

# EL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL: APUNTES SOBRE SU USO EN EL DERECHO ESTATAL Y SUPRANACIONAL\*

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA\*\*

Recibido: 5 de abril de 2021. Aceptado: 15 de junio de 2021.

## RESUMEN

El concepto de identidad constitucional ha cumplido en el derecho comparado dos funciones principales: i) la de servir como límite al proceso de reforma constitucional y ii) presentarse como límite a los procesos de integración. Su contenido, en consecuencia, se encuentra estrechamente vinculado a aquello que no puede ser alterado por el poder reformador. De esta manera, se examinará la forma en que la identidad constitucional ha operado, en el derecho interno, como un límite material a la reforma constitucional. Por otro lado, también se explicará cómo este concepto ha sido utilizado en el contexto de la Unión Europea con el propósito de intentar ciertos avances relativos al proceso de integración.

De similar forma, en esta investigación se pretende brindar elementos que contribuyan a delimitar la noción de identidad constitucional, y para ello se analizará cómo este debate se ha desarrollado en el caso peruano a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la evolución histórica de dicho país.

## PALABRAS CLAVE

Identidad constitucional, reforma constitucional, integración, derecho supranacional.

---

\*Artículo de revisión.

\*\*Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Candidato a doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Tutela Supranacional de los Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense (Madrid). Especialista en Derecho Público Global por la Universidad Castilla la Mancha (España). Diplomado en Argumentación Jurídica por la Universidad Alicante (España) en Convenio con la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo:oscar.pazo.pineda@gmail.com.

# THE CONCEPT OF CONSTITUTIONAL IDENTITY: NOTES ON ITS USE IN NATIONAL AND SUPRANATIONAL LAW\*

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA\*\*

Received: april 5, 2021. Accepted: june 15, 2021.

## ABSTRACT

The concept of constitutional identity has fulfilled two main functions in comparative law: i) it serves as a limit to the constitutional reform process, and ii) it presents itself as a limit to the integration processes. Its content, consequently, is closely linked to that which cannot be altered by the reforming power. In this manner, we will explore the way in which constitutional identity has operated in domestic law as a material limit to constitutional reform. On the other hand, it will also explain how this concept has been used in the context of the European Union for the purpose of certain advances related to the integration process.

Similarly, this research aims to provide elements that contribute to define the notion of constitutional identity and, for this aim, it will analyze how this debate has developed in the Peruvian case regarding the jurisprudence of the Constitutional Court and the historical evolution of this country.

## KEY WORDS

Constitutional identity, constitutional reform, integration, supranational law.

---

\* Review article.

\*\*Lawyer and Master in Constitutional Law from the University of San Martín de Porras (Peru). Doctor of Law candidate from the Pontificia Universidad Católica del Perú. Specialist in Supranational Protection of Fundamental Rights from the Universidad Complutense (Madrid). Specialist in Global Public Law from the Universidad Castilla la Mancha (Spain). Diploma in Legal Argumentation from the Alicante University (Spain) in agreement with the Pontifical Catholic University of Peru. Email: oscar.pazo.pineda@gmail.com.

## I. INTRODUCCIÓN

De manera reciente, se han desarrollado una considerable cantidad de estudios académicos dedicados a explorar la idea de identidad constitucional. La mayoría de ellos se ha centrado en la configuración de este concepto y la forma en que interactúa con los procesos de integración regional, particularmente en Europa. Sin embargo, los orígenes de lo que implica la identidad se encuentran bastante alejados, desde el punto de vista temporal, de este debate. De hecho, la noción de “identidad nacional” empieza a consolidarse entre los siglos XVII y XVIII, lo cual coincide con el desarrollo del Estado y el establecimiento de vínculos entre los ciudadanos<sup>01</sup>.

La identidad constitucional, por el contrario, es un concepto relativamente reciente y vinculado con los procesos comunitarios. Por ello, los principales debates sobre el alcance de este término empezaron a realizarse, en esencia, con la firma del Tratado de Maastricht. En efecto, la ratificación de este instrumento va a generar una suerte de *juridificación* del término, lo cual va a ocasionar que, al tratarse de una materia legal, pase a ser objeto de análisis por las ciencias jurídicas<sup>02</sup>. De esta forma, se efectuaron importantes esfuerzos académicos para configurar lo que debía entenderse por “identidad nacional”, ya que ella podría operar como un límite a los procesos de integración de la Unión Europea<sup>03</sup>.

---

01 La expresión “identidad nacional” es, ciertamente, de carácter reciente. Es importante mencionar que, existen autores que plantean que los problemas asociados con esta construcción recién empiezan a plantearse en el siglo XIX. En todo caso, no se trata, al igual que lo que ocurre con la identidad constitucional, de un concepto cuya definición genere consenso entre los académicos. Mientras algunos parten de la homogeneidad que ha caracterizado a las naciones que evolucionaron de la mano con las estructuras estatales, otros estiman que lo que define a la nación es, precisamente, la heterogeneidad de sentimientos políticos que atraviesa una nación. Ver, al respecto: Gérard Noiriel, “La identidad nacional y la historiografía francesa”, *Anuario del Instituto de Estudios Históricos y Sociales*, n° 10 (1995): 61-72.

02 Ello no quiere decir, evidentemente, que no haya existido alguna preocupación del derecho en relación con el concepto de identidad. Como se procederá a evidenciar en esta investigación, lo que podríamos denominar como la “esencia” de las constituciones nacionales ya fue una cuestión debatida a propósito de los límites de las reformas constitucionales. En Estados Unidos estos debates ya se realizaban aproximadamente en las primeras décadas del siglo XX a propósito de la aprobación de la XVIII Enmienda. Es importante precisar que nos referimos a los cuestionamientos por vicios materiales, ya que existen antecedentes en los que se cuestionaban enmiendas constitucionales por vicios procedimentales, tal y como ocurrió en *Hollingsworth v. Virginia* y la situación de la enmienda XI. Ver: Roberto Rodríguez, *El control constitucional de la reforma a la Constitución* (Madrid: Dykinson, 2006), 37-38.

03 En esta investigación se hará referencia, preferentemente, a los pronunciamientos de los principales tribunales nacionales europeos que se han pronunciado a propósito de los límites a la integración europea, y de forma particular a los tribunales constitucionales. Sin embargo, en la doctrina existen estudios relevantes que han contribuido al diseño y estructuración de la identidad constitucional. Evidentemente, es posible citar una gran cantidad de textos en este punto, pero se recomienda, de forma particular, consultar: Gary Jacobsohn, *Constitutional Identity* (Massachusetts: Harvard University Press, 2010).

Sin perjuicio del impacto y la magnitud que ha generado esta discusión<sup>04</sup>, lo cierto es que la referencia a alguna clase de identidad constitucional ya se había realizado tanto en la academia como en la jurisprudencia de países con culturas marcadamente distintas. Así, dentro de los Estados que no compartían las amplias atribuciones de la Unión, el debate giraba en torno a la posibilidad de identificar la presencia de alguna clase de espíritu en la norma fundamental que pudiera reflejar la necesidad de trazar límites a los procesos de integración, o por lo menos indagar sobre sus estructuras básicas. Lo que buscaba explorar esta corriente era la posibilidad de establecer límites a la reforma constitucional, invocando, para este fin, la presencia de principios y/o valores fundamentales que no podían ser alterados ni siquiera adoptando el procedimiento establecido para introducir modificaciones a la constitución estatal.

Ahora bien, es importante advertir que, si bien los especialistas en el derecho dieron inicio al debate respecto de lo que debía entenderse por identidad constitucional, lo cierto es que no se realizaron marcados esfuerzos por diferenciar esta idea de la de identidad nacional, pese a que esta última había sido objeto de estudios por otra clase de disciplinas<sup>05</sup>. De este modo, cuando empezó a indagarse sobre la noción de identidad como límite al proceso de integración, se le asoció, en buena medida, a lo que había sido denominado con anterioridad como *espíritu o esencia* de la constitución. Esta postura va a ser confirmada por diversos tribunales o cortes constitucionales de la región europea que, si bien terminaron por validar la ratificación de los tratados de lo que sería actualmente la Unión Europea, se reservaron la posibilidad de poder efectuar alguna especie de control de la labor de los órganos supranacionales si es que ellos afectaban el núcleo de la respectiva norma fundamental estatal.

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal recurrió a lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Ley Fundamental de Bonn para justificar la existencia de límites (tales como el principio democrático, el Estado de Derecho, el principio de subsidiariedad o la protección de derechos fundamentales) al poder de integración (*Caso Bananenmarktordnung*, 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147). En Italia, se

---

04 Más allá de todos los debates académicos a propósito de la existencia (o inexistencia) de límites a los procesos de integración regional, podemos aquí referirnos a los principales tribunales que han recogido conceptos cercanos a los de la “identidad constitucional” con la finalidad de frenar los avances de la Unión Europea. Sobre este punto, se pueden mencionar los diversos fallos del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte Constitucional de Italia, el Tribunal Constitucional polaco, el Consejo Constitucional de Francia, el Tribunal Constitucional de Hungría y el Tribunal Constitucional español. Una buena explicación de la posición de estos órganos se puede apreciar en: Luis Gordillo, *Constitución y ordenamientos supranacionales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 43-71.

05 En el terreno del lenguaje, por ejemplo, se ha enfatizado la idea que la identidad nacional supone “una conciencia generalizada de pertenecer a una comunidad idiomática”. Ver, sobre esto: Antonia Badia y Margarit, “Lengua e Identidad Nacional”, *Boletín Oficial de l'Academia de la Llingua Asturiana*, n° 23 (1987): 39. Por otro lado, respecto de la sociología se indica que la preocupación por esta construcción se advierte, aproximadamente, desde 1980, y ello a propósito de los avances de la globalización. Se dice, entre otras cosas, que los grupos humanos se verían amenazados por la “internacionalización de la sociedad”, y de ahí la necesidad de referirse a esta identidad. Ver, sobre esto: Pierre Bon, “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 100 (2014), 167.

ha sostenido que los órganos comunitarios no pueden vulnerar los principios fundamentales del ordenamiento constitucional o los derechos de la persona (*Caso Frontini*, Sentencia 183/1973). El Tribunal Constitucional de Polonia ha señalado que el derecho comunitario, por ejemplo, no puede ser contrario a la redacción explícita de la norma fundamental o ser contrario a las funciones mínimas de garantía que se desprenden de la Constitución (Sentencia K 18/04 de 2005). Finalmente, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que estos límites se pueden derivar de las estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios reconocidos en la norma fundamental (DTC 1/2004). Todo ello demuestra que existe una importante discusión en la judicatura -y que ha sido trasladada, por consiguiente, a la academia- respecto del contenido y los límites de los procesos de integración regional.

## II. CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL Y SU USO EN EL DERECHO COMPARADO

Formuladas estas precisiones, corresponde indagar el significado concreto de lo que significa la identidad constitucional. Una primera inquietud que surge es si se trata de un concepto presente en todas las constituciones nacionales (esto es, que toda constitución cuente con una suerte de *contenido esencial*) o si es que solo se refiere a la estructura básica de alguna norma fundamental en particular. Si se trata de lo primero, deberían identificarse aquellos elementos característicos de una constitución, y sin los cuales cualquier documento, independientemente de su denominación o que se atribuya para sí mismo la calidad de “supremo”, no puede ser catalogado como la norma fundamental de alguna nación.

Esta aproximación a la idea de lo que necesariamente debe contener una constitución nos traslada al debate de lo que podría denominarse como el *contenido esencial* de la norma fundamental. Este concepto se relaciona con todos aquellos componentes indispensables con los que debería contar toda *carta magna*, y que le permitiría diferenciarse de otros estatutos o cuerpos de leyes. De esta manera, la constitución no es únicamente una ley suprema, ya que también se caracteriza por contener ciertos contenidos mínimos indispensables<sup>06</sup>. Ciertamente, fuera de estas funciones mínimas, se cuenta con

---

06 Ciertamente, no es una labor sencilla la de reflexionar a propósito del denominados “contenidos mínimos” de las constituciones. En todo caso, es importante en este punto recurrir a Aguiló, quien sostiene que las constituciones de los Estados Constitucionales deben contener los siguientes aspectos: i) deben ser constituciones rígidas, esto es, con una constitución diferenciada de la forma legal ordinaria; ii) deben responder a las exigencias del constitucionalismo político, tales como la limitación del poder y la garantía de los derechos; y, iii) debe ser, además, efectivamente practicada. Ver: Josep Aguiló, *La Constitución del Estado Constitucional* (Lima: Editorial Palestra, 2004), 51-53. Por otro lado, y ya desde una perspectiva ciertamente material, también suele decirse que las constituciones son depósitos de valores, los cuales, naturalmente, no son igualmente centrales. En este punto, existen diversas posiciones en la doctrina que señalan que no es viable, entre otras cosas, reformar o eliminar las garantías básicas o los derechos que son “esenciales en el proceso de autogobierno libre y racional”. Para un amplio panorama sobre este punto, se sugiere consultar: Yaniv Roznai, *Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Los límites al poder de reforma* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), 266.

un amplio margen para configurar la norma fundamental, y ello explica que muchos países difieran en cuestiones como el modelo económico, la distribución territorial del poder, o la existencia de un modelo predominantemente concentrado o difuso para el control de constitucionalidad de las leyes<sup>07</sup>. En consecuencia, surge inmediatamente la duda respecto de la función esencial que la norma fundamental debe cumplir.

Sobre esto, algunos autores ya han teorizado sobre los elementos que deben caracterizar a las constituciones de los Estados constitucionales. Por ejemplo, Josep Aguiló indica que, en esta clase de Estado, los sistemas jurídicos se caracterizan por: i) tener una constitución rígida y formal; ii) esta constitución debe responder a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, es decir, limitar el poder político y proteger los derechos de la persona; y iii) debe ser una constitución efectivamente practicada<sup>08</sup>. Esta forma de entender la misión de la norma fundamental se encuentra fuertemente vinculada con lo dispuesto en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento que, si bien fue aprobado en Francia, tuvo una repercusión que no se debe ignorar, particularmente en el mundo occidental. En un sentido similar, Loewenstein planteaba que la Constitución debe encargarse de regular las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, así como la respectiva interacción de aquellos en el proceso de formación de la voluntad estatal<sup>09</sup>. En un sentido similar, la obra del jurista francés Michael Troper, cuando centra su análisis respecto de los modelos de la constitución como máquina o como norma, también se preocupa, en buena medida, con la forma en que se puede limitar el poder político. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los países que han explorado estos asuntos suelen identificar a este elemento como parte integrante de la idea de la identidad constitucional del país<sup>10</sup>.

En este mismo sentido, un elemento que, como se indicó, también parece ser parte fundamental

---

07 Se trata, desde luego, si es que esta posibilidad fuera reconocida, ya que, en la actualidad, aún existen países que cuentan con cláusulas constitucionales en las que no permiten que los tribunales de justicia ejerzan esta clase de control. Para un estudio de las distintas formas en que este se lleva a cabo, consultar: Lucio Pegoraro, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2017), 258 y ss.

08 En todo caso, esta forma de entender al Estado Constitucional, si es que se requiere cumplir los tres elementos, dejaría fuera a experiencias como las de Inglaterra o Nueva Zelanda. Al respecto, revisar: Josep Aguiló, "Sobre la Constitución del Estado Constitucional", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24 (2001): 450-453.

09 José González, "La idea de Constitución en Karl Loewenstein", *Revista de Estudios Políticos*, n° 139 (1965): 87.

10 En Estados Unidos, en las primeras dos décadas del siglo XX se realizó un intenso debate sobre la posibilidad que la Corte Suprema Federal examine la validez o conformidad de las enmiendas con la Constitución Federal, lo cual se produjo por lo que sería la décimo octava enmienda. Esto no solo generó el conocido debate *Marbury-Frierson*, sino que también se presentó como el contexto propicio para la realización de estudios relativos a la existencia de contenidos intangibles. Así, en una conocida publicación de 1920, Everett Abbot sostuvo que en ese país se considera como algo axiomático el que se establezcan limitaciones para todo gobierno, por lo que, si esto es así, también deberían existir restricciones para enmendar la Constitución de los Estados Unidos. Ver: Everett Abbot, "Inalienable Rights and the Eighteenth Amendment", *Columbia Law Review* 20, n° 2 (1920): 195.

de cualquier constitución es el relativo a la garantía de los derechos de la persona. Ahora bien, debe precisarse que, en este punto, el reconocimiento también se relaciona a contenidos mínimos, ya que los Estados cuentan con notables diferencias al momento de regular las libertades. La necesidad de garantizar esta tutela ha generado que pueda advertirse, en la actualidad, un proceso de “internacionalización del derecho constitucional”, en la medida en que la comunidad internacional cada vez está más involucrada en la idea de reconocer a los derechos de la persona como una suerte de patrimonio común de la humanidad<sup>11</sup>. Este proceso de expansión tiene entre sus consecuencias que difícilmente la norma fundamental de cualquier Estado no cuente con alguna carta o declaración de derechos, sea en la propia constitución o sea a través de un documento legal en el caso de los países que no cuentan con una constitución en sentido formal.

Otro efecto puede advertirse en que, para un sector de la doctrina, estos derechos son uno de los puntos de partida para lo que se ha denominado como el *constitucionalismo global*<sup>12</sup>, lo cual obedece a que se trata de atributos que, independientemente de la configuración interna que pueda adoptar un Estado, no pueden dejar de ser reconocidos y garantizados<sup>13</sup>. Los defensores de este modelo cosmopolita también precisan que la base o piedra angular del constitucionalismo es la existencia de personas libres e iguales que se gobiernan a sí mismas a través del derecho, en el marco de una comunidad internacional compuesta por Estados igualmente soberanos, y esto implica que incluso el poder constituyente se encuentra circunscrito normativamente, y las limitaciones que de ahí se derivan operan tanto a nivel nacional como internacional, más allá de los hechos sociológicos vinculados con la entidad y la estructura internacional<sup>14</sup>. Se puede apreciar, así, que esta clase de movimientos también estiman que existen límites no solo al poder de reforma, sino al propio poder constituyente mismo, el cual se

---

11 De hecho, existen hace bastante tiempo diversas obras que hacen referencia a alguna especie de derecho común de la humanidad, lo cual supondría que el derecho internacional actual tenga que dar un paso más y pase a ser tomado en serio. Dentro de los pilares que sostienen esta construcción teórica se encuentra el principio de respeto de los derechos humanos. Consultar, al respecto: Wilfred Jenks, *El Derecho Común de la Humanidad* (Madrid: Tecnos, 1968), 17.

12 No es este el lugar para explicar las diversas concepciones existentes respecto del constitucionalismo global, ni tampoco para examinar la viabilidad de su posible implementación. En todo caso, para un mejor conocimiento de estos movimientos, se puede consultar: Aydin Atilgan, *Global Constitutionalism* (Berlín: Springer, 2018).

13 Para Gomes Canotilho, estos puntos de partida del constitucionalismo global estarían compuestos de los siguientes elementos: progresiva elevación de los derechos humanos, el respeto a la democracia (como fórmula a ser empleada tanto a escala nacional como internacional) y el principio de autodeterminación. Sobre ello, consultar: José Gomes, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Dykinson, 2004), 45-46.

14 Cfr. Mathias Kumm, “Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism – A rejoinder to Neil Walker”, *International Journal of Constitutional Law* 14, n° 4 (1996): 914.

inserta en una comunidad internacional que empieza a compartir un conjunto mínimo de valores<sup>15</sup>.

De esta forma, tanto la tendencia de limitar el poder y la necesidad de garantizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona se presentan como componentes fundamentales de las constituciones. Evidentemente, nada impide -como de hecho ya ha ocurrido en el pasado- que, bajo el ropaje de un documento denominado formalmente como “constitución”, solo se intente ocultar la presencia de un marcado autoritarismo. Y es que estos elementos esenciales son el soporte principal de esta clase de normas fundamentales porque, a diferencia de lo que ocurre en las dictaduras, ellos suelen fundamentar el orden político al reconocer la vinculación del poder a un conjunto mínimo de reglas sustantivas y procedimentales. Como bien ha anotado Anne Peters, las constituciones contemporáneas deben garantizar la existencia de cláusulas como las del Estado de Derecho, el principio democrático, la separación de poderes o la descentralización para ostentar un mínimo contenido de legitimidad, por lo que parece que se trata de cuestiones que no pueden ser desligadas de la idea misma de una constitución<sup>16</sup>.

Por otro lado, la identidad constitucional podría referirse también a lo que permite diferenciar a una experiencia local de una extranjera. En esta segunda vertiente, este concepto surge como la protección del conjunto de tradiciones, costumbres y prácticas culturales que reafirman la individualidad de un cuerpo territorial determinado. De hecho, es a esta noción de la identidad a la que parecen referirse los instrumentos de integración en Europa. En este punto, es importante diferenciar entre los requisitos para ser parte de una entidad supranacional (como puede ocurrir con la necesidad de garantizar la observancia del principio democrático, del Estado de Derecho, o del respeto de los derechos fundamentales de la persona, los cuales, en realidad, estarían más asociados con la primera visión de identidad a la que se ha hecho referencia) de los elementos que, según los tratados de integración, deben ser observados por parte de la propia Unión Europea respecto de los Estados que lo integran (como ocurre, por ejemplo, cuando se establece como un límite de respeto a identidad nacional).

De esta forma, mientras algunos instrumentos han requerido la observancia de ciertos principios elementales (que podríamos asociar con el contenido esencial que deberían ostentar todas las normas

---

15 En este trabajo no se problematizará sobre dicha propuesta, ya que tan solo se desea dejar constancia de la forma en que los derechos de la persona pueden potencialmente condicionar los controles que los tribunales de justicia realizan a las enmiendas o modificaciones de la constitución. De hecho, Pegoraro ha resaltado que, en este modelo, no se efectúa un concepto de constitución científicamente neutral, ya que es particularmente en el mundo occidental en el que, a partir del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el que es posible indicar que toda constitución debe reconocer la separación de poderes y la protección de los derechos humanos, aunque ello no sea necesariamente así en otras culturas. Lucio Pegoraro, “Constitucionalización del derecho y Cultura Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n° 104 (2019): 22.

16 Cfr. Anne Peters, “The Globalization of State Constitutions”, en *New perspectives on the divide between national & international law*, dir., Janne Nijman, y André Nollkaemper (Nueva York: Oxford University Press, 2007), 256.



fundamentales) que caracterizan a las constituciones particularmente occidentales -y estos criterios deben ser cumplidos por los Estados que deseen pertenecer a la entidad supranacional-, es posible advertir que el respeto de la identidad de cada uno de los países que integran una entidad como la Unión Europea supone la existencia de límites que deben ser observados, en todo caso, por esta última. Evidentemente, también los Estados deben guardar un nivel importante de apertura a las tradiciones que puedan presentarse en otros países (como, de hecho, también tiene que ocurrir con las costumbres o tradiciones distintas dentro de su propio territorio, sobre todo en Estados multinacionales), pero este deber no se encuentra asociado al deber de garantizar la identidad constitucional, ya que, en los términos aquí expuestos, se trata de una obligación de la propia Unión Europea.

Esta forma de entender la identidad constitucional -esto es, como un límite que invoca un Estado frente al proceso de integración-, también ha sido abordada hace una considerable cantidad de tiempo en el marco del derecho constitucional local. Como se precisó con anterioridad, esta idea no solo ha surgido en el marco de los tratados de la Unión Europea, sino que también ya se había advertido con anterioridad en lo que respecta a los debates sobre la posibilidad de establecer límites a la reforma de la constitución nacional. Fue fundamental, en este punto, lo que inicialmente fue diferenciar entre el *alma* y el *cuerpo* de la constitución. Se dice, sobre esto, que mientras lo segundo puede ser objeto de enmiendas o modificaciones, esto es algo que difícilmente ocurre con el primer elemento, el cual suele ser mucho más complejo de lo que se puede creer<sup>17</sup>.

Ahora bien, existen ciertos elementos que pueden observarse en ambos tipos de identidad constitucional. Sobre ello, es importante precisar que, aunque en una primera impresión puede parecer contradictorio, esta idea se caracteriza por su dinamismo y adaptabilidad. En efecto, suele invocarse esta noción para referirse a lo que es perdurable o lo que debe resguardarse del asalto de unas mayorías provisionales y temporales, pero esto no puede ser asociado con la existencia de elementos que sea inmutables o inmodificables con el transcurso del tiempo<sup>18</sup>.

En este sentido, si es que las constituciones reflejaron la base esencial del modelo que intentaron resguardar los constituyentes, en Estados Unidos hubiera sido contrario a la idea de identidad el que se apruebe la décimo cuarta enmienda y todas aquellas normas que habilitaban el derecho a

---

17 William Hard, al analizar el caso de la Constitución de los Estados Unidos, sostiene que forman parte de su espíritu los principios de soberanía del pueblo y el de la separación de poderes. También precisa que el alma de la norma fundamental impregna todo aspecto de la vida, y permite fundamentar el reconocimiento de nuevas libertades. Ver, sobre ello: William Hard, "The Spirit of the Constitution", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 185 (1936): 15.

18 Ver, al respecto: Gary Jacobsohn, "Constitutional Identity", *The Review of Politics*, n° 68 (2006): 372.

votar y participar en política de las comunidades afrodescendientes<sup>19</sup>. Del mismo modo, países como Irlanda no hubieran iniciado un lento aunque seguro tránsito hacia la superación de la visión de las instituciones con bases esencialmente religiosas. La identidad, ciertamente, puede presentarse como un límite infranqueable que deben observar órganos como la Unión Europea, pero no puede ser (como nunca lo ha sido) una barrera que las propias sociedades no estén posibilitadas de superar si es que ellas han decidido modificar ciertos patrones o tradiciones que, con anterioridad, se encontraban fuertemente enraizadas.

Sobre este último punto, se han realizado diversos debates respecto de qué entidad sería la habilitada para identificar estos rasgos o características. Por un lado, existen posturas que sostienen que esta clase de discusiones sobre el reconocimiento de lo que debe ser la esencia de alguna constitución debe residir en entidades que sean lejanas a las cortes de justicia<sup>20</sup>. Este mismo sector de la doctrina también suele demostrarse escéptico en relación con la posibilidad que los tribunales puedan controlar la validez de las reformas constitucionales, sobre todo si las mismas cuentan con refrendo popular. Consideran, en esencia, que estos órganos pueden suponer -de contar con esta atribución de control- un potencial riesgo para el sistema democrático, ya que su entendimiento de lo que es la constitución podría imponerse al de la mayoría de la colectividad.

Un segundo aspecto que ha sido objeto de discusión es el relacionado con la competencia de las cortes para examinar controversias en las que tuviera que dilucidarse qué es lo que forma parte de la identidad constitucional. La idea general que respalda esta posición es que debe diferenciarse el poder constituyente de lo que sería el poder de reforma de la constitución. En este último escenario, órganos como el Parlamento deben observar un conjunto de principios elementales que caracterizan a la constitución local. Esta idea, que se remonta a pensadores como el abate Sieyès, supone que este órgano no puede hacer las veces del poder constituyente.

En todo caso, la discusión es aún muy abierta respecto de los casos en que la propia norma fundamental prevé la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente, y cuáles serían las limitaciones que

19 El caso de Estados Unidos es uno de los más llamativos. No solo porque su Corte Suprema Federal no ha establecido límites implícitos sustantivos al proceso de reforma, sino además porque cuenta con un procedimiento para la enmienda considerablemente complejo. No sorprende, en ese sentido, que se haya sostenido en la doctrina que la idea de que la revisión judicial de las enmiendas sea, para la máxima instancia judicial, una political question, obedece esencialmente a la dificultad existente para insertar cambios en la Constitución de 1787. Cuando en 1920 se desarrolló el debate sobre la enmienda 18, Marbury tuvo la ocasión de sostener que a nadie en ese país se le hubiera nunca ocurrido que la norma fundamental fuese modificada con demasiada facilidad, ya que, por el contrario, existía la percepción de que era casi imposible enmendar el texto, excepto por algo que tuviera la naturaleza de una revolución. Ver: William Marbury, "The limitations upon the Amending Power", *Harvard Law Review* 33, n° 2 (1919): 225.

20 Es importante precisar que, en la doctrina, existen importantes estudios que cuestionan que aspectos relativos a la identidad sean resueltos por una corte de justicia. Sobre ello, revisar: Pietro Faraguna, "Taking Constitutional Identities Away from the Courts", *Brooklyn Journal of International Law* 41, n° 2 (2016).

esta última debería observar. Sin embargo, las cortes de justicia que han examinado casos referentes a la convocatoria de asambleas constituyentes fuera del procedimiento establecido por la norma fundamental, difícilmente han entrado a cotejar la corrección o validez de dicho acto, lo cual no hace sino reflejar el *self-restraint* que, al menos en estas materias, caracteriza el desempeño de las autoridades judiciales<sup>21</sup>. Sin perjuicio de ello, ellas sí han tenido un rol mucho más activo cuando el cuestionamiento es de un procedimiento de enmienda o reforma que ha sido emprendido por un órgano de poder constituido como los parlamentos.

Y es que, en muchas oportunidades, han sido las cortes las que han brindado las herramientas para emprender un estudio de lo que significa la esencia de un documento constitucional en especial. Como se conoce, uno de los primeros desarrollos cercanos a esta noción se presentó en la India, cuya Corte Suprema de Justicia hizo referencia a la *Basic Structure Doctrine* para enunciar aquellos elementos del texto constitucional que no pueden ser alterados por el poder de reforma. En realidad, el desarrollo de las ideas relativas a los límites al poder de modificar la Constitución de ese país se remonta, prácticamente, a la época de su entrada en vigencia. Como bien hace recordar Pathik Gandhi<sup>22</sup>, dicho tribunal fue tempranamente convocado para analizar si es que el poder contenido en el artículo 368 de la norma fundamental india, tenía que observar, entre otras cosas, el respeto de los derechos de la persona.

De hecho, aunque por lo general se suele considerar como referencia en este tema el fallo en el caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973), lo cierto es que existen importantes antecedentes que se remontan hasta 1952, cuando, en el caso *Sankari Prasad v. Union of India*, se trajo a colación la distinción entre el poder legislativo y el constituyente, aunque sin mayores consecuencias. La discusión, en esencia, era si el artículo 13.2 de la Constitución, que impedía la adopción de leyes que sean inconsistentes con los derechos fundamentales, también aplicaba para el caso de las reformas constitucionales<sup>23</sup>. Todo ello fundamentó que la idea central de la doctrina de la estructura básica fuera que era posible formular reformas al texto constitucional, siempre y cuando se preservara la identidad esencial de la

---

21 Este tema ha sido objeto de un nutrido intercambio de ideas. El profesor Jacobsohn, cuyos estudios han abordado precisamente el debate sobre la identidad constitucional y los límites de la reforma, propone que los tribunales sean especialmente cuidadosos de examinar la validez de las leyes de enmienda o reforma si es que el procedimiento para esta operación es, dentro del ordenamiento respectivo, considerablemente complejo, tal y como ocurre en los Estados Unidos. Ver, al respecto: Gary Jacobsohn, "An unconstitutional constitution? A comparative perspective", *International Journal of Constitutional Law* 4, n° 3 (2006): 487.

22 Pathik Ghandi, "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & The Coelho Case)", *Indian Journal of Constitutional Law* 4, n°. 1 (2010): 48.

23 Esta disposición establecía que el Estado no podía promulgar ninguna ley contraria a los derechos reconocidos en la carta, bajo sanción de nulidad. La discusión era si es que el término "ley" permitía encajar a las reformas constitucionales. En el idioma inglés, la discusión es más profunda, ya que la traducción del término "law", puede comprender al derecho en general.

carta. Dentro de estos elementos, según precisó dicho Tribunal en el caso *Indira Gandhi vs. Raj Narain*, se encontraban la división de poderes, el principio democrático y cuestiones relativas a la igualdad. De hecho, en una posterior oportunidad (caso *Minerva Mills vs. Union of India*), añadió que la propia competencia de la corte para, en buena cuenta, enjuiciar las reformas constitucionales también era un elemento que no podía ser objeto de modificación.

Otros desarrollos jurisprudenciales relevantes se han presentado en Alemania y en Colombia, y estos han permitido sentar las bases de lo que forma parte de la identidad constitucional<sup>24</sup>. La idea de poder revisar las reformas emprendidas por los parlamentos ha sido exportada, también a otras latitudes. Por lo general, la mayor cantidad de órganos suele coincidir en que forman parte de esa identidad cuestiones como la separación de poderes, la forma de gobierno, la cláusula democrática, y la idea de no suprimir o restringir severamente los derechos fundamentales.

Sin embargo, no han faltado experiencias que han añadido factores adicionales a los que han sido expuestos. Por ejemplo, la idea de identidad que aquí se ha desarrollado genera preguntas respecto de su aplicabilidad en países en los que la religión y el ordenamiento estatal se encuentran estrechamente vinculados. Aquí podría advertirse un serio conflicto entre la religión como elemento de unión colectiva, frente a un principio como podría ser el de laicidad, cuestión que no ha sido del todo abordada en la doctrina. Este es un asunto considerablemente sensible, ya que el empleo de esta doctrina puede generar que una minoría (por lo general, apreciable en los tribunales de justicia) pueda, de una u otra manera, hacer prevalecer su visión occidental sobre la materia a una considerable mayoría religiosa<sup>25</sup>.

De esta manera, si se advierte la profusa cantidad de jurisprudencia sobre esta materia, se puede apreciar que los tribunales han sido más receptivos que reacios a esta forma de control. No todos niegan el potencial riesgo, para el proceso democrático, que esto puede suponer; sin embargo, resulta esta posibilidad mucho más conveniente que la de negar cualquier clase de participación a las cortes en este debate. Incluso no han faltado experiencias en las que el rol de los tribunales ha sido determinante para encontrar un importante nivel de equilibrio entre los denominados usualmente

24 Debido a que, en esencia, en este apartado se busca analizar el modelo peruano, no se harán mayores precisiones sobre estas experiencias. En todo caso, se recomienda revisar: Gonzalo Ramírez, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, *Revista Derecho del Estado*, n° 18 (2006).

25 Por ejemplo, Ran Hirschl hace recordar el fallo del año 2008 de la Corte Constitucional de Turquía (órgano evidentemente prokemalista), el cual invocó las doctrinas de la India y Alemania para declarar inconstitucional una “enmienda iniciada por el gobierno del partido AKP, que tenía como intención revisar la visión militantemente secular de Turquía”. Ver: Ran Hirschl, *Asuntos Comparativos. El renacimiento del Derecho Constitucional Comparado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 210.

como “poderes” del Estado. Dos casos que pueden ejemplificar válidamente esta afirmación son los de Israel y la India. En el primer caso, se ha sostenido que la participación y el control que, *de facto*, ejerce el gobierno sobre el proceso legislativo en el *Knesset*, genera un fundado temor de que se emplee el poder constituyente de forma equivocada o incluso abusiva, por lo que la única autoridad que realmente puede equilibrar el funcionamiento de los poderes es la Corte Suprema<sup>26</sup>. Por otro lado, y quizás es una de las experiencias más conocidas en el derecho constitucional comparado, la Corte Suprema de la India ha sido uno de los órganos que mayor actividad y protagonismo ha tenido en la vida política de su país, dejando un saldo considerablemente favorable y que genera la sensación que esta clase de controles es recomendable ante emergentes autoritarismos, sea por parte de la Asamblea o por parte del Gobierno<sup>27</sup>.

En efecto, la impresión general es que la potestad de los tribunales de justicia de enjuiciar la validez de las reformas o enmiendas a la constitución deja más un saldo positivo que uno negativo. Evidentemente, ellos deben cuidarse de no caer en lo que podría ser catalogado como un modelo de supremacía judicial, y debe contar, para ello, de un importante nivel de autocontención para conocer en que casos es pertinente su participación y en cuáles no.

Es imposible negar que, mal empleada, esta atribución podría generar una suerte de *gouvernement des juges*. Sin embargo, este es un peligro que puede invocarse respecto de cualquier herramienta humana en el derecho. No nos encontramos gobernados, como ya se advertía en *El Federalista*<sup>28</sup>, por algún grupo de ángeles, y por ello resulta conveniente que las autoridades políticas no cuenten con un poder absoluto de reforma, sobre todo si ellas pueden ser juez y parte en esta clase de procedimientos. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los tribunales de justicia (los cuales, las más de las veces, conocen un caso a solicitud de parte y no tienen competencia de oficio en esta clase de reclamos), el Parlamento o el Ejecutivo tienen abierto el camino para legislar en beneficio propio, aspecto que, de

---

26 El caso israelí es bastante llamativo. Desde la aprobación de la Basic Law: Israel as the Nation of the Jewish People, se presentaron una considerable cantidad de reclamos, en los que básicamente se sostenía que dicha Ley Fundamental era antidemocrática y que lesionaba los principios de dignidad de la persona y no discriminación. Esta clase de demandas están orientadas a que esa ley básica pueda ser revisada judicialmente. Para conocer de cerca el debate israelí, se puede consultar: Yaniv Roznai y Suzie Navot, S., “From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel”, *European Journal of Law Reform* 21, n° 3 (2019).

27 Como ya se explicó, es conocido que este órgano desarrolló la basic structure doctrine, la cual permite establecer límites al proceso de la modificación de la constitución. Esto ha permitido que se frenen intentos desde el poder de incluso eliminar la competencia de este tribunal para examinar esta clase de casos. Sin embargo, aunque se ha generado un saldo general positivo, bien advierte Dhavan que se debe ser sumamente cautelosos con el empleo de esta doctrina, ya que coloca al pueblo en la encrucijada de o confiar en el proceso de reforma o depositar su confianza en autoridades judiciales no electas. Recuerda, sobre ello, que en todo caso la Corte Suprema puede erigirse como un baluarte de la democracia, pero en ningún caso debe sustituirla. Ver, al respecto: Rajeev Dhavan, “The Basic Structure Doctrine – A footnote comment”, ed. Rajeev Dhavan, y Alice Jacob, *Indian Constitution: Issues and Trends* (Nueva Delhi: Indian Law Institute, 1978), 178.

28 Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El federalista* (México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010), 220.

no fiscalizarse, puede sembrar las bases de un régimen autoritario en el que no sean las libertades las que primen.

Un tercer factor a tomar en cuenta es que las dos dimensiones de la identidad (esto es, como posible barrera a la integración y como límite al poder de reforma constitucional) no parecen ser argumentos de carácter absoluto, en el sentido que su sola invocación pueda ser suficiente para desactivar la competencia de los tribunales de justicia. En efecto, lo primero que tiene que hacerse es examinar si es que el argumento de la autoridad que expidió el cuerpo normativo que es objeto de cuestionamiento calza o no en el concepto constitucional que ha sido alegado. Y es que, más allá de que suele ser usual en el derecho constitucional el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, tanto la doctrina como la jurisprudencia -local o comparada- pueden brindar importantes elementos para examinar la viabilidad del argumento. Por otro lado, es también por lo demás evidente que no puede emplearse la identidad ante las cortes de justicia para sustentar la exclusión de grupos sociales, particularmente de su derecho a participar en la vida política del país. Parece ser este un mínimo que justifique la intervención judicial, ya que se trataría de una sociedad que no trate de manera similar a sus integrantes<sup>29</sup>.

Una vez precisados estos elementos relacionados con la idea de identidad constitucional, es conveniente examinar el caso peruano, a fin de poder advertir los desarrollos tanto jurisprudenciales como doctrinarios que permitan dotar de contenido a lo precisado por el Tribunal Constitucional respecto de los límites a la cuestión de confianza.

### III. REFLEXIONES SOBRE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL PERUANA

Los desarrollos jurisprudenciales existentes en torno a la idea de identidad constitucional han reflejado que no existe consenso en cuanto a la individualización de sus elementos, ni siquiera por los juristas de una misma corte. Esto forma parte de una problemática mayor, la cual se relaciona con el hecho que ni siquiera se conoce con exactitud a qué se refiere esta noción. El apartado anterior ha pretendido brindar luces que permitan un acercamiento respecto de lo que puede significar la identidad constitucional, y en este apartado, en un sentido similar, se busca aportar elementos para aproximarnos a lo que significa esta idea en el ordenamiento peruano.

Este abordaje tomará en cuenta, principalmente, los criterios esbozados por el Tribunal Constitucional peruano. En todo caso, es evidente que esta clase de análisis no pueden dejar de lado las tradiciones

29 Se conoce, sobre esto, la obra de John Ely, así como las posturas que defienden la idea de una suerte de “constitución procedimental”, la cual esencialmente consiste en que los verdaderos límites que es posible establecer al legislador democrático derivan de las restricciones que puedan imponerse al adecuado ejercicio de los derechos políticos. Una importante obra que aborda los retos de la justicia constitucional frente al principio mayoritario puede consultarse en: Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012).

y la historia del Perú. De hecho, como se advertirá, esa también parece ser la posición del intérprete final de la Constitución peruana, al menos en algunos de sus fallos.

Ahora bien, en la sentencia relativa a la disolución del Congreso de la República<sup>30</sup>, el Tribunal sostuvo que un límite a la cuestión de confianza era que esta fuese asociada con la supresión o alteración de alguna cláusula de intangibilidad de la Constitución peruana. Al desarrollar este criterio, se mencionó que esta herramienta no podía ser empleada si es que suponía un desconocimiento de los principios que, anclados en la historia republicana, perfilan la identidad de la norma fundamental.

De lo indicado por el Tribunal Constitucional es posible advertir que, ciertamente, la identidad constitucional no puede ser sometida a alguna alteración a través de un pedido del Poder Ejecutivo hacia el Congreso de la República. La jurisprudencia de este órgano ya ha hecho referencia a este concepto con anterioridad, y parece tomar en consideración las dos vertientes de identidad que se han expuesto en esta investigación (es decir, la identidad como contenidos mínimos de cualquier constitución, y la identidad en el sentido de mencionar aquello que permite distinguir a una experiencia constitucional de otra). Por ejemplo, respecto de los elementos indisponibles de cualquier norma suprema, ha mencionado que

[a]unque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicompreensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido<sup>31</sup>.

Se aprecia, pues, que en esta decisión el supremo intérprete de la Constitución peruana vinculó la idea de identidad constitucional con aquellos elementos que deben estar presentes en cualquier documento que quiere caracterizarse como la verdadera norma fundamental del Estado. Con posterioridad a esta decisión, en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la reforma al Reglamento del Congreso relativa a la imposibilidad que el Poder Ejecutivo pueda plantear cuestiones de confianza asociadas con leyes, este órgano jurisdiccional señaló que es un rasgo de identidad del constitucionalismo peruano todo lo concerniente a la separación de poderes y al régimen político<sup>32</sup>, por lo que el órgano legislativo no estaba autorizado para regular aspectos o materias que correspondían ser ejercidas por el Ejecutivo.

---

30 STC recaída en el expediente 00006-2019-CC, de fecha 14 de enero de 2020, fundamento 190.

31 STC recaída en el expediente 00014-2002-PI, de fecha 21 de enero de 2002, fundamento 75.

32 STC recaída en el expediente 00006-2018-PI, de fecha 6 de noviembre de 2018, fundamento 49.

De esta manera, el Tribunal Constitucional también toma en cuenta, además de los elementos característicos de cualquier constitución, todos aquellos que se vinculen con la experiencia estrictamente nacional. Ciertamente, la idea de la separación de poderes tiene un importante anclaje en la tradición peruana, ya que, luego de la época del Virreinato, existió un fundado temor en relación con las facultades que pudiera acumular la persona que, en la naciente república, se encargara de conducir el Poder Ejecutivo. Esto generó un importante vacío de poder, ya que la aversión a la pasada monarquía generó que se articule una fórmula de gobierno en la que el Congreso tuvo, en esencia, la conducción del Estado, lo cual fue considerablemente desfavorable porque aún no se había consolidado la independencia y no existía unidad de mando para poder sellarla<sup>33</sup>.

No sorprende, por ello, que la idea de la clásica separación de poderes haya estado presente a lo largo del desarrollo histórico del constitucionalismo peruano. De hecho, los principales debates a lo largo de las 12 constituciones que ha tenido este país se han centrado en la fórmula adecuada para equilibrar, principalmente, al Ejecutivo y al Legislativo<sup>34</sup>. De esta manera, la estabilidad de las normas fundamentales dependía, en muchas oportunidades, de la forma cómo se articulaban estas atribuciones. En todo caso, es bastante llamativo que, pese a los anuncios independentistas, no se generó un afán masivo por suplantarlo todo el orden previamente creado para reemplazarlo por uno completamente nuevo<sup>35</sup>. Sobre esto, el historiador peruano Jorge Basadre ha precisado que “[l]a victoria de Ayacucho trajo el vencimiento de los soldados virreinales; pero no de los prejuicios, de las costumbres, de los hábitos virreinales. La revolución fue una realidad militar y política; pero no fue una realidad económica y social. Sucedióse los motines; pero perduró la feudalidad”<sup>36</sup>. Esto se confirma cuando se advierte que la primera Constitución peruana -que data de 1823- tiene una

33 Como se conoce, uno de los grandes dilemas en los inicios de la independencia peruana fue la forma de gobierno a implementar luego de la salida de José de San Martín del territorio nacional. Los temores existentes respecto de las figuras unipersonales generaron que se apruebe la propuesta del clérigo arequipeño Mariano José de Arce, quien propuso que el Congreso absorbiera las facultades del Ejecutivo, ya que ello era indispensable para no perder la independencia y poder dictar libremente la que sería la Constitución peruana de 1823. Uno de los mejores estudiosos de esta figura peruana ha sostenido que este fue “sin duda, el más grave error doctrinario y político del congreso de 1822”. Ver: Raúl Porras, *Los ideólogos de la emancipación* (Lima: Editorial Milla Batres, 1974), 107.

34 No sorprende, en ese sentido, que uno de los constitucionalistas más destacados de la historia peruana haya sostenido que la Constitución de 1828, que fue el primer documento que intentó encontrar un sano balance entre las atribuciones de ambos órganos, era la “madre de las constituciones nacionales”. Este autor sostenía que todas las cartas restantes, “dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920, son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original”. Ver: Manuel Villarán, *Páginas Escogidas* (Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva, 1962), 45.

35 Por lo general, no se demostró un abierto afán de ruptura con España en los inicios de la vida independiente. El artículo 121 de la Constitución de 1823 fue categórica al establecer que “[t]odas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos civil, criminal, militar y de comercio”.

36 Jorge Basadre, *La Iniciación de la República. Tomo primero*, (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002), 107.



estructura y redacción bastante similar a la Constitución de Cádiz de 1812<sup>37</sup>.

La influencia española en el desarrollo y cultura de las instituciones peruanas también puede destacarse en uno de los fuertes legados que generó este vínculo, el cual fue el respeto y reconocimiento de la religión católica como la oficial del Estado. Esto pudo advertirse a lo largo de los textos constitucionales del siglo XIX, en muchos de los cuales la religión se establecía como única con la exclusión del ejercicio de cualquier otra. De hecho, la actual Constitución de 1993 no se encarga de establecer una separación tajante entre el Estado y la Iglesia, ya que se establece, en su artículo 50, que “[d]entro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Esta cláusula ha generado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no sea indiferente al valor de la religión dentro de la cultura peruana. De este modo, en un caso relativo al cuestionamiento a la presencia de crucifijos al interior de los juzgados, mencionó que

no es extraño sino, más bien, bastante frecuente, que determinadas costumbres de base esencialmente religiosa hayan terminado por consolidarse como parte de la *identidad* que como país nos caracteriza. La presencia, entre otras cosas, de procesiones y festividades en específicas fechas del año o de templos y símbolos religiosos en determinados lugares públicos demuestran palmariamente que de modo paralelo al fervor religioso que les sirve de sustento, se asumen éstos como elementos vivenciales de nuestra propia realidad<sup>38</sup> (las cursivas no son del original).

Otro aspecto que suele estar presente en el ideario peruano, y cuya importancia también ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, es el relacionado con el entorno pluri-étnico que caracteriza a la sociedad. Al respecto, Sebastián Lorente -un teólogo y filósofo español que estuvo una buena parte de tiempo residiendo en Lima, Tarma y Jauja- ha señalado que “[l]a variedad sorprendente de civilización se manifiesta en las diversas formas de gobierno, religión y género de vida, que simultánea o sucesivamente han prevalecido en el Perú”<sup>39</sup>. En efecto, la presencia de variadas tradiciones ha generado la existencia de distintas culturas, muchas de ellas con cosmovisiones diferenciadas del mundo. Eso explica la razón por la que el artículo 17 de la Constitución de 1993 reconoce que es

---

37 En todo caso, también es importante destacar que este no es un punto sobre el cual exista completa coincidencia. Sobre ello, se ha afirmado que “[e]l trasplante integral al Perú, de la religión, las instituciones y la cultura hispánica acabó por modelar personalidades nacionales en cada una de las regiones que significativamente se llamaban reinos. Este hecho preterido, consciente o inconsciente, es la causa fundamental y básica y seguramente la más poderosa entre otras, de la emancipación”. Ver: Víctor Belaúnde, *Peruanidad* (Lima: Ediciones Librería Studium, 1965), 285.

38 STC recaída en el expediente 05416-2009-PA, de fecha 27 de junio de 2011, fundamento 37. Este pronunciamiento fue suscrito por la unanimidad de los integrantes del Tribunal Constitucional.

39 Sebastián Lorente, *Escritos fundacionales de la historia peruana* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005), 294.

función del Estado fomentar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, y se debe encargar de preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. De hecho, en la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución se puede apreciar que se ha acuñado la expresión “Constitución Multicultural” para justamente reflejar el conjunto de cláusulas de la norma fundamental que resguardan esa forma de entender la sociedad peruana como un rasgo de su identidad<sup>40</sup>.

Ahora bien, y más allá que se hayan resaltado los aspectos que caracterizan a la identidad constitucional peruana, algo bastante llamativo del proceso independentista de este país es que se empezó a generar, también, una identidad o vinculación con lo *americano*. Como refiere el historiador De la Puente Candamo, “[a] la conciencia y al vínculo peruanos, se añade la conciencia de integrar un género mayor, el género americano. La idea de América como patria grande es elemento muy útil para concluir en el raciocinio nacional. Aquí puede pensarse en la afirmación de Viscardo, “el nuevo mundo es nuestra patria y su historia es la nuestra”<sup>41</sup>. De este modo, el elemento de la integración también ha sido parte de los propósitos esenciales de la nación peruana, lo cual se ha podido advertir en distintos pasajes de la historia, aunque no todos con el éxito debido. Sobre ello, se han realizado diversos estudios que intentan perfilar una identidad en América Latina<sup>42</sup>, dentro de los cuales también se pueden apreciar algunos vinculados con el derecho<sup>43</sup>. Y, aunque las entidades supranacionales en América Latina no se encuentran en una situación similar a la existente en la Unión Europea, lo cierto es que estos esfuerzos integracionistas existen. Ya en 1965, el jurista Víctor Andrés Belaúnde, al mencionar los aportes del Perú al Derecho Internacional, indicó que uno de ellos era “[l]a solidaridad continental en virtud de la cual la agresión a cualquier país americano debe ser considerada como una agresión a todos ellos”<sup>44</sup>.

Independientemente de lo hasta aquí expuesto, es interesante añadir que el Tribunal Constitucional parece también remitirse a elementos *extra constitutionem*, ya que indica que no pueden ser objeto de cuestión de confianza los principios que se encuentran consolidados en la república peruana. Sobre esto último, es importante precisar que no es la primera vez que el Tribunal Constitucional, al interpretar la norma fundamental, se remite a esta clase de elementos. En la decisión en la que declaró

40 Cfr. STC recaída en el expediente 02765-2014-PA, de fecha 6 de junio de 2017, fundamento 15.

41 También añadirá que “[l]a preocupación por el tema peruano es una consecuencia muy clara del afecto a la propia casta. La geografía, la historia, las costumbres, aparecen frecuentes en diversas exposiciones. Existe un afán muy claro por defender la verdadera realidad de lo peruano frente a errores antes repetidos”. En: José De la Puente, *Notas sobre la causa de la independencia del Perú* (Lima: Sesquicentenario de la Independencia Nacional, 1971), 91.

42 Ver: Ezequiel Martínez, *Diferencias y semejanzas entre los países de la América Latina* (México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962).

43 Ver: Juan Pampillo, *Hacia un nuevo Ius Commune Americano* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012); Armin Von Bogdandy, Antonia Morales y Mac-gregor Ferrer, coords., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017).

44 Víctor Belaúnde, *Peruanidad* (Lima: Ediciones Librería Studium, 1965), 407.

la inconstitucionalidad del artículo del Reglamento del Congreso que prohibía el transfuguismo en los grupos parlamentarios, dicho órgano precisó que el gobierno popular y representativo formaba parte de la “Constitución Histórica”<sup>45</sup>.

Para ello, el supremo intérprete de la norma fundamental remontó su análisis hasta lo dispuesto en la Constitución de 1823 y en las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, documento que fue aprobado en 1822<sup>46</sup>. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el bloque de constitucionalidad en el marco de la Constitución francesa de 1958, no existe propiamente alguna norma que habilite a examinar documentos constitucionales previos. Sin embargo, esta vuelta a la historia puede encontrar sustento en el preámbulo de la Constitución de 1993, el cual recuerda el sacrificio de todas las generaciones precedentes que contribuyeron a la forja de la patria.

Se puede apreciar, de todo lo expuesto, que el Tribunal Constitucional peruano no solo ha reconocido la idea de los elementos esenciales de cualquier norma fundamental, sino que también le ha dado un sustrato estrictamente nacional a la idea de identidad constitucional, la cual le ha permitido enfatizar distintos tópicos que forman parte de nuestra vida republicana y que, por lo general, están fuertemente anclados en la historia. El desarrollo de este concepto le ha permitido ejercer tres funciones al Tribunal: i) emplearla como un límite al proceso de reforma constitucional; ii) otorgar una tutela reforzada a los bienes y/o derechos que se encuentran tras ella; iii) identificar las materias que no pueden ser sometidas a cuestión de confianza.

En relación con el primer aspecto, es consolidada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a su competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad en contra de leyes de reforma de la norma fundamental. Una de las sentencias más relevantes en este punto es la STC 00014-2002-PI, en la cual el Colegio de Abogados del Cusco cuestionaba la validez de la Ley 27600, ya que, según sostenía este órgano, habilitaba al Congreso de la República para arrogarse atribuciones propias del poder constituyente al estar iniciando dicho acto legislativo un proceso de reforma total de la Constitución. Al examinar su competencia para conocer el caso, el órgano jurisdiccional precisó que una de las funciones que le corresponde es velar porque las leyes de reforma no afecten los límites materiales de la norma fundamental, los cuales están referidos “a la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional inmunes a toda posibilidad de reforma”<sup>47</sup>. Esta línea jurisprudencial se ha mantenido y, de manera reciente, el Tribunal confirmó la constitucionalidad de una ley de reforma que prohibía la reelección de los alcaldes, al entender que esta modificación no suponía una vulneración del derecho

---

45 STC recaída en el expediente 00006-2017-PI, de fecha 29 de agosto de 2017, fundamento 12.

46 Ibid.

47 STC recaída en el expediente 00014-2002-PI, de fecha 21 de enero de 2002, fundamento 74.

a la participación política<sup>48</sup>.

Respecto de la segunda función del concepto de identidad constitucional en el ordenamiento peruano, es posible advertir que ella ha permitido que el Tribunal brinde una especial protección a aquellos elementos que resaltan el ideario nacional. En efecto, se pudo apreciar con anterioridad que el supremo intérprete de la norma fundamental suele otorgarle un importante peso a cuestiones como la identidad cultural o el respeto a las tradiciones religiosas, lo cual obedece a la composición marcadamente pluri-étnica que caracteriza a la sociedad peruana. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, es llamativo que el Tribunal haya indicado que uno de esos valores fundamentales -y que incluso permite controlar la validez constitucional de leyes de reforma- sea el modelo de la economía social de mercado<sup>49</sup>.

Finalmente, la identidad constitucional también ha permitido al Tribunal establecer límites respecto de lo que puede ser objeto de un pedido en una cuestión de confianza. Este punto ya fue abordado *supra*, pero es importante efectuar unas consideraciones adicionales. Ya se había destacado que se había estimado viable el asociar pedidos de confianza con proyectos de ley, y quedó abierta la pregunta respecto de los que serían propuestas de reforma constitucional. Ahora bien, aunque ciertamente no existieron los suficientes votos para examinar esta problemática, lo cierto es que, al restringir estas solicitudes únicamente a la parte *esencial* de la Constitución, el supremo intérprete da a entender, al menos de manera implícita, que sí se podría hacer esta clase de vinculaciones, al menos en relación con los proyectos que abordan aspectos *no esenciales* de la norma fundamental.

También se había mencionado que, para la Comisión de Venecia, esta posibilidad era inusual en el derecho comparado. En todo caso, no debe leerse de manera aislada este extremo de la decisión, ya que el Tribunal desarrolló una serie de cuestiones importantes para entender que no se trata de un asunto en el que el Poder Ejecutivo pueda imponerse. En efecto, la sentencia, en primer lugar, reafirma su competencia para conocer de conflictos competenciales en caso se advierta que se ha obrado incumpliendo los límites fijados a la cuestión de confianza. De hecho, debe destacarse que existe un doble filtro: en primer lugar, el control que puede ejercer el propio Congreso de la República, el cual está también facultado para interpretar la Constitución y puede decidir si es que una cuestión de confianza está vinculada con una materia prohibida; y, por otro lado, también esta clase de situaciones pueden ser de conocimiento del Tribunal Constitucional a través del proceso competencial, por lo que no se trata de un asunto que pueda ser calificado como de *political questions*.

48 STC recaída en el expediente 00008-2018-PI, de fecha 4 de octubre de 2018.

49 STC recaída en el expediente 00050-2004-PI, de fecha 3 de junio de 2005, fundamento 35

En este mismo sentido, la sentencia precisa que el Poder Ejecutivo no puede hacer un uso reiterado o abusivo de la cuestión de confianza, lo cual invita a suponer que un uso desmedido de esta atribución también será objeto de conocimiento por parte del Tribunal. A esto debe añadirse el siempre importante filtro de la opinión pública, la cual puede percibir si es que exista alguna vocación autoritaria por parte del Jefe de Estado. Curiosamente, el texto constitucional de 1993 -aprobado luego del autogolpe de Estado de Alberto Fujimori Fujimori- es uno de los que más tiempo ha regido en la historia republicana del Perú, y ello obedece, entre tantas cosas, a que el supremo intérprete de la norma fundamental ha desarrollado jurisprudencia que no solo ha velado por el adecuado resguardo de los derechos de la persona, sino que, además, se ha preocupado recientemente por el frecuentemente inexplorado terreno de la parte orgánica de la Constitución. La mayoría de intentos de reforma total o de convocatoria a alguna asamblea constituyente no han prosperado, pese a que se trata de algo que no es del completo desagrado de la ciudadanía, y ello puede obedecer a que, en el fondo, la clase política siente que en la Constitución de 1993 no se encuentran barreras o restricciones que puedan impedir la implementación de planes o medidas en beneficio de la colectividad.

## CONCLUSIÓN

La identidad constitucional es, aun, un concepto en formación. Su uso se ha expandido notoriamente en el terreno de los límites a la integración política y a la reforma constitucional, y ha generado un intenso y permanente debate respecto de cuáles serían los principios o estructuras constitucionales básicas que formarían parte de ella. Llama la atención que su configuración sea una labor asignada a los tribunales de justicia, los cuales, en realidad, han operado como una suerte de dobles agentes: por un lado, han sido importantes aliados de los gobiernos al sostener la existencia de un espacio inmune a los procesos de integración política que son promovidos por la Unión Europea; pero, por otro, han invocado la identidad constitucional para decirle al propio gobierno (o al ente legislativo), lo que le está absolutamente vedado por la esencia del texto constitucional.

En el caso peruano, se han advertido diversos usos del concepto de identidad constitucional, particularmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este órgano ha recurrido a dicha construcción con la finalidad de establecer límites a la reforma constitucional y a la cuestión de confianza en manos del Poder Ejecutivo, así como con el propósito de sustentar la existencia de una serie de principios consustanciales a la historia de las instituciones peruanas. Ello no es más que un ejemplo que demuestra que las autoridades jurisdiccionales han adquirido un notable protagonismo al ser las responsables de delimitar lo que deba entenderse por “identidad constitucional”.

En todo caso, la labor de establecerla, si desea ser una empresa próspera, no puede ser ajena a

diversos elementos o características del país. En esta investigación se ha resaltado cómo es que, por ejemplo, los tribunales no deberían ser ajenos a componentes culturales e históricos que cuenten con reconocimiento constitucional a lo largo de diversas generaciones. Hacer lo contrario no solo supondría que estas autoridades impongan sus propias creencias en relación con las de la mayoría, sino también supondría una peligrosa forma de concentración del poder, la cual, naturalmente, debe ser evitada en cualquier sociedad democrática.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Abbot, Everett. "Inalienable Rights and the Eighteenth Amendment". *Columbia Law Review* 20, n° 2 (1920).
- Aguiló, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima: Editorial Palestra, 2004.
- . "Sobre la Constitución del Estado Constitucional". *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 24 (2001), 450-453.
- Atilgan, Aydin. *Global Constitutionalism*. Berlín: Springer, 2018.
- Basadre, Jorge. *La Iniciación de la República. Tomo primero*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.
- Badia y Margarit, Antonia. "Lengua e Identidad Nacional". *Boletín Oficial de l'Academia de la Llingua Asturiana*, n° 23 (1987).
- Belaúnde, Víctor. *Peruanidad*. Lima: Ediciones Librería Studium, 1965.
- Bon, Pierre. "La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 100 (2014).
- De la Puente, José. *Notas sobre la causa de la independencia del Perú*. Lima: Sesquicentenario de la Independencia Nacional, 1971.
- Dhavan, Rajeev. "The Basic Structure Doctrine – A footnote comment". Ed. Dhavan, Rajeev y Jacob, Alice. *Indian Constitution: Issues and Trends*. Nueva Delhi: Indian Law Institute, 1978.
- Faraguna, Pietro. "Taking Constitutional Identities Away from the Courts". *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n° 2 (2016).
- Ferrerres, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Ghandi, Pathik. "Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & The Coelho

- Case)". *Indian Journal of Constitutional Law* 4, n.º 1 (2010).
- Gomes, José. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2004.
- González, José. "La idea de Constitución en Karl Loewenstein". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 139 (1965).
- Gordillo, Luis. *Constitución y ordenamientos supranacionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El federalista*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Hard, William. "The Spirit of the Constitution". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 185 (1936).
- Hirschl, Ran. *Asuntos Comparativos. El renacimiento del Derecho Constitucional Comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Jacobsohn, Gary. *Constitutional Identity*. Massachusetts: Harvard University Press, 2010.
- . "An unconstitutional constitution? A comparative perspective". *International Journal of Constitutional Law* 4, n.º 3 (2006).
- . "Constitutional Identity". *The Review of Politics*, n.º 68 (2006).
- Jenks, Wilfred. *El Derecho Común de la Humanidad*. Madrid: Tecnos, 1968.
- Kumm, Mathias. "Constituent power, boundaries and identity: On the justificatory depth of constitutionalism – A rejoinder to Neil Walker". *International Journal of Constitutional Law* 14, n.º 4 (1996).
- Lorente, Sebastián. *Escritos fundacionales de la historia peruana*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2005.
- Marbury, William. "The limitations upon the Amending Power". *Harvard Law Review* 33, n.º 2 (1919).
- Martínez, Ezequiel. *Diferencias y semejanzas entre los países de la América Latina*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.
- Noiriel, Gérard. "La identidad nacional y la historiografía francesa". *Anuario del Instituto de Estudios Históricos y Sociales*, n.º 10 (1995).
- Pampillo, Juan. *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Pegoraro, Lucio. "Constitucionalización del derecho y Cultura Constitucional". *Revista de Derecho Político*, n.º 104 (2019).

- . *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de derecho constitucional comparado*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2017.
- Peters, Anne, “The Globalization of State Constitutions”. En *New perspectives on the divide between national & international law*. Dir. Nijman, Janne y Nollkaemper, André. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Porras, Raúl. *Los ideólogos de la emancipación*. Lima: Editorial Milla Batres, 1974.
- Ramírez, Gonzalo. “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”. *Revista Derecho del Estado*, nº 18 (2006).
- Rodríguez, Roberto. *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Yaniv Roznai. *Reformas Constitucionales Inconstitucionales: Los límites al poder de reforma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Roznai, Yaniv y Suzie Navot. “From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel”. *European Journal of Law Reform* 21, nº 3 (2019).
- Villarán, Manuel. *Páginas Escogidas*. Lima: Talleres Gráficos P.L Villanueva, 1962.
- Von Bogdandy, Armin, Antonia Morales y Mac-gregor Ferrer, coords. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

## **JURISPRUDENCIA**

- ATC recaído en el expediente 0006-2019-CC, de fecha 29 de octubre de 2019.
- STC recaída en el expediente 00006-2017-PI, de fecha 29 de agosto de 2017.
- STC recaída en el expediente 00006-2018-PI, de fecha 6 de noviembre de 2018.
- STC recaída en el expediente 00006-2019-CC, de fecha 14 de enero de 2020.
- STC recaída en el expediente 00008-2018-PI, de fecha 4 de octubre de 2018.
- STC recaída en el expediente 00014-2002-PI, de fecha 21 de enero de 2002.
- STC recaída en el expediente 00050-2004-PI, de fecha 3 de junio de 2005
- STC recaída en el expediente 0014-2002-AI, de fecha 21 de enero de 2002.



STC recaída en el expediente 02765-2014-PA, de fecha 6 de junio de 2017.

STC recaída en el expediente 05416-2009-PA, de fecha 27 de junio de 2011.