individual y directo. (17)

Esta actuación doble en la vida del Estado, concilia la participación de la pluralidad de intereses y sectores en beneficio de los cuales, la Edad Media olvidó al hombre, y la participación del hombre, como unidad componente del Estado, que fue bandera del liberalismo; concilia en palabras de Giuseppe Bottai "el principio de la representación política, que actúa con fines extraprofesionales, con la representación profesional llamada a exponer los intereses de una categoría, que solo en su última fase, pueden considerarse intereses generales"(18).

La representación social tiene lejanos antecedentes, en Solón, que instituyó cuatro clases cuya participación en los cargos públicos era diferente y proporcional; en las centurias romanas establecidas por Servio Tulio; en la Edad Media, que aceptó los tres estados en sus cortes y parlamentos, ejerciendo verdadero influjo político las hermandades, los consejos, las corporaciones y gremios, época en la que en Cataluña y Valencia, las clases, los oficios y los gremios formaban el Consejo de la ciudad, que se componía de tres órdenes de representantes: La Mano Mayor (los mas ricos y los mas capaces) La Mediana (comerciantes e industriales) y la Mano Menor (los dedica-

dos a oficios manuales) (19).

Asimismo, la Cámara de los Comunes en Inglaterra, conservó durante mucho tiempo su organización virtual, que W. Paley en su obra "The Principles of Moral and Political Philosophy", detalla como formada por los terratenientes y comerciantes más importantes, dirigentes del ejército y de la marina, además de las personalidades eminentes por su sabiduría, elocuencia y actividad. (20) En Prusia, el cuerpo electoral se dividió en tres clases, de acuerdo a la cantidad de impuestos pagados, proporcional a la cual era el poder de elección. Es de observar, que en la generalidad de estos ejemplos históricos, la calificación funcional de los hombres, se realizaba con un criterio censitario.

Modernamente, la tendencia constitucional a incluir en la vida del Estado la representación de los organismos sociales, ya sea en asambleas deliberantes o consultivas, se plantea en relación a la actividad económica, pues ya no se considera el trabajo como "un simple artículo de comercio" (21).

Con ese objetivo, la Italia Fascista, formuló el concepto del Estado, como la organización jurídica de las aptitudes y funciones de todos los ciudadanos y de todos los grupos sociales, a cada uno de los cuales, reconocía su fin particular, y resolvió el problema de la representación integral de los intereses económicos nacionales por la ubicación de los

hombres en categorías mediante el Inquadramento Individuale y mediante las corporaciones representadas, en un Consejo Nacional, que en la expresión de Mussolini era definida como "cerebro pensante que propone y ordena"(22).

Con ese propósito igualmente, la constitución de Portugal establece una asamblea, la mitad de cuyos miembros tienen por origen la representación profesional económica; la constitución de Weimar en su artículo 165 establecía el Consejo Económico del Reich, el que completando al parlamento político, representaba a los grupos profesionales; una entidad análoga creaba en su artículo 70 la constitución de Rumanía y la constitución austriaca de 1920, reformada en 1929 para sustituir el Consejo Federal por el Consejo de los países y las profesiones.

En América Latina, podemos citar la constitución ecuatoriana de 1929 que en su artículo 33 señala que el senado se integran quince senadores de representación funcional.

En el Perú, la organización gremial, subsistió hasta muy entrada la república, y la calificación funcional de los hombres determinó que persistieran los llamados fueros personales; es así como el congreso ordinario de 1829, dictó el 26 de Noviembre, dos leyes ordenando el restablecimiento del Tribunal del Consulado y del Tribunal de Minería respectivamente,(23). Am-

bos conocerían de las materias competentes a sus actividades, siendo elegidos anualmente, en el caso del Tribunal del Consulado, por los comerciantes de su lugar de jurisdicción. Los gremios y los fueros personales, son en nuestro concepto, testimonio de la existencia de una valoración personal funcional de los hombres.

El 1860, el proyecto de constitución de Bartolomé Herrera, incluía un senado de origen funcional, señalando que se compondría de treinta miembros, en número de tres por cada una de las siguientes profesiones: la carrera política, la carrera de hacienda, el clero, la magistratura, el ejército y la marina, la carrera parlamentaria (los que hubiesen sido representantes tres veces o hubieran concurrido a tres legislaturas) las profesiones científicas, los propietarios de predios rústicos y urbanos, los mineros y los comerciantes con una capacidad mayor de doscientos mil pesos. La lista de los elegibles, sería hecha por el propio senado, correspondiendo la atribución selectiva a la Cámara de Diputados. (24)

El mismo año en el congreso, Evaristo Gómez Sánchez, planteó la existencia de un senado gremial, el que por su propia naturaleza debería tener un origen distinto al de la Cámara de Diputados; propuso Gómez Sánchez una cámara alta constituida de un modo especial: "formada por personas dotadas de alto grado de inteligencia, moralidad, riqueza y que tengan igual represen

tación social todas las profesiones, a fin de que sea un poder social verdadero"(25).

En la comisión de constitución del Congreso Constituyente de 1931, Víctor Andrés Belaúndo presentó un proyecto sobre la constitución de los Congressos Regionales por elementos que representarían el trabajo, el capital y la cultura. (26)

El Congreso Constituyente de 1931 aprobó el artículo 89 de la actual constitución que establece la existencia de un Senado Funcional, el que inicialmente debió ser instalado el 28 de Julio de 1941, luego de haberse puesto en práctica las leyes sobre organización de los gremios y corporaciones a que se refiere la segunda disposición transitoria. Aprobó también el artículo 182, creando el Consejo Nacional de Economía, formado por los representantes de la población consumidora, el capital el trabajo y las profesiones liberales.

En el Perú, podemos concluir, han habido varios intentos de organización funcional; al plantear nosotros, que la Asamblea de reforma constitucional se constituya incorporando en su seno la representación funcional, hacemos constar, que recogemos la voluntad de nuestra carta, pues ésta, establece que corresponde a ambas cámaras, de Diputados y Senado Funcional, en dos legislaturas, acordar la reforma constitucional, habiendo sido originalmente, en consecuencia, la voluntad de los legisladores, que en la reforma participara, como una garantía de genuina re-

presentatividad, un cuerpo de origen funcional.

Poder Legislativo.-

En la polémica sobre si el legislativo, como Poder Constituido, puede modificar la constitución, Vattel argumenta que su poder no alcanza a esa atribución, pero deja entrever que la nación puede autorizarlos expresamente con esa finalidad; así, avanza mas que Rousseau, el que considerándo al Legislativo como formado por compromisarios para la ejecución de la voluntad general, no les reconoce ese derecho.

Sánchez Viamonte, rechaza la posibilidad en mención, al señalar que el constitucionalismo, requiere una estricta separación entre Poder Constituyente y poderes constituidos.(27)

Participando de esta posición, la ley reglamentaria de elecciones de 2 de enero de 1825, establecía en su artículo 55 "La fórmula de los poderes que otorgará el Colegio electoral a los diputados para que actúen en uso de las facultades que la constitución determina y dentro de los límites que la misma prescribe, sin poder derogar, alterar o cambiar en manera alguna, ninguno de sus artículos bajo ningún pretexto"(28).

Creemos que la controversia se resuelve con la distinción entre cambio total y reforma parcial, estando el legislativo facultado solamente para la segunda. En la práctica de algunos

países, el legislativo, teóricamente opera la novación constitucional en ambos casos, así el artículo 8 de la constitución francesa de 1875 se refiere a la "revisión de las leyes constitucionales en todo o en parte". Sin embargo, como antes se ha determinado, es absurdo pensar que la constitución faculte para la revisión de sus propias bases.

Respecto al procedimiento, las cartas establecen diferentes medios, en algunas se requiere la ratificación de la colectividad por un referendun (artículo 44 de la constitución austriaca), otras, que establecen el bicameralismo, exigen luego de declarada la necesidad de la reforma la reunión de ambas cámaras en Asamblea Nacional para proceder a la revisión (artículo 8 de la constitución francesa de 1875), algunas señalan el procedimiento de varias legislaturas (nuestras constituciones de 1856 y 1867), otras prescriben requisitos de fácil y breve cumplimiento (artículo 102 de la constitución turca de 1924 por el que la proposición de reforma debe ser firmada por lo menos por la tercera parte de la asamblea nacional y las modificaciones precisan la mayoría de dos tercios de los miembros que componen la asamblea) (el artículo 33 de la constitución checoslovaca de 1920 señala que para enmendar la presente carta constitucional se precisa la mayoría de tres quintos de miembros de cada cámara). Hay constituciones que establecen la disolución de la asamblea que propuso la reforma y la elección

de una que ejerce funciones de asamblea constituyente (artículo 125 de la constitución republicana de 1931).

Nuestras constituciones, a excepción de la de 1823 que estableció su ratificación por un Congreso General Posterior, y de la de 1828 que precisó su reforma por una convención, transcurridos cinco años; han señalado como una atribución del Poder Legislativo la reforma constitucional, parcial, claro está. La propia constitución de 1828, posibilitaba al Legislativo para decidir sobre la revisión constitucional, pues en su artículo 178, decía que el Congreso podría anticipar el tiempo en que debería reunirse la convención, si "circunstancias muy graves así lo exigieran".

Los procedimientos de reforma han mantenido cierta "rigidez", desde los complicados sistemas de las constituciones de 1834 y 1839, que establecían sinnúmero de estaciones, luego de la proposición de la reforma, su lectura por tres veces, el estudio de una comisión de nueve miembros, cuyo informe habría si afirmativo, de ser aprobado por cada una de las cámaras, que reunidas luego, en una asamblea formulaban el proyecto, el que debería remitirse al ejecutivo, el cual tras oír al Consejo de Estado, lo presentaría al congreso renovado, que recién discutiría la reforma. Las constituciones liberales de 1856 y 1867, establecieron el requisito de ser aprobada la reforma la reforma por los medios de cualquier ley ordinaria, pero ra-

tificada por otras dos legislaturas. Se ha querido señalar esta modalidad como la de mayor rigidez, olvidando que la constitución no hace mención a si se trata de legislaturas ordinarias o extraordinarias; ergo, como no se debe distinguir donde la ley no distingue, bajo el régimen de estas constituciones liberales, la reforma de la constitución, podía revestir mayor celeridad. Este problema lo obvian las constituciones de 1860, 1920 y 1933, señalando la ratificación en "otra legislatura ordinaria", estas dos últimas con el requisito de la mayoría de los dos tercios en cada una de las cámaras en ambas legislaturas.

Legislación Directa.-

Comprendemos con ese nombre tanto la legislación comisoria y la legislación impuesta, como las llamadas "constituciones otorgadas", cuyo mejor ejemplo es la carta "concedida" por Luis XVIII en 1814, el que accediendo a lo solicitado por sus súbditos les acordaba en esa ley la libertad constitucional, "por ser una necesidad de los tiempos y haberlo así prometido".

Legislación comisoria.- Intermedia en esta modalidad de reforma constitucional, el plebiscito, por el cual el pueblo "delega" la soberanía e inviste un representante para dictar la ley que expresa su voluntad directa, reservándose la última palabra me-

diante el referendun. Contra este procedimiento M. Hauriou, señala que de él puede provenir una "constitución dictatorial" (29). Así, luego del golpe de estado de 1851, Luis Napoleón Bonaparte, pidió al pueblo francés, el delgarle los poderes necesarios para hacer una constitución sobre las bases propuestas en su proclama.

Legislación impuesta.- Limitamos esta denominación a los cambios anormales, verificados por la fuerza, sin asidero, en procedimiento anteriormente establecido; cambios que desde una perspectiva formalista, serían inexistentes, pero que a la luz de la realidad, deben valorarse y reconocerse, si cumplen el requisito de legitimidad por la participación de la voluntad colectiva, del interés social. Guillermo Ferrero concluye en su obra "El Poder" analizando a Rousseau, que un Estado no llega a ser legítimo mas que cuando consigue conquistarse a todos sus súbditos por medio de la adhesión (30). En el caso en que la revolución sea acontecimiento de masas y expresión del querer colectivo, en "tanto triunfe y tenga el consentimiento de la voluntad popular, importa la caducidad ipso jure de la constitución"(31)

Referendum.-

Con la iniciativa popular, constiuyen medios de acción de

la democracia directa, en la que "el pueblo es titular del poder y lo ejerce por sí mismo en plenitud de sus funciones de legislar, ejecutar y juzgar" (32). En el plano racional, su valor es incontestable, mas como anota Burdeau, su valor no depende de sus dones intrínsecos sino de las condiciones intelectuales, psicológicas y sociales de la colectividad donde ellos funcionan.(33)

El referendun tiene por objeto que el pueblo participe y decida en definitiva si acepta o rechaza el proyecto de ley que le someten. Como se establece en el artículo tercero de la constitución del general De Gaulle, es una forma de ejercicio de la soberanía. Esa constitución, crea además por su artículo 50, un Consejo Cosntitucional, que controla los resultados del referendun.

El referendun puede ser obligatorio, o tener un caracter facultativo, como lo establecerá la constitución austriaca del primero de octubre de 1920, que señala que en materia constitucional, el referendun, sólo se lleve a cabo, si lo pide un tercio del Consejo Nacional.

En 1825, habiéndose convocado por Bolívar un Congreso General, solamente fueron elegidos cincuentidos delegados, los que en un documento dirigido al libertador, en sus puntos cuarto y quinto, le solicitaban "ilustrar la opinión pública, consultando anticipadamente a las provincias si debería conservarse o re-

formarse la constitución", consultando igualmente sobre la extensión de la reforma, si radical o parcialmente.

Bolívar, responderá el 27 de Abril desde Magdalena, que "nada es tan conforme con las doctrinas populares como consultar a la nación en masa sobre los puntos capitales en que se fundan los estados" (34). Sin embargo, desdeñando la proposición de los representantes, procederá a someter a consideración de los colegios electorales su constitución vitalicia, "producción de un genio trascendental, destinado a formar época en la historia de las sociedades civilizadas" (35).

Iniciativa popular.-

Es el derecho que tiene un determinado número de ciudadanos de pedir o iniciar la discusión de una ley, o pedir que una ley sancionada por el parlamento, sea sometida al referendun público. En el primer caso en materia constitucional, es ejemplo, la constitución suiza, en sus artículos 120 y 121 que establecen la posibilidad de iniciar una reforma constitucional, cuando así lo soliciten 50,000 ciudadanos. El segundo caso, está considerado en el artículo 38 de la constitución italiana que establece que si dentro de los tres meses de la publicación de la reforma, lo solicitan 500,000 electores, se procederá al referendun.

En el Perú, si bien no se ha concedido al pueblo esta facultad

dad, encontramos, aunque no muy preciso, su esbozo en la reacción popular contra la constitución vitalicia, que obligó al Consejo de gobierno, presidido por Santa Cruz a convocar un congreso constituyente para que decidiese su validez o nulidad. El decreto de convocatoria, se refería en su segundo considerando a que "gran número de ciudadanos respetables, a nombre de los vecinos de la capital, han representado al gobierno, que los colegios electorales carecían de facultades legales, para verificar el examen y aprobación del mencionado proyecto de constitución"(36).

La iniciativa popular y el referendum, que penetraron en casi todas las constituciones de post guerra, no tuvieron acogida en las muestras; al respecto, dice Manuel Vicente Villarán en su Anteproyecto de constitución de 1951, que "no se halla nuestra ciudadanía en aquel grado de adelanto político que permite a mas experimentadas y antiguas naciones la práctica de esas formas de democracia directa"(37).

Creemos necesario advertir nuestra disconformidad con el criterio de Villarán, que ignora el carácter educativo de las formas de la democracia directa, las que sibien, implican el riesgo del equívoco, involucran al ciudadano a la vida política, haciéndole partícipe de las decisiones del gobierno, y lo que es mas importante, haciéndole conciente de esa participa-

ción. Es necesario señalar también que el referendun como medio indagatorio de la voluntad popular, no supone necesariamente ser llevado a la práctica mediante el sufragio universal e inorgánico.

REFORMA PARCIAL

Poder Legislativo.-

Ha sido el procedimiento recogido por nuestras constituciones, en lo que a reforma parcial se refiere, como ya expusimos anteriormente. Nuestra actual constitución prescribe en su artículo 236 que "toda reforma constitucional debe ser aprobada por las Cámaras en Legislatura Ordinaria y ser ratificada por ambas Cámaras en otra Legislatura Ordinaria. La aprobación y la ratificación requieren de la mayoría de los votos del número legal de los miembros de cada una de las Cámaras. La iniciativa corresponde a los diputados y a los senadores, y al Presidente de la República con aprobación del Consejo de Ministros". En el debate sobre la aprobación de este artículo, a pedido del Dr. Manzanilla, se excluyó del proyecto de la Comisión de Constitución el requisito de no poder realizarse alteración en el texto aprobado en la primera legislatura y a ratificarse en la segunda, pues, manifestó el Dr. Manzanilla, ello "retardaría con daño público la reforma constitucional" (DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931 - Tomo VIII - p. 4,537-8)

Convención.-

Aunque con menos frecuencia que para el caso de la revisión total, este procedimiento es utilizado también para la reforma constitucional parcial. Así, la constitución del Estado norteamericano de New Hampshire, establece que "toda reforma, aun parcial, debe ser elaborada por una convención", y el artículo 188 de la constitución de El Salvador la dispone, previo el requisito de actos plebiscitarios autorizados al menos por los dos tercios de los ciudadanos hábiles para votar.

Creemos como lo manifestamos al referirnos a la diferencia entre reforma parcial y cambio total, que para el primer caso, no se requería la reunión de la voluntad primordial, por el mismo carácter de la reforma parcial, que no interesa a los aspectos esenciales de la carta.

Iniciativa popular.-

La establece la constitución suiza en su artículo 121 que se refiere específicamente a la reforma parcial, señalando que el proyecto de reforma, redactado o formulado en términos generales, debe ser presentado por lo menos por 50,000 ciudadanos.

Referendum.-

Es un procedimiento muy difundido en las constituciones

de los Estados Unidos de Norteamérica. Hay estados que limitan el número de enmiendas que pueden ser sometidas simultáneamente al pueblo, como es el caso de Arkansas y Colorado. Otros estados impiden someter al pueblo, más de una vez, en un número determinado de años, la misma enmienda, tal establecen por ejemplo la constitución de New Jersey que señala un mínimo de cinco años y la constitución de Tennessee, que establece un período de seis años.

El plebiscito como procedimiento de reforma parcial, se aplicó en 1939, sometiéndose a consideración del electorado diez reformas al articulado y cinco en cuanto a las disposiciones transitorias. Se aplicó anteriormente en 1919 para lograr la ratificación por el pueblo de dieciocho modificaciones a la constitución, habiéndose convocado por decreto del diez de Julio de 1919. Se ordenó el 17 de Julio, que el congreso funcionara treinta días en Asamblea Nacional y que se ocupara en concordar e integrar al texto vigente las reformas votadas en el plebiscito.

Avocado el congreso a tal menester concluyó en la dación de una nueva carta, aduciéndose, como justificación a tal proceder que la carta del "sesenta" fue hecha por un congreso ordinario y a raíz de un golpe de estado. Así se procedió a la dación de una nueva carta, dejándose constancia de que se respetaron los dieciocho puntos vo-

tados por plebiscito por considerar que eran un manda-
to expreso de los pueblos y como tal intangibles, es de-
cir inmodificables, aun en su redacción.(38)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos.- El Poder Constituyente
- 2.- ROUSSEAU, J.J.- El Contrato Social.- Cap. IX.- Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia.
- 3.- Loc. Cit.
- 4.- LINARES QUINTANA, S.- Op. Cit.- p. 222
- 5.- JAMESON.- A treatise on constitutional conventions. Párrafo 7.
- 6.- ROUSSEAU, J.J.- El Contrato Social.- 39
- 7.- SIEYES.- Qué es el Tercer Estado?-
- 8.- ALAYZA PAZ SOLDAN.- Derecho Constitucional General y del Perú.- p. 253
- 9.- LEGAZ Y LACAMBRA.- Op. Cit.- p. 231
- 10.- TRUSSO, F.- Op. Cit.- p. 16
- 11.- LEGAZ Y LACAMBRA.- Op. Cit.- Discurso de José Antonio.- 9 de Abril de 1935.- p. 253
- 12.- Ibid.- p. 47
- 13.- VANNI, Icilio.- Filosofía del Derecho.- p. 30
- 14.- SANCHEZ VIAMONTE, C.- Op. Cit.- p. 464
- 15.- IZQUIERDO, Arnaldo.- La Racionalización de la Democracia.- p. 252
- 16.- SANTAMARIA DE PAREDES, V.- Op. Cit.- p. 251
- 17.- LAVERGNE, B de.- Le gouvernements des démocraties modernes. Suffrage Universel et suffrage social. e. Paris.-1935.-
- 18.- BOTTAI, G.- Op. Cit. p. 94
- 19.- SANTAMARIA DE PAREDES, V.- Op. Cit. p. 249
- 20.- PALLEY, W.- p. 392, 393

- 21.- Prefábulo del art. 27 de la Carta Internacional del Trabajo. Parte XIII del Tratado de Versalles.
 - 22.- IZQUIERDO, A.- Op. Cit.- p. 2406 ¶
 - 23.- DANCUART, E.- Op. Cit. p. 241.- T. I
 - 24.- BASADRE, J.- Historia de la Rep. del Perú. T. I.- P. 397
 - 25.- PAREJA PAZ SOLDAN.- Derecho Constitucional.- p. 108
 - 26.- VILLARAN, M. V.- Anteproyecto de la Cosnt. de 1931.- p. 108
 - 27.- SANCHEZ VIAMONTE.- Op. Cit.- p. 464
 - 28.- DANCUART, E.- Op. Cit.- p. 106.- T. I.
 - 29.- HAURIOU, M.- Principes de droit Public.- p. 680
 - 30.- BARGALLO, Cirio.- Rousseau, el Estado de Naturaleza y el Romanticismo Político.- p. 101
 - 31.- SANCHEZ VIAMONTE.- La Reforma Constitucional
 - 32.- LIBEDINSKY, R.- Formas de Ejercicio de la Democracia Directa. p. 5
 - 33.- BURDEAU.- Traite de Sciences Politiques.- t. V.-Nro 120
 - 34.- DANCUART, E.- Op. Cit.- p. 126.- T. I
 - 35.- Loc, Cit.
 - 36.- Ibid.- p. 127
 - 37.- VILLARAN M. V.- Anteproyecto de la Cosntitución de 1931.- p. 24
 - 38.- ALAYZA PAZ SOLDAN.- Op. Cit. p. 26
-

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Al conceputar la Constitución como un "Estatuto de Poder", y para subrayar la importancia que en su modificación tiene el consenso social, es importante distinguir, el Poder Social de el Poder Político que institucionaliza el Estado. El primero, se afirma como energía organizadora de la vida colectiva en las asociaciones que lo antecedieron. Concluimos así que aun dominando lo social, lo político está determinado por lo social.

SEGUNDA.- Sobre el origen del Estado, se concilian, la Teoría de la Naturaleza Social del Hombre, explicando el hecho de la convivencia que evoluciona hacia el Estado; la Teoría de la Violencia, como descripción del Estado Histórico; y la Teoría del Contrato Social, que plantea el principio de identidad democrática, como legitimador de aquel. Coexisten pues, en el Estado dos aspectos, uno natural, y otro de elaboración voluntaria.

TERCERA.- Nuestros primeros constituyentes, imbuidos por el liberalismo, e influenciados por Gaetano Filanghieri hacia la fe en el Derecho como una ideología que aplicada a la realidad la transformaría, intentaron aplicar aquí soluciones e instituciones que no tenían "arraigo en la vida".

CUARTA.- Los intentos liberales se alejaron de la realidad social cuyos antecedentes es preciso encontrar en la vida colonial; así la constitución material rechazó la aplicación de la constitución formal, hasta que en la segunda mitad del siglo XVIII se dieron las

condiciones necesarias para su estabilidad.

QUINTA.- Nuestras constituciones han distinguido siempre el Poder Constituyente o voluntad que funda el Estado, y los poderes constituidos que cumplen sus funciones y no pueden modificar la voluntad que los constituyó.

SEXTA.- La reforma de la constitución, puede ser total y parcial; total, si se refiere a la constitución como un todo, incluyendo en él sus bases esenciales, y parcial si como señala Schmitt, alude a las leyes constitucionales. En consecuencia de esa distinción compete al poder legislativo, que es un poder constituido, la reforma parcial y al Poder Constituyente, representado mediante poderes especiales, la reforma total. Nuestras constituciones no diferencian el cambio total de la reforma parcial, y podemos concluir que tal posibilidad supone una consulta al pueblo.

SEPTIMA.- Nuestras constituciones han preferido al ocuparse de los procedimientos de reforma, "una cierta rigidez", señalando requisitos de mayorías calificadas y aprobación en legislaturas distintas.

OCTAVA.- Los procedimientos de reforma constitucional deben tener por objetivo, la búsqueda y traducción de la voluntad de la comunidad. Con este propósito creemos al referirnos a la reforma total, en la conveniencia de una asamblea elegida con ese fin exclusivo.

NOVENA.- Planteamos como expresión genuina de la voluntad colectiva, una asamblea que tenga por origen la representación por el su-

fragio universal e inorgánico y la representación funcional, incorporando así desde la raíz generante de la vida jurídica de la colectividad a las fuerzas aglutinantes y funciones que actúan en la vida social. Al proponerlo, dejamos constancia de que tal es el espíritu de nuestra carta actual, que establece al ocuparse de la reforma parcial, ésta como atribución del Poder Legislativo compuesto de una Cámara de Diputados y de un Senado Funcional.

BIBLIOGRAFIA

- AHRENS, Enrique.- Enciclopedia Jurídica.- Madrid.- 1878.- Librería de Victoriano Suárez.
- ALAYZA PAZ SOLDAN.- Derecho Constitucional del Perú.- 1936
- ALZAMORA SILVA, Lizardo.- La evolución política y constitucional del Perú independiente. Lima. 1942
- ARANGO RODRIGUEZ, Rafael.- El Poder Político.- Pontificia Universidad Javeriana. Colombia. Tesis. 1955
- BASADRE, Jorge.- Historia del Derecho Peruano.-Ed. Antena. Lima 1937
- BASADRE, Jorge.- Los Fundamentos de la Historiadel Derecho.- Lib. Intern. del Perú.-Lima.- 1956
- BASADRE, Jorge.- Historia de la República del Perú.- Lima. 1949
- BARGALLO, Cirio.- Rousseau, el estado de naturaleza y el romanticismo político.- Lib. Jurídica. Bs. As. 1952
- BATTAGLIA, Felice.- Estudios de Teoría del Estado.- Bolonia. 1966
- BELAUNDE, Victor Andrés.- El Debate Cosntitucional.- Lima. 1933
- BENAVIDES LOREDO, Alfonse.- Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época republicana del Perú.- 1918.- UNMSM
- BERNAL, Calixto.- El Derecho Político.
- BIELSA, Rafael.- Derecho Cosntitucional. 3ra Ed. Bs. As.- 1959
- BIDART CAMPOS, Germán.- El Derecho Político.- Ed. Aguilar. BsAs.
- BODENHEIMER, Edgard.- Teoría del Derecho.- F.C.E.- México.
- BOTTAI, Giuseppe.- La Organización Corporativa del Estado.- Ed. Losada. Bs. As. 1941
- BRYCE, James.- Cosntituciones Rígidas y flexibles.- Madrid. 1963
- CALMON, Pedro.- Historia de las Ideas Políticas.- Sao Paulo. 1958
- CANUDAS, Luis.- La irreformabilidad de las decisiones fundamentales de la constitución.- Rev. de la Esc. de Jurisp. México. T. V.- Abril Diciembre 1943
- GARRO MARTINEZ, Antonio. Derecho político. Univ. de Madrid. 1959
- CASAS, Juan Carlos.- El referendum y la iniciativa. Rev. de Jurisprudencia argentina. 1957
- GUETO RUA, Julio.- Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?- Rev. Jur. Arg. La Ley. 1944
- CONSTITUCIONES POLITICAS DEL PERU. Cam. de Diputados. Lima. 1922

- DABIN, Jean.- Doctrina General del Estado.- Ed. Jus. Max. 1946
- DANA MONTAÑO, Salvador.- Justicia Social y reforma constitucional Santa Fe.- Arg. 1948
- DE SOUSA SAMPAIO, Nelson.- O Poder de Reforma constitucional.- Livraria Progresso.- Bahia.- 1954
- DE JOUVENEL, Bertrand.- El Poder. Historia Natural de su crecimiento. Ed. Nacional. Madrid. 1956
- DUGUIT, León.- La transformación del Estado.- 2da Ed. Madrid.
- DUVERGER MAURICE.- Ins. Políticas y Der. Cosnt.- Caracas.
- DIARIO DE LOS DEBATES DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE 1919. 2 Vls.
- DIARIO DE LOS DEBATES DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931 8 Vls.
- FINEB, Herman.- Teoría y práctica del gobierno moderno. Ed. Tecnos Madrid. 1964.
- FERRERO, Raul.- Teoría del Estado. Ed. Librería Satudium S.A. 1966
- FRAGA IRIBARNE, Manuel.- La constitución como ordenamiento de las inst. polit. y juríd.- Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid. 1955. p. 47
- FUENTES, Manuel A.- Derecho Cosntitucional Universal e historia del Der. Público peruano. 2 ts. Lima.- 1874
- GARCIA KOHLY, Mario.- El problema constitucional en las democracias modernas. Madrid. 1931
- HERRERA PAULSEN, Darío.- Curso de Derecho Cosntitucional. UNMSM. Lima.- 1970
- HISTORIA DEL PARLAMENTO NACIONAL.- Actas de los congresos desde el año 1822.- Cam. de Dip. 1928
- JELLINEK, George.- Teoría General del Estado.
- LASALLE, F.- Qué es una constitución?- Trad. de W. Roces. Arg. 1946
- LEGAZ Y LACAMBRA, L.- Introducción a la Teoría del Estado Nacional Sindicalista. Barcelona.- 1940
- LIBEDINSKY TSCHORNE, R.- Formas de ejercicio de la Democracia Directa. Santiago.- 1963
- LINARES QUINTANA, Segundo.- Tratado de la Ciencia del Derecho Cosntitucional. T. Gen. T. I. Ed. Alfa BSAs
- MENA TREVIÑO, Sergio.- La facultad de reformar la const. Gen de la Rep.- Rev. de Derecho y CC SS.- México. 1948
- MORODO, Raul.- Derecho y realidad sobre la reforma cnstitucional.- y sus límites. Rev. de Der y CC SS. 1966-3-Pto Rico.
- MUSSOLINI, Benito. El Fascismo Doctrina e instituciones. Ed. TOR Rio de Janeiro # 60.- Buenos Aires.

- PAREJA PAZ SOLDAN, J.- Derecho Constitucional Peruano. Ed. Studium. Lima.- 1966
- PLATON.- Diálogos.- T. II.- Ed. Nac. México. 1958
- POSADA, Adolfo.- La Nueva orientación del Derecho Político.- Ver Duguit.
- ROMERO, Emilio.- Historia Económica del Perú.- Lima. 1949
- RUOSSEAU.- El Contrato Social.
- RUGGERI PARRA, Pablo.- Estabilidad y reformas constitucionales.- Rev. del Col. de Abogados del D.F. año XIV Nro. 64-66. p. 100.- Caracas.- 1950
- SANCHEZ VIAMONTE, Carlos.- Derecho Constitucional. T. I.- El Poder Constituyente. Ed. Kapelusz. BsAs. 1945
- SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente.- Curso de Derecho Político.- Est. Tipog. Ricardo Fe. Madrid. 1898
- SCHMITT, Carl.- Teoría de la Constitución. Ed. Nacional. Mex. 1966
- TRUSSO, Francisco Ed.- De la Legitimidad revolucionaria a la legitimidad constitucional.- Colección Ensayos Bs. AS, 1968
- UGARTE, César Antonio.- Historia Económica del Perú. Lima. 1926
- UGARTE, Juan Vicente.- Historia de la Facultad de Derecho.- UNMSM
- VANNI, Icilio.- Filosofía del Derecho.- Trad, de Rafael Urbano Madrid.
- VILLARAN, Luis Felipe.- Derecho Constitucional Positivo. 2da Edición. Lima 1882
- VILLARAN, Luis Felipe.- Derecho Constitucional ~~Político~~ Filosófico.- Lecciones dadas en la facultad de CC Políticas. Lima. 1881
- VILLARAN, Luis Felipe. La Constitución Peruana comentada. Lima. 1899
- VILLARAN, Manuel Vicente.- Anteproyecto de la Constitución de 1931 por la comisión que el presidió. Lima 1962
- VILLARAN, Manuel Vicente.- Páginas Escogidas. Lima. 1962
-