

X. Lista de referencias

- COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES. (2002). *Proyecto de Reforma Constitucional*, Editorial: Congreso de la República, Lima: Perú.
- CHIRINOS SOTO, ENRIQUE Y CHIRINO SOTO, FRANCISCO. (1994). *Constitución de 1993, Lectura y comentario*, Editorial: Rhodas, Lima: Perú.
- GARCÍA CAMINO, B. (2013). *La Revisión Constitucional de la Legislación de los Estados de Excepción. Una nueva Figura en el Derecho Procesal Constitucional Mexicano*. En: Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Año 11, N.º 02, 2013, pp. 547-573.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. (2016). *Las Constituciones del Perú*. 3.ª ed. Editorial: JNE, Lima: Perú.
- GARCÍA TOMA VÍCTOR. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. 3.ª ed. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima: Perú.
- HABERLE, P. (2002). *La Constitución como cultura*. Editorial. Universidad Externado, Bogotá, Colombia.
- (2003) *El Estado Constitucional*, Edit. PUCP, Lima, Perú.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *La Constitución Política*. 10.ª edición Oficial, Lima: Perú.
- MONTOYA CHAVEZ, V. H. y VILA ORMEÑO, C. (2012). *La Constitución de 1993 y Precedentes vinculantes*, Editorial: Grijley, Lima: Perú.
- ORBEGOZO V. SIGIFREDO. (1995). *Historia y Constitución: Temas Polémicos*, Editorial: Ediciones Vallejanas, Trujillo, Perú.
- REMOTTI CARBONELL, J. C. (2005) *Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*. Editorial: Juristas Editores, Lima, Perú.
- SAR, O. (2004). *Constitución Política del Perú. Con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional*. Editorial: nomos & tesis, Lima, Perú.

La teoría del estado, la teoría de la constitución y otros artificios en la historia constitucional peruana

The theory of the state, the theory of the constitution and other devices in the peruvian constitutional history

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Las construcciones teóricas relativas al Estado y la Constitución. III. Propuesta para el desarrollo de teorías y dogmas propios en pro de la tutela efectiva. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

Resumen: El presente artículo realiza un recuento de las principales posturas de la teoría del Estado y la teoría de la Constitución, pero no con intención descriptiva, sino, a efectos de comprobar si tales postulados han sido o son vigentes en el discurrir constitucional peruano; así, con el uso de un análisis histórico y otro dogmático, se ha obtenido como resultado que el pueblo peruano nunca ha ejercido un poder constituyente originario, lo que ha pri-

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Cajamarca y Doctorando en la misma casa de estudios.

vado de razones materiales para la conformación de nuestras constituciones, motivo por el cual, estas han sido cambiadas al antojo de los caudillos o los grupos políticos y no expresan el sentir de los peruanos; todo esto da cuenta de la carestía de acuerdos fundantes y la necesidad de que sean ejercidos, pero también, de la corta mirada que tenemos del concepto de Constitución como un formato que contiene normas escritas, cuando en realidad, esta se construye diariamente en los quehaceres de los peruanos; por lo que no tiene asidero el deseo de reforma total de la constitución actual en los mismos términos en que se han presentado las anteriores reformas, puesto que, el concepto de constitución no es formal, sino material.

Palabras clave: Teoría del Estado, Estado Constitucional, teoría de la Constitución, Constitución Política, Poder Constituyente, Constitución formal, Constitución material, reforma total de la constitución.

Abstract: *The present article recounts the main positions of the theory of the State and the theory of the Constitution, but not with descriptive intention, in order to verify if such postulates have been or are in force in the Peruvian constitutional discourse; thus, with the use of a historical and a dogmatic analysis, it has been obtained as a result that the peruvian people have never exercised an original constituent power, which has deprived of material reasons for the formation of our constitutions, which is why these they have been changed at the whim of the caudillos or political groups and do not express the feelings of the peruvians; all this accounts for the scarcity of founding agreements and the need for them to be exercised, but also for the short view that we have of the concept of the Constitution as a format that contains written norms, when in reality, it is built daily in the chores of the Peruvians; reason why the desire for total reform of the current constitution in the same terms in which the previous reforms have been presented has no basis, since the concept of constitution is not formal, but material.*

Key words: *Theory of the State, Constitutional State, theory of the Constitution, Political Constitution, Constituent Power, Formal Constitution, Material Constitution, total reform of the constitution.*

I. Introducción

También la Teoría de la Constitución, como ocurre con otras teorías jurídicas y políticas, deriva de los constructos de la teoría del Estado, mismos que han buscado resolver el problema del abuso de poder político, definir la forma más eficiente de tutela de las libertades fundamentales y, con ello, establecer un cuerpo y procedimiento organizacional de la sociedad a partir de una respuesta política adecuada y relativa a los conceptos de república y democracia, desde sus inicios y, poder constituyente y Constitución, con la evolución del concepto mismo de esta última.

Todas estas elucubraciones, más filosóficas que teóricas, presentaron una nueva opción al tipo de organización conocida hasta el siglo XVIII, originando así las bases para la construcción y materialización del denominado Estado Liberal, mismo que fue el resultado de la evolución del pensamiento en materia de la titularidad y uso del poder del Estado; pensamientos tales como el de Maquiavelo (2012) que aleccionaba sobre los géneros de principados que existen y los motivos por los que se adquieren, por ejemplo, la adquisición por herencia (pp. 30-31) o por soberanía mixta (32-44); así como las maneras para adquirir y mantener el poder que varía según sea por la confianza del pueblo como ocurre con el principado civil (pp. 72-76), por el uso mismo de la fuerza (pp. 56-65) o, por maldades (pp. 66-71). Nótese que la descripción de Maquiavelo corresponde a las constataciones reales de los fenómenos políticos que se presentaban en su época, a fines del S. XV e inicios del S. XVI, las cuales recopiló con un propósito instructivo para un príncipe en particular, Lorenzo de Medici (García Jurado, 2013).

El caso de Maquiavelo, fue más el resultado de una investigación, podría decirse empírica, de las maneras como se presentaba el uso del poder, a partir de la cual extrajo enseñanzas para usanza del príncipe, manteniendo el *statu quo* en dicho uso irrestricto del poder que este tenía, confundiendo el Estado con su gobierno, todavía con el esquema del absolutismo, del que le constó despegarse, incluso a Hobbes (2017) cuando discurrió sobre la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, puesto que la propuesta de pacto social que traía consigo, despojaba de poder a los integrantes de la población, para trasladárselo a la nobleza o al principado, aunque, reconoció que el origen del poder se encontraba en esa misma población, no en el encargo divino (pp. 141-145); idea de pacto o contrato social que fue seguida por Rousseau (2012), aunque ya no basado en el constante estado de guerra de los hombres, sino en su capacidad para socializar y tomar acuerdos (pp. 54-57).

La propuesta del Contrato Social, ubicaba el origen del poder en el Pueblo política y jurídicamente organizado, mecánica que genera, a su vez, al Estado Civil (pp. 60-61) por el que «el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar, ganando, en cambio, la libertad civil y la propiedad de lo que posee» (p. 60), consiguiendo con ello una organización desprendida del pueblo y eficiente para el beneficio del mismo pueblo; es en este sentido que Rousseau define el contenido de la soberanía, como «el ejercicio de la voluntad general» (p. 65), voluntad del Pueblo que «jamás debe alienarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo» (p. 65); de lo que se desprende que dicho soberano es el pueblo, no sus representantes y que, estos deben todas sus actuaciones al beneficio de aquel.

Ideas que no se verían completas sin los aportes de Montesquieu (1906) en el *Espíritu de las Leyes* que, entre muchos otros desarrollos ideológicos y filosóficos, planteó la necesidad del establecimiento de leyes para acabar con el doble estado de guerra en el que se encontraban los hombres (p. 16), es así como surgen las leyes positivas en el mapa de la denominada teoría del Estado, mismas que, en conjunto conformaban el derecho de gentes —entre pueblos—, el derecho político —entre gobernantes y gobernados— y el derecho civil —entre ciudadanos— (pp. 16-17); analizó estas leyes en función a la naturaleza del gobierno (pp. 20-35) y, dentro de estas, las leyes relativas al gobierno republicano y propias de la democracia, «en donde el pueblo en cuerpo ejerce el poder soberano» (p. 21); resulta necesario, imperativo, que sea ejercido en un contexto de separación de poderes, puesto que:

Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares. (p. 228)

La separación de poderes, aquel paradigma que pretendía evitar el abuso del poder y cuyas figuras se mantienen hasta hoy dentro de los textos constitucionales, incluyendo el texto constitucional peruano; fue otro de los aportes ideológicos, que justificaron el derrocamiento del *ancien régime* por la forma de Estado Liberal que, con algunos visos, se mantiene hasta hoy y sigue rigiendo diversos desarrollos teóricos, como ocurre con la teoría de la Constitución, que «tiene por objeto el tipo de las Constituciones democráticas, tal y como se han implantado en el mundo libre (...) sus contenidos y procedimientos esenciales, pero no en la profundidad de sus manifestaciones particulares». (Haberle, 2001, p. 1)

Pero, ¿es posible hablar de Constituciones democráticas?, en el sentido etimológico y coloquial de «gobierno del pueblo» (Eto Cruz, 2015, p. 102), la teoría de la Constitución en su sentido general, sí lo admite, es más, este es el ideal; empero, ¿solo hace falta conocer la teoría para entender que un sistema funciona como debiere?, no, es necesario caminar hacia la constatación fáctica, vale decir que, para el debido funcionamiento de un Estado Constitucional, hace falta conocer los elementos de la teoría del Estado y, con ellos, de la teoría de la Constitución, pero con estos, sumergirnos en la profundidad de cada manifestación particular de la denominada Constitución democrática y, así, descubrir si la cualidad que se le atribuye en abstracto, tiene asidero en concreto; esa es la tarea propuesta para este documento respecto del ordenamiento constitucional peruano.

II. Reflexión sobre los elementos del Estado Constitucional y la Constitución

II.1. El Estado constitucional como fundamento de la constitución democrática

La propuesta de la existencia de un Estado Constitucional corresponde a una elaboración teórica de los años setenta del siglo anterior, propuesta, sin embargo, nada uniforme en sus formulaciones, dado que, el Estado mismo no es un fenómeno uniforme en el mundo, motivo por el cual, cada rincón del planeta en el que se construye una nueva sub teoría relativa a este, tendrá influencia en las particularidades geopolíticas de las que surja; sin embargo, a pesar de dichas particularidades, la propuesta del Estado Constitucional, mantiene elementos generales que resultan comunes a cualquier desarrollo sectorizado:

Una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento fin del Estado y del orden jurídico; un reforzamiento de la noción de Constitución normativa porque la Constitución, no solo debe reconocer los derechos, sino garantizarlos plenamente —unir deber ser con el ser—; una propuesta de democracia constitucional que no está basada en la regla de las mayorías ni de las unidades, sino en el respeto pleno de los derechos humanos —es una formulación a la vez procedimental y sustantiva—; en algunos autores es una insistencia de lograr a través del Estado Constitucional la inclusión, el igualitarismo y la justicia (...); una creciente aceptación de los tratados sobre derechos humanos y de las resoluciones de los organismos supranacionales que los tutelan; una importancia destacada al razonamiento judicial y a la argumentación jurídica, al grado que se considere al Derecho como una práctica interpretativa, y el entendimiento que el Estado constitucional representa un orden jurídico sin soberano y que su papel es expresar la pluralidad jurídica de todos los proyectos jurídicos, políticos y sociales existentes. (Cárdenas Gracia, 2017, pp. 105-106)

Todas estas innovaciones realizadas al inicial Estado Liberal ya comentado, la supremacía de la constitución que se antepone a la antigua supremacía de la ley, la garantía de la eficacia de los derechos humanos y fundamentales y no solo su declaración, la variación de la comprensión de la democracia hacia una constatación de las necesidades reales de mayorías y minorías alejada de la imposición arbitraria de la voluntad de las mayorías y, finalmente, la importancia de la interpretación de las normas en respeto de los derechos humanos fijados convencionalmente; constituyen finalidades sumamente relevantes del Estado Constitucional que se compone de elementos ideales y reales que apuntan «tanto a una situación óptima de lo que

debe ser como a una situación posible de lo que es» (Häberle, 2001, p. 1); aun con la importancia suprema que parece adquirir esta forma de estado contemporánea, se siguen dejando de lado cuestiones básicas, germinales, imprescindibles para el crecimiento de este o cualquier otro tipo de Estado, ¿quién determina o debiere determinar el deber ser de una sociedad?, ¿los filósofos, los teóricos, los políticos, el pueblo, los grupos con poder económico?, ¿quién?

Tal decisión, ¿debe dejarse a la voluntad de quienes se encuentran formalmente legitimados para ejercer la interpretación o la argumentación jurídica?, no, si bien es cierto los valores del Estado Constitucional son loables y buscan la optimización en la tutela de los derechos humanos, no debe dejarse de lado la importancia que reviste, dado que seguimos hablando de los Estados, el «principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato» (Häberle, 2001, p. 1) que tanto defendieron los ideólogos anteriormente comentados.

Ello, porque la idea del Estado Constitucional tiene una pretensión de universalidad y universalización a nivel teórico, filosófico o doctrinario, pero su materialización no tiene por qué ser la misma en todos los Estados; no se trata del alcance de un nivel cultural uniformizado de la civilización occidental como parece plantear Häberle (2001) y de la obligación de que este «nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda» (p. 2); sino de una constante construcción y deconstrucción de los integrantes de cada Estado, no en términos teóricos, sino fácticos y particulares, comunes únicamente a dichos integrantes dentro de sus fronteras geopolíticas; tanto en sus construcciones estructurales del gobierno como en el contenido que le otorguen a los derechos fundamentales.

Esto impedirá los abusos de poder, no solo de los caudillos que se presenten a nivel interno, sino también de las organizaciones que se gestan a nivel internacional y constituye la reafirmación de un postulado que parece haber sido olvidado, la idea de la existencia de un constituyente, pero también su renovación hacia una mirada más allá de la excepcionalidad, así como de otros mecanismos además del mero referéndum o la propia revolución armamentista.

II.2. La clásica propuesta del Poder Constituyente en relación a la idea contemporánea de constitución

La mirada clásica del poder constituyente lo concibe como aquel que se presenta excepcionalmente dentro de la vida política de un Estado, por el que los in-

tegrantes de la población, convertidos en el elemento pueblo, instituyen una nueva manera de organización política que tutele sus propios derechos a través de una ley fundacional en la que se plasmen todas las funciones y procedimientos que den cumplimiento a dicha tutela.

Esta imagen fundacional toma forma a partir de las prácticas de la organización eclesiástica inglesa y escocesa en el siglo XVII británico con «la teoría presbiteriana del pacto eclesiástico o *covenant*, mediante el cual los creyentes se obligaban a mantener sus propias convicciones y la «Constitución» eclesiástica» (Pereira Menaut, 2011, p. 129); situación en que fueron los integrantes de la organización eclesiástica los que determinaron el contenido de esa incipiente constitución a partir de los valores desarrollados dentro de su misma organización; concepto último sobre el que se edifican las ideas del Estado y la Constitución.

El segundo elemento característico del poder constituyente, se halla en el estudio del *Agreement of the people* cromweliano, que ubica al acuerdo o pacto del pueblo por encima de las disposiciones del parlamento (Pereira Menaut, 2011, p. 130) dado que las decisiones del pueblo en su conjunto deben anteponerse a las de sus representantes y sobreponerse en caso se encuentren en antinomia.

Empero, ni la posibilidad de decidir una constitución por el pueblo mismo como la anteposición de los dispositivos constitucionales a los legales parecen felices en el contexto de una democracia representativa o, por lo menos, parecen contradictorios; más, si se intenta conciliar con los postulados del Estado Constitucional de Derecho; sobre todo en los países como el Perú en los que los ideales revolucionarios que les dieron origen, fueron una fiel copia de los ideales de la revolución francesa o, en ocasiones, una contraposición de los principios liberales con los conservadores (Ramos Núñez, 2018) y no en las necesidades y construcciones culturales de la sociedad peruana, lo que lleva a dudar de la eficacia de los postulados constitucionales clásicos y actuales en el Perú.

El Poder Constituyente, en otras latitudes, sí se ha presentado en la realidad con las características teóricas ensayadas abstractamente⁽¹⁾; tal es el caso de las Cartas Constitucionales de Connecticut y Rhode Island cuando todavía existía la Nueva Inglaterra

(1) Por Locke (2005) para el sistema insular, por las que este es capaz de remover o alterar el legislativo, nace en la propia comunidad que es la única que mantiene la titularidad del poder supremo y, cuya configuración puede darse únicamente cuando el gobierno se encuentra disuelto; y por Sieyes (2019) para el sistema continental, quien reserva el poder de otorgar la constitución al pueblo como constituyente, no a los organismos del constituido, los mismos que no se encuentran en la capacidad de cambiar las condiciones de la delegación que se les ha otorgado; característica que hace de las normas constitucionales superiores a la legales o parlamentarias, que las hace fundamentales.

que se lograron gracias a los «acuerdos de las asambleas de colonos, lo que implicaba que estas tenían un poder supremo y especial» (Pereira Menaut, 2011, p. 130).

Sin embargo, esta posibilidad de los inicios de la democracia, no es tan hacedera en las sociedades actuales y con las diversas conquistas que se han generado con la abolición de la esclavitud, el reconocimiento universal de la ciudadanía, así como la universalización de los propios derechos humanos dentro de los cuales está el derecho a la participación ciudadana. Piénsese en el poder constituyente genuino, cuyas características son la originalidad y la inmanencia a una comunidad política, la soberanía y facultad de decisión inapelable, la potestad de generación de un nuevo Derecho Constitucional en un fenómeno de puro poder y, el hecho de que es momentáneo, ocasional (p. 133); vale decir que, este acto constituyente rompe con el Derecho establecido para generar uno nuevo que vaya acorde con los requerimientos y consideraciones de la propia comunidad que lo instituye; todas estas características no se presentan ni se han presentado en la historia constitucional peruana y se hace bastante difícil verificarlas en cualquier otra sociedad.

La titularidad que se otorga teóricamente al pueblo respecto del acto constituyente, no pasa «de ser una declaración de intenciones que sus autores quisieran ver respetada y convertida en realidad» (p. 134), pero tales intenciones no han podido pasar al plano material, tan es así que, en el caso peruano, por ejemplo, la primera constitución del periodo republicano, la Constitución Política de 1823, fue el resultado de la absorción de ideologías extranjeras, vigentes en la época por el éxito de la Revolución del finales del S XVIII en el sistema europeo continental, pero que, no tuvo gran eficacia o significación dado el contexto revolucionario propio, en el que el libertador se convirtió en dictador; por lo que, poco o ningún caso se hizo de las necesidades del pueblo para el establecimiento del sistema político o gubernamental; costumbre última que se ha mantenido en la dación de las 13 constituciones peruanas, incluida la actual Constitución de 1993 que es el producto de un Congreso Constituyente Democrático y no de un poder constituyente genuino comandado por el pueblo mismo.

Los cambios de constitución que hemos mantenido en el Perú, tal y como se observará en su oportunidad, han sido el producto de los proyectos presentados por los ilustres y reconocidos constitucionalistas de la capital o por el emprendimiento de algún caudillo surgido tras el abuso momentáneo de poder en alguno de los gobiernos de turno; nunca de la acción de la comunidad, del sentir nacional o de la voluntad unificada del pueblo; es por ello que, las Constituciones peruanas se amoldan a las intenciones, buenas o perjudiciales, de los emprendedores de turno, cuentan con un cuerpo normativo importando, pero carecen de

alma. No existe en el Perú, entonces, correspondencia entre la idea del Poder Constituyente y el acto u actos materiales que crean la Constitución formal o el texto constitucional.

Pero, ¿constituye esto un problema?, lo será, siempre y cuando se siga pensando a la Constitución como un complejo normativo establecido dentro de un articulado positivado en un texto, como efectivamente muchos lo hacen todavía, sobretudo aquellos que pugnan y vuelven a pugnar por el cambio de constitución, creyendo que la Constitución está compuesta por el texto constitucional únicamente y bajo la ilusión de que es el texto el que regula al pueblo y no el pueblo el que regula al texto.

Con lo dicho, la Constitución ¿debe comprenderse como un documento normativo o como complejo de reconocimientos formales de su virtud material?, no, su contenido sobrepasa los límites de un texto o articulado; existen posturas que proponen «distinguir la Constitución gruesa» o «extensa» (*thick*) de la «fina» o «restrictiva» (*thin*)» (Pereira Menaut, 2011, p. 103); esta última, constituye el núcleo de la primera, los principios de igualdad y libertad que rigen la creación de la Constitución formal y que, en muchas ocasiones, ni siquiera se encuentran regulados en esta.

Aplicando esa visión —distinción entre Constitución Extensiva y restrictiva; uso de un criterio material, evitar nominalismos y formalismos— a un caso como el de España resultaría que algunas partes que se están dentro del texto constitucional no serían Constitución *thin*, mientras que parte de la auténtica Constitución real residiría fuera del documento constitucional: en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en los estatutos de autonomía de las nacionalidades y regiones, en otros documentos, españoles o no, o —como no— la jurisprudencia constitucional. Este enfoque serviría tanto para estudiar la Constitución española como la europea, la norteamericana o la canadiense y es en lo esencial el mismo que propondríamos para cualquier otra, *mutatis mutandis*: combinar un criterio restrictivo, aunque no tanto como el de Tushnet, con un criterio realista que juzgue *ratione materiae*. (Pereira Menaut, 2011, p. 104)

Visión aplicable también al caso peruano en el que la Constitución Material o el denominado Bloque de Constitucionalidad, sugiere que las normas constitucionales se encuentran, además en los 206 artículos del texto constitucional, en el reconocimiento de derechos fundamentales o la definición de su contenido que hace el Tribunal Constitucional, en la parte principista de su Ley Orgánica, así como de las demás leyes que desarrollan principios supremos; en los tratados internacionales vigentes en el derecho nacional en virtud del artículo 55 del propio texto constitucional y de su cuarta disposición final y transitoria; entre otros documentos producidos por actuaciones propias del constituido.

Pero, para que esto no suponga un contrasentido, es menester entender que la cualidad material de la Constitución no se desprende de los actos del constituido ni de la suscripción de tratados internacionales, sino de los fundamentos que permiten y dan legitimidad a tales actos; la actuación diaria del pueblo peruano o de cualquier otro pueblo determinada por su cultura, el elemento dinámico del Estado, el que permite la evolución de su derecho, de sus estructuras políticas y, por consecuencia, el control de las económicas.

Ya no desde la perspectiva que se tenía anteriormente del principio mayoritario como el respeto de lo que es decidido por la mayoría en los comicios electorales o en la votación de un referéndum, sino en la posibilidad de acceder a todos los mecanismos que la democracia actual presta al ciudadano para ejercer la «igualdad política participativa, como valor subyacente de la democracia» (Eto Cruz, 2015, p. 104), pero no en un momento excepcional, sino de manera permanente.

Vale decir, ¿realmente tiene eficacia el principio mayoritario si no toda decisión que se adopta bajo mecanismos democráticos es jurídicamente válida?, sí, en tanto se comprenda al principio mayoritario como la búsqueda de la eficacia de los derechos de una mayor cantidad de personas; para que el principio democrático, así como la idea del poder constituido sigan vigentes, deben modificar su configuración hacia la búsqueda de la satisfacción material de los derechos de las personas; no a manera de democracia directa, sino con el paradigma de la democracia participativa en el plano social —donde se definen los contenidos de los derechos fundamentales—, en el plano político a través de la participación activa en el gobierno, ya sea como integrante o como fiscalizador permanente, o en la limitación del abuso del poder económico.

La Constitución se hace material no por la variedad de regulaciones que permiten reconocer formalmente los derechos fundamentales, sino por la generación dinámica de los mismos en el seno de la sociedad, en las vivencias diarias de los pueblos, en la comprensión de su cultura y de sus necesidades que han de ser recogidas en los diversos textos elaborados por el gobierno, creando una fórmula que sopesa las conquistas de derechos y principios logradas en la evolución del Derecho con los requerimientos de la moral social.

II.3. La historia constitucional peruana en relación con el poder constituyente y la constitución material

En el Perú, los funcionarios públicos, los integrantes del congreso y, hasta algunos integrantes de la judicatura, todavía conciben a la Constitución como un conglomerado de normas positivadas contenidas en un texto que, en este caso,

cuenta con 206 artículos, con una parte dogmática que congrega a los derechos fundamentales y una parte orgánica que estructura al gobierno; dando principal atención a la supuesta función que tiene la Constitución en la organización del gobierno, en su creación o en la corrección del problema del equilibrio de poderes (Guzmán Napurí, 2015, p. 643), centrando la atención en las estructuras de gobierno que, si bien es cierto son importantes, no son el centro de la existencia de la Constitución, como sí lo es la tutela y respeto de los derechos de las personas en tanto integrantes de la población, así como ciudadanos de un Estado o, simplemente, seres humanos que habitan un determinado lugar del globo.

Como se señaló ya anteriormente, la historia del Perú no nos presenta un momento constituyente originario, revolucionario, por el que el pueblo peruano reclame la institución de medidas suficientes para el respeto de sus derechos y necesidades, jamás se ha presentado tal situación, nuestras revoluciones no han sido nuestras, han correspondido a las pretensiones de la corriente libertadora del Sur e, inmediatamente, a las pretensiones de la corriente libertadora del norte.

Tal vez por eso, la Constitución Política de 1823, fue todo menos política, constituyó un esfuerzo académico, una revalidación de las ideas ilustradas, una adopción de otros valores y principios que pintaban como universales, pero no una acción revolucionaria del pueblo peruano por rescatar sus valores y consignarlos en un texto constitucional, fue un reclamo, tal vez, de impetuosos ciudadanos que renegaban contra el régimen regio y que guardaban algún conocimiento de los cambios políticos de la Europa continental, como ocurrió con la reacción contra las posturas de los «copetudos» protagonizada por José Faustino Sánchez Carrión, integrante de la comisión encargada de redactar la Ley de Bases de la Constitución, junto con Luna Pizarro, Tudela, Olmedo, Figueroa, Paredes, Larrea, Arce y Mariátegui (Altuve-Febres, 2005).

Dicha Constitución, entonces, fue el resultado de una naciente aristocracia estudiosa y concedora de las teorías, pero incapaz de formular teorías propias, adecuadas, idóneas para tierra peruana; es por ello que fue tan fácilmente desdeñada por el régimen dictatorial que no la dejó surtir efecto alguno.

En la práctica, la Constitución de 1823 solo llegó a regir a partir de 1827; esto es, desde la caída del régimen de Bolívar hasta la promulgación de la Constitución de 1828. Un tiempo de verdad muy breve. Su transitoriedad se explica por su vocación ideológica. El artículo 4 establecía que si la nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca al pacto social. (Ramos Núñez, 2018, p. 19)

Pacto social que, por lo menos hasta la fecha, no tenía manera de producirse en el territorio peruano; otro ejemplo del fracaso constitucional del país, lo representa la segunda Constitución de nuestra historia, la Constitución de 1826, «caro producto bolivariano, que paradójicamente fue llamada «vitalicia», duró poco menos de dos meses» (p. 25); documento que, al igual que el primero, fue impuesto por los ideales del libertador del norte que, contrario a sus iniciales principios liberales, terminó por convertirse en el dictador del Perú y que, no fue el producto de la acción constituyente del pueblo peruano, sino de la formulación encargada a los colegios electorales provinciales.

Tal vez, la Constitución Política de 1828, puede ser entendida como la primera constitución elaborada en un contexto de descanso de los conflictos armamentistas en el país, «es una de las más importantes en la historia nacional, si en el Perú se creyera en el Concepto de Constitución como sinónimo de tradición histórica esta sería nuestra carta fundadora» (p. 35); no obstante, dicha tradición histórica que se dice lleva en su interior, tampoco es el producto de una actuación popular o del recojo documentado de la cultura peruana, sino del esfuerzo de Javier Luna Pizarro y unos pocos por «conciliar las ideas liberales con las circunstancias que vivía el país» (p. 36).

La misma mecánica para la Constitución de 1834 que fue el esfuerzo particular de Javier de Luna Pizarro quien dijera sobre su obra: «El proyecto trabajado de prisa por mí, encierra cosas y muchas que no eran de mi opinión; pero que tuve que capitular, porque hubiese proyecto pronto, que era mi objeto» (Luna Pizarro, citado por Ramos Núñez, 2018, p. 45); serie de individualismos que se presentó también en la Constitución de 1839, aunque de otro tipo, puesto que esta fue promocionada por Agustín Gamarra para favorecer a la confederación peruano boliviana, que resultaba imposible en la normativa de la Constitución de 1834 (Ramos Núñez, 2018, p. 53) y que establecía un régimen conservador; la Constitución de 1856, fue promulgada por Ramón Castilla luego del triunfo liberal en la batalla de La Palma (Ramos Núñez, 2018, p. 61) que da cuenta del enfrentamiento bélico que se suscitaba entre los grupos políticos, de corte liberal y de corte conservador, otra costumbre instaurada en nuestro país que se encontró detrás del acceso de diversos grupos políticos al ejercicio del gobierno; el enfrentamiento, consenso o imposición de los partidos políticos han originado la dación de las diversas constituciones de nuestro país, la Constitución Moderada de 1860 que buscaba dar un equilibrio al enfrentamiento entre liberales y conservadores, la impronta de la Constitución Liberal de 1867 y su pronta interrupción en 1868 y la vuelta de la Constitución de 1860 cuya vigencia se prolongó casi 60 años hasta la dación de la Constitución de 1920 que marcó un cambio hacia un sistema preocupado por los integrantes del

pueblo, alejándose de la preocupación solo por los intereses aristocráticos, pero que fue también una copia de un sistema extranjero, el constitucionalismo nacional de Querétaro de 1917; lo mismo con el cambio por la Constitución de 1933 que fue el producto del debate del Congreso Constituyente de 1931 y la Constitución de 1993 que fue producto del debate del Congreso Constituyente del mismo año; tal vez, la única excepción que se presenta al respecto, es la Constitución de 1979 que es el producto de una Asamblea Constituyente convocada en 1978, pero siempre desde la plataforma de la democracia representativa.

Todo ello denota que las Constituciones en nuestro país, han sido el producto de la elaboración individual de algún conecedor, un caudillo, o uno o varios grupos políticos, basados en ideologías extrañas e influenciados por estas, que confían que la dación de un texto constitucional supone la solución para la lesión de los derechos de los ciudadanos peruanos pero que, dada la falta de nota en las necesidades reales de la población, no han sido más que un intento momentáneo frágil ante los cuestionamientos de grupos políticos posteriores con pretensiones de derrocar el texto constitucional vigente para reemplazarlo por uno posterior. Como se puede observar de los actuales movimientos políticos y grupos económicos que ven en el cambio de la Constitución de 1993, una solución para los impases sufridos por la sociedad peruana, sin caer en la cuenta que, de lograr su cometido si contar con un verdadero sentimiento constituyente, esta nueva Constitución sería otra vez el reflejo de las voluntades antojadizas de quienes ejercen el poder coyunturalmente y, por tanto, puede augurársele el mismo destino que sus predecesoras.

III. Propuesta para el desarrollo de teorías y dogmas propios en pro de la tutela efectiva

En toda la mecánica mencionada respecto de la evolución de los textos constitucionales peruanos, pueden identificarse diversos fallos que alejan la norma constitucional del sentir y necesidades reales de la población, que ha fomentado la resolución de los conflictos de interés constitucional, por el órgano de control de la constitucionalidad (Vives Andrade, 2018, p. 980) peruano, con la utilización de teorías o principios importados, pero no con la verificación real de las necesidades de la población peruana; vale decir, una justicia constitucional teórica, puesto que se basa en construcciones teóricas doctrinarias extranjeras y normas inspiradas en estas que, no tendrían nada de malo si es que se las contrastara con la realidad peruana.

Con lo que se secunda las afirmaciones sobre la desgracia del Perú que ha sido «víctima de apetitos incontrolados de poder» y que «requiere ordenar, sin dilación su organización como Estado, la cual es indispensable para que su pueblo

pueda acceder a un destino fecundo y venturoso» (Alva Orlandini, 2018, p. 1077), orden que, no puede surgir de las ideas de nuevos ilustrados solamente, sino de la participación activa de la propia población peruana, a través del ejercicio de una forma eficiente de democracia participativa, pero, principalmente, a través de la comprensión, por parte de los organismos del Gobierno que la Constitución no consiste en el documento escrito que contiene una serie de artículos, sino en las vivencias mismas de la sociedad que deben ser recogidas por un constituyente originario y excepcional, pero sobretodo, por aquellos funcionarios y magistrados legitimados para reconocer y resolver materias constitucionales.

En ese sentido, el constituyente puede ser excepcional, pero también permanente; excepcional en tanto se pretenda fundar un nuevo texto que se desprenda de la reacción de la población peruana en su totalidad, pero permanente en tanto las decisiones políticas fundamentales de los integrantes del Estado y, por tanto, de la población, ejercen, fundan, reconocen, justifican, componen, derechos diariamente; esto expresa el carácter evolutivo de la sociedad, pero obliga también al carácter evolutivo del Derecho Constitucional.

Esto no significa que la democracia se oponga al constitucionalismo, sino que, debe lograrse la manera de equilibrar sus postulados para conseguir que esta Constitución —ahora material— siga siendo el límite del poder político y, a la vez, dicha Constitución sea originada por el ejercicio de un poder político, pero no excepcional, sino permanente, extraído de las vivencias de la población, por las discusiones de un Congreso Constituyente, de una Corte Suprema, de un Tribunal Constitucional, de un Tratado Internacional, o de cualquier otro mecanismo que respete los intereses de la población para el establecimiento de la norma suprema y fundamental.

Tómese en cuenta que, la democracia, a pesar de que no pueda ejercerse más directamente por la totalidad de la población, no puede restringirse a la mera representación, y que el ejercicio constituyente no necesariamente tiene su base en la visión electoral del principio mayoritario, pero tampoco en la decisión, arbitraria o no, de pequeños grupos de poder.

Así, debe mantenerse la idea y debe hacerse una práctica, que las Constituciones democráticas resulten de la «conquista cultural» (Häberle, 2001, p. 2) como el resultado de los procesos culturales que se presentan de manera diferenciada en cada sociedad; al respecto, en nuestro caso hemos de preguntar si, ¿es posible argumentar que las Constituciones peruanas son el resultado de conquistas culturales o de las pretensiones de los políticos peruanos por formar parte de la llamada civilización occidental?; dado que, nuestras Constituciones, incluso la última, pretenden

que la población se haga y acostumbre a las figuras en esta reguladas y olvidan que es dicha población y sus convicciones la que debiera encargarse de constituirla.

Nótese que, una comprensión material del derecho constitucional que no se fija únicamente en los organismos del Gobierno, sino, principalmente el en pueblo como elemento del Estado y en su cultura como su elemento dinámico; posibilitaría la construcción de figuras propias, pero, principalmente, esputaría principios que no le son necesarios a nuestra sociedad por no gozar de legitimidad; por más pretensión universal que estos tengan.

Puesto que las antiguas posiciones liberales, mantienen vigencia en tanto no existan otros mecanismos igualmente eficientes para la limitación en el abuso del poder, en los que se podría incurrir, incluso bajo los postulados del Estado Constitucional; por lo que, la democracia debe también desarrollar nuevos mecanismos para hacerse patente, dado que no basta con preferir lo que quieran las mayorías, pero tampoco puede dejarse a la elección de unos pocos grupos de poder el contenido de los derechos humanos o de los principios fundantes, así como tampoco, de la administración o la jurisdicción.

IV. Conclusiones

Las formulaciones teóricas clásicas de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución, son generales y pasibles de ser aplicadas a los Estados y Constituciones de manera particular; no obstante, no constituyen cláusulas obligatorias, sino lineamientos que bien podrían o no ser aplicados en virtud de la particular organización política y jurídica de cada Estado.

El pueblo no ha dejado de ser el titular del poder soberano en las consideraciones teóricas, empero, no es posible señalar ello cuando se habla del pueblo como poder constituyente en el Perú, puesto que sus constituciones han sido siempre el producto de apetitos privados y, en tanto, no se posibilite la participación de la población en la mecánica constituyente originaria, los derechos de los mismos van a ser dejados en segundo plano por privilegiar los intereses de unos pocos.

Con ello, una manera de tutelar efectivamente los derechos de las personas, se presenta con la modificación de la concepción de Constitución formal, hacia una mirada material de la misma, lo que implica la participación de la población en su construcción sin necesidad de ejercer una actuación política concreta, sino dentro de su propio desenvolvimiento social, a manera de un constituyente permanente que genera decisiones políticas fundamentales aun en situaciones ordinarias; mismas que deben ser anotadas por los organismos y órganos competentes para fijar el contenido de los derechos fundamentales.

V. Lista de referencias

- ALTUVE-FEBRES, F. (2005). La Constitución de 1823. Una ilusión de una República Ilustrada. *Pensamiento Constitucional*, pp. 435-461.
- ALVA ORLANDINI, J. (2018). Una nueva Constitución. Exposición de motivos del proyecto de Constitución de Javier Alva Orlandini. En L. A. Roel Alva, *Política y Derecho Constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini* (pp. 1077-1213). Lima: Adrus D&L editores S.A.C.
- CÁRDENAS GRACIA, J. (2017). *Del Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- M. (2015). *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- GARCÍA JURADO, R. (2013). Maquiavelo y los Médicis. *Polis*, 9 (2), pp. 151-175.
- GUZMÁN NAPURÍ, C. (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- HÄBERLE, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Autónoma de México.
- HOBBS, T. (2017). *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- LOCKE, J. (2005). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes - Prometeo Libros.
- MAQUIAVELO, N. (2012). *El Príncipe*. Madrid: Editorial Edaf, S.L.U.
- MONTESQUIEU. (1906). *El Espíritu de las Leyes*. Madrid: Librería General de Victoria-no Suárez.
- PEREIRA MENAUT, a.-c. (2011). *En defensa de la Constitución*. Lima: Palestra Editores.
- RAMOS NÚÑEZ, C. (2018). *La letra de la Ley. Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.
- ROUSSEAU, j.-j. (2012). *El Contrato Social*. Madrid: Edaf, S.L.U.
- SIEYÈS, e.-j. (2019). *¿Qué es el tercer Estado?* Biblioteca Omegalfa - Filodemos.
- VIVES ANDRADE, j. c. (2018). Una polémica en torno a la defensa de la Constitución. El guardián de la Constitución y las propuestas de Kelsen y Schmitt. En L. A. Roel Alva, *Política y Derecho Constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini* (pp. 977-990). Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.

Estado de excepción y estado de rebelión. Excepción, servidumbre y rebelión desde Agamben, La Boetie y Dussel

State of emergency and state of rebellion. Exception, servitude and rebellion from Agamben, La Boetie and Dussel

GIRÓN MEGO, Frank(*)

La felicidad es la redención del destino, pero si el destino es el de la sociedad históricamente establecida, es decir, el de la opresión legalmente establecida, entonces la redención es un concepto político-materialista: el concepto de revolución.

H. MARCUSE, Epílogo a W. BENJAMIN

SUMARIO: I. Introducción. II. Estado de excepción y colonialidad del poder. III. Servidumbre voluntaria laboetiana y estado de rebelión dusseliano. IV. Estado de Rebelión: la potencia liberadora de la vida desnuda. V. Conclusiones. VI. Lista de referencias.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestrante en la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, México.