

Poder constituyente y lealtad republicana

Constituent power and republican loyalty

SALAZAR SOPLAPUCO, Jorge Luis(*)

I. Introducción. II. Origen histórico del término poder constituyente. III. Concepto de poder constituyente. IV. Características. V. Tipología del poder constituyente. 5.1. El poder constitucional originario fundacional. 5.2. Poder constituyente originario continuo. 5.3. El poder constituyente derivado o constituido. 5.4. El poder constituyente de *facto* o supuesto. 5.5. Poder constituyente y poder constituido. VI. Poder constituyente y Constitución. VII. Poder constituyente en el Perú. VIII. Momento constituyente y decisionismo. IX. Poder constituyente y lealtad republicana. X. Conclusiones. XI. Referencias

Resumen: En el Perú se viene debatiendo el tema de reforma o cambio constitucional, situación que no es ajena a lo que ocurre en otros países latinoamericanos. En el presente artículo se investiga y reflexiona en torno a la teoría del poder constituyente, doctrina que fundamenta el poder soberano de los pueblos para conformar un Estado y establecer una constitución. Asimismo, se reflexiona sobre la lealtad republicana en el contexto de una futura discusión sobre la viabilidad de convocarse a una constituyente para aprobar una nueva constitución.

Palabras clave: poder constituyente, soberanía popular, constitución, lealtad republicana

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Master en Derecho Público por la Universidad de Bruselas, Bélgica. Doctor en Derecho por la UPAO. Estudios doctorales en la Universidad Carlos III Madrid, España. Exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Universidad Nacional de Cajamarca. Miembro asociado de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC. Correo electrónico: jsalazars@unc.edu.pe

Abstract: *In Peru, the issue of constitutional reform or change has been debated, a situation that is not alien to what happens in other Latin American countries. This article investigates and reflects on the theory of constituent power, a doctrine that bases the sovereign power of peoples to form a State and give itself a constitution. It adds a reflection on Republican loyalty in the context of a future discussion on the feasibility of convening a constituent assembly to discuss and approve a new constitution.*

Keywords: *constituent power; popular sovereignty; constitution; republican loyalty.*

I. Introducción

El Perú padece una grave crisis política hace más de una década. La constante pugna entre los poderes constituidos (el congreso y el poder ejecutivo) y la manipulación de los órganos judiciales, electorales y administrativos son utilizados, muchas veces, en esta contienda para satisfacer los intereses de uno y otro bando. Por ello, la constante intervención de los *lobbies* privados en las decisiones políticas del Gobierno genera insatisfacción del sistema democrático.

De igual modo, la precariedad de las estructuras políticas y administrativas del Estado han conllevado a una generalizada situación de corrupción y deterioro de la legalidad en la inversión pública, de manera que la mayoría de las jefaturas de las élites políticas están procesadas por graves delitos. La evidencia de ello es que cinco expresidentes de la república (Fujimori, Toledo, García, Humala y PPK) y cientos de altos funcionarios del Estado (excongresistas, exalcaldes, exmagistrados, exministros, exgobernadores, etc.) están acusados y procesados por una serie de delitos contra la administración pública.

Dicha crisis ha suscitado una creciente decepción del sistema político y de los órganos resolutores del Estado por parte de la población, lo cual originó un alto grado de conflictividad social que, periódicamente, amenaza la gobernabilidad y las inversiones pública y privada. Asimismo, se cuestiona la viabilidad que tiene nuestro país como Estado moderno, democrático y constitucional.

El último proceso electoral de abril de 2021, para elegir al presidente de la república, periodo 2021-2026, tuvo como ganador a un partido (Perú libre) ubicado fuera del *establishment* político tradicional. Esta organización recogió las aspiraciones de cambio que la población peruana viene exigiendo al régimen político, económico y social. Dicha exigencia se agudizó por los efectos desastrosos para la convivencia humana que ha tenido la pandemia por el coronavirus en el Perú. Precisamente, esta fuerza política contestataria e imprevisible en sus planteamientos lanzó como propuesta electoral la convocatoria de una asamblea constituyente para cambiar la Constitución del Perú.

Ha transcurrido un año desde ese planteamiento. Al respecto, el poder ejecutivo envió una propuesta de modificación constitucional que permitiese la convocatoria de una asamblea constituyente; sin embargo, esta al final fue archivada “definitivamente” por la Comisión de Constitución del Congreso —amen a los graves errores que el gobierno cometió en su elaboración: plagio en sus fundamentos, nula coordinación o búsqueda de consenso con las fuerzas políticas, entre otros—. Además, dicho planteamiento de la asamblea constituyente no originó una reflexión seria o un diálogo nacional sobre su viabilidad. Respecto a lo anterior, considero que desde la academia se pueda generar el debate, la reflexión democrática y tolerante. En ese sentido, es para los universitarios un deber sentar las bases para tal fin.

El asunto de la asamblea constituyente para aprobar una nueva constitución es un tema complejo, pues su contenido y su argumentación abordan asuntos históricos, matices y enfoques de filosofía e ideología política, de derecho constitucional y, en muchos casos, de ficción jurídica para explicar fenómenos sociales con efectos normativos (Luna, 2004).

Precisamente, el objetivo de este artículo gira en torno a la aportación al conocimiento y a la discusión jurídico-constitucional del tema planteado: elaborar una constituyente para una nueva constitución. La primera, la segunda, la tercera y la cuarta parte de este artículo abordan el contexto histórico del surgimiento del término «poder constituyente», su conceptualización, características y tipología. Desde la quinta parte a la novena, se aborda la relación del poder constituyente y la constitución; asimismo, las razones por las que se debe aperturar el debate en torno al tema, resguardando la lealtad republicana. Finalmente, se exponen las conclusiones y la lista de referencias.

II. Origen histórico del término poder constituyente

La ciencia política y el derecho constitucional en especial, como ocurre en las diversas áreas del derecho, han creado una terminología o lenguaje especial: palabras, frases y términos para reflejar ciertas teorías, enfoques y conceptos que permitan explicar la realidad social, política y jurídica. Técnicamente, alguien puede considerar estos términos lingüísticos como ficciones o como palabras que no existen en su expresión práctica o concreta. Sin embargo, muchos de esos términos o palabras creadas por los estudiosos ayudan a explicar situaciones históricas reales y permiten justificar, teóricamente, las soluciones brindadas frente a los hechos que marcaron el desarrollo y el progreso de la humanidad. Entre la variedad de términos creados para tal propósito se tienen las palabras:

Estado, soberanía popular, nación, poder constituyente, constitución, ciudadanía, derechos humanos, entre otros.

Particularmente, el término «poder constituyente» nace en un momento histórico muy importante para los continentes europeo y americano. En Europa, el término surge en medio de las revoluciones burguesas y populares masivas que sacudieron los ahora considerados territorios de Francia, Alemania, Austria, Italia, Inglaterra y España, entre los años 1600 y 1800. Asimismo, sus manifestaciones más impactantes para la humanidad se llevaron a cabo en la Revolución Inglesa de 1688 y en la Revolución Francesa de 1789. Mientras que en el continente americano, en Estados Unidos específicamente, el poder constituyente surge con las autoconvocadas «asambleas populares» (*town meeting*), donde los colonos angloamericanos discutían y aprobaban las declaraciones de independencia de Inglaterra y el catálogo de los derechos que poseían antes de dar nacimiento a los Estados Unidos de América: los llamados derechos naturales del hombre americano; la Declaración de Derechos de Virginia, de junio de 1776, fue un ejemplo de ello (Salazar, s.f).

Por un lado, los constantes levantamientos populares como la toma de los burgos, las revoluciones campesinas, los procesos de independencia y las revoluciones burguesas que llegaron a destruir las monarquías feudales reinantes en Europa y, por otro lado, la declaración de independencia y la creación de los Estados Unidos requerían de una teoría que explicara los fenómenos revolucionarios, asimismo, de una teoría que justifique por qué se movilizaba el pueblo y cuál era la finalidad de los alzamientos, de la toma de los castillos, de las asambleas populares; es decir, la finalidad del llamado “tránsito a la modernidad” (Peces Barba *et al.*, 1998). Dicho lo anterior, se requería, entonces, de una teoría que justifique el nuevo poder político y económico de la burguesía y sus aliados, de toda una nueva propuesta sobre el nuevo poder político y económico que se estaba alzando y derrotando al poder feudal, monárquico y religioso de los siglos XVII y XVIII, y que estaba dando origen al Estado moderno.

En ese contexto revolucionario, Rousseau (1872) planteó el contrato social como teoría para explicar que el pacto —el acuerdo o voluntad general entre gobernados y gobernantes— era la fuente que legitima la gobernanza, es decir, el poder político en una sociedad. A esta teoría se agrega la «nación» como un nuevo concepto que reúne al pueblo en todos sus estamentos (Enmanuel Sieyès, creador del término «poder constituyente»), a todos los sectores que podían expresar su voluntad de pactar y llegar a acuerdos políticos estatales. A este concepto se le suma el de «soberanía del pueblo o de la nación», palabra que surgió —así como la mayoría de dichos conceptos— de la doctrina secular cristiana

(Schmitt, 2021). El «soberano» o el «poderoso» —según la doctrina eclesiástica— era dios a través de sus representantes (el papa, los obispos, los reyes); pero ahora no, puesto que el «poderoso» es el que tiene la máxima disposición de decidir sobre su futuro político, dictando las reglas de la organización político-social llamada Estado; en otras palabras, el soberano es el pueblo. Entonces, la soberanía popular es el máximo poder que tiene el pueblo considerado como nación. De la conjunción de ambas teorías, surge el término soberanía popular.

Si el pueblo o nación tiene soberanía, este —el pueblo—, en ejercicio de su soberanía, designa —elije— a sus representantes para que en nombre de esta soberanía popular decida qué tipo de Estado, gobierno y sociedad se organiza. Entonces, el pacto social o el acuerdo político se cimenta en la soberanía popular, reflejada en la voluntad de sus representantes.

Asimismo, resulta que el poder constituyente nace de la soberanía popular, que —como su nombre lo dice— es la facultad única y exclusiva del pueblo, el cual le permite conformar y constituir una sociedad política: un Estado. Para tal efecto, se aprueba una constitución que estipula la forma y contenido del nuevo Estado que está surgiendo.

Entonces, nace la teoría del poder constituyente como un término histórico, cuya fuente no es el derecho positivo ni mucho menos el derecho constitucional. Dicha teoría nace y se consolida como aporte de la filosofía política del siglo XVIII y XIX para explicar, justificar y legitimar el surgimiento de los Estados modernos sobre la base de una norma jurídica fundante llamada «Constitución».

III. Concepto de poder constituyente

La palabra «constituyente» proviene del latín *constitutore* y del francés *constituant* que quiere decir “formar una cosa”, es decir, el que organiza o el que constituye. Entonces, cuando nos referimos al poder constituyente, nos estamos refiriendo al poder que conforma, que organiza y que constituye a un Estado.

En otras palabras, es la capacidad de autodeterminación que tiene un pueblo que, ejerciendo su soberanía, se instituye como Estado, creando un ordenamiento jurídico que lo regulará estableciendo un sistema de gobierno, los derechos fundamentales y su estructura administrativa de gobierno, y lo que considera lo más importante.

El poder constituyente es una construcción teórica que proviene de la filosofía política iniciada por Emmanuel Sieyès en el contexto de la Revolución francesa (1789). Este personaje agrega otro contenido a su definición a partir de su

experiencia como asambleísta del Tercer Estado, con la aprobación de un nuevo ordenamiento jurídico que refunda el Estado, al cual denomina Constitución. Dicha tesis es decisiva para comprender que toda Constitución legítima proviene de un poder constituyente legítimo basado en el ejercicio de la voluntad general.

A partir de esta experiencia doctrinaria e histórica, la frase «poder constituyente» designa no solo a la creación o a la fundación del Estado, sino que esta creación supone la aprobación de una constitución como norma fundamental del Estado, y que expresa, a su vez, la voluntad popular. De ahí que, en la actualidad, no sin generar confusión, la doctrina constitucional refiere que el resultado del ejercicio del poder constituyente es la aprobación de una constitución; argumento que luego es utilizado para legitimar el Estado constitucional de derecho, como aquella formación política estatal cuyo pilar normativo es la constitución que, a su vez, es resultado del ejercicio soberano del pueblo, en su función constituyente.

IV. Características

Gran parte de la doctrina constitucional coincide en que las características del poder constituyente son las siguientes: (i) es un poder único; (ii) extraordinario y (iii) ilimitado. Esta tesis, recogida por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N.º 0014-2002-AI/TC, FJ 40, señala que el poder constituyente se caracteriza por tres aspectos:

1. **Poder único.** Ninguna otra forma de organización o poder puede ejercer la función que este desempeña. En consecuencia, es un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en ejercicio de sus atribuciones.
2. **Poder extraordinario.** Las funciones que el poder constituyente ejerce no son permanentes, sino excepcionales, puesto que tan solo se presenta en momentos o circunstancias históricas muy específicas.
3. **Poder ilimitado.** Se asumen todas las facultades, sin que tenga restricciones para elaborar la constitución, salvo las valoraciones sociales dominantes.

Sin embargo, considero que estas características moldeadas por el TC son meramente formales o discursivas; pues, en las actuales relaciones jurídicas internas y externas, ningún poder —aun el constituyente— es ilimitado.

Justamente una de las limitaciones son aquellas valoraciones sociales e históricas dominantes en la sociedad y que han dado forma a cierta identidad en la organización política, moldeado al Estado y al ejercicio del poder. Se trata

de valoraciones políticas y sociales que sirven de justificación para que el poder constituyente sea convocado y justificado; es decir, la soberanía popular que se expresa en la democracia.

Un poder constituyente que se instaure para organizar un Estado autoritario o teocrático rompería con la valoración histórica de la identidad democrática del Estado. Asimismo, un poder constituyente que organice un Estado que desintegre el modelo republicano de gobierno —el cual rompe la división de poderes, los derechos fundamentales, etc.—estaría violentando contenidos materiales de la identidad política, social e histórica fundacional del Estado.

Asimismo, no es concebible un dominio ilimitado del poder constituyente en un contexto del mundo globalizado, en donde el derecho internacional en auge ha fortalecido la comunidad internacional y el impacto de los tratados en el área de los derechos humanos y en el orden jurídico interno ha originado el desarrollo de un orden jurídico internacional más justo. Un poder constituyente que organice un Estado y dicte una constitución que desconozca los acuerdos y los pactos internacionales que el Estado fenecido ha suscrito y ratificado transgrediría el orden internacional haciendo que el Estado que resultase de aquel poder constituyente sea inviable.

Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del cual el Perú es parte, prescribe en su art. 27 que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Sería inconcebible, entonces, que una constitución que resulte del poder constituyente desconozca los tratados limítrofes con los demás Estados, y que desconozca los tratados de derechos humanos o las obligaciones que ha asumido en el ámbito internacional (Sagúes, 2007).

En cuanto a la justicia transnacional de los derechos humanos y la Corte Internacional de La Haya, también han establecido obligaciones inquebrantables en sendas sentencias, donde, por ejemplo, el Perú ha sido parte litigante.

Por ello, considero que, si bien es la expresión soberana del pueblo de autodeterminarse, el poder constituyente no es absoluto ni ilimitado.

V. Tipología del poder constituyente

El desarrollo histórico de las sociedades en el ámbito global ha tenido diversas manifestaciones al configurar su organización política, proceso de desarrollo que tuvo su coronación con la organización y constitución del Estado como expresión más completa de la organización del poder político. Sin embargo,

este proceso se ha manifestado en las regiones del mundo en forma distinta; por ejemplo, en Europa ha tenido un desenlace constante en la formación de los Estados a partir del desarrollo de las tribus, ciudades estado, reinos, principados, imperios y, finalmente, repúblicas y monarquías constitucionales, no sin considerar las revoluciones y guerras internas que conllevó a este proceso, y que dieron lugar al Estado francés, inglés, alemán, entre otros.

En el continente americano, el proceso de generación del Estado tuvo como contexto las revoluciones internas con la finalidad de romper el dominio colonial y constituirse como Estados independientes. Así lo hizo Estados Unidos, y todos los Estados de Centro y América del Sur.

Ha sido necesario señalar ese contexto para poder ubicar la tipología del poder constituyente como expresión de la voluntad popular para constituir el Estado y su ordenamiento fundamental, la constitución. En ese sentido, se reconocen hasta 3 modalidades de poder constituyente.

5.1. El poder constitucional originario fundacional

Se refiere “a la fuerza social que es capaz de cohesionar y dominar en una colectividad, dando lugar al nacimiento de un Estado allí donde no ha existido éste [sic]. Es decir, nos estamos refiriendo al origen histórico del Estado” (Orbegoso, 1995, pp. 250-251).

En ese sentido, el poder constituyente originario fundacional que da lugar a un Estado es un proceso histórico. Lo podemos explicar en el surgimiento y consolidación de los Estados europeos, como el proceso del surgimiento de tribus, hordas, imperios, reinados y principados, Estado absoluto, Estado de derecho y, finalmente, Estado constitucional del derecho, dando lugar a repúblicas o monarquías constitucionales; proceso donde, existiendo un Estado, la soberanía popular establece una constitución, adoptando generalmente una determinada forma de gobierno, derechos, deberes y la separación de funciones.

En cambio, en el continente americano, el proceso constituyente fundacional de los Estados fue interrumpido por la invasión española y portuguesa en el sur del continente e inglesa y francesa en el centro y norte; proceso que fue reanudado con las guerras anticoloniales y que dan origen a los Estados independientes, tales como Estados Unidos, Venezuela, Perú, Argentina, Chile, entre otros. Dichos procesos constituyentes, a su vez, dan origen a la Constitución como norma jurídica fundamental. En el caso peruano, el poder constituyente originario fundacional se concretiza, después de un largo proceso de conflicto social y militar, en el Congreso Constituyente y Constitución de 1822 y de 1828.

La historia ha evidenciado ciertas excepciones a la creación histórica de los Estados como proceso histórico. Por ejemplo, la creación del Estado del Vaticano por un tratado llamado Pactos de Letrán en 1929. La decisión de la ONU (1947) de crear Israel fue un acto de un organismo internacional de generar un nuevo Estado, reconociendo a su gobierno, territorio y leyes. La creación de Yugoslavia, como federación de Estados y su posterior disolución. Lo mismo se podría afirmar de la ex poderosa Unión Soviética y su posterior disolución (1989-1991) dando origen a quince Estados independientes (Rusia, Azerbaiyán, Ucrania, Bielorrusia, Lituania, Letonia, Estonia, Armenia, Moldavia, Georgia, Kirguistán, Turkmenistán). El poder constituyente fundacional también está relacionado con los procesos de secesión y de conformación de federación de estados.

5.2. Poder constituyente originario continuo

El poder constituyente fundacional no se agota al momento de crear por primera vez al Estado y al darse su primera constitución. Este poder soberano se mantiene latente para siempre, es innato al pueblo soberano originario y se manifiesta cuando el pueblo, en ejercicio de su poder constituyente, le otorga a un órgano —llámese asamblea o congreso—, la función de redactar una nueva Constitución o modificarla sustancialmente.

Existen, en la doctrina, posturas controversiales que plantean que este poder constituyente originario continuo se encuentra ya regulado en la propia Constitución, y se ejercita a través del congreso pues así la propia norma fundamental lo ha establecido. Este sector de la doctrina, sobre todo europea, sostiene que el poder constituyente puede quedar subsumido en la constitución. Ello, en nuestra opinión, supondría la absoluta equiparación entre poder constituyente y poder de revisión que es ejercido por un poder constituido, que es limitado, subsumición que equivaldría a privar al pueblo del ejercicio de su soberanía, y supondría, al mismo tiempo, que indebidamente, por vía constitucional, se consagre el poder ilimitado de los congresistas, lo que supondría una abierta transgresión al principio democrático de la soberanía popular (Peralta, 2007).

5.3. El poder constituyente derivado o constituido

Llamado poder de revisión de la Constitución, se traduce en la competencia reformadora que ostenta el poder constituido que, en la mayoría de constituciones, lo ejerce el congreso o la asamblea nacional. El poder constituyente derivado suele estar limitado bajo los procedimientos que la propia constitución establece para que su contenido se pueda reformar.

Por ejemplo, en el caso peruano, la Constitución vigente establece en su artículo 206 que toda reforma de la misma requiere la mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ser ratificada mediante *referendum*. Este requisito se puede omitir cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaciones sucesivas; en cada caso con el voto afirmativo de las dos terceras partes del número legal, al menos 87 congresistas. Asimismo, el artículo 33 establece que se puede someter a *referendum* la reforma total o parcial de la constitución.

5.4. El poder constituyente de facto o supuesto

Si el poder constituyente es la manifestación de la soberanía popular para crear el Estado y su ordenamiento jurídico fundamental (la Constitución), hay Estados que ostentaron constituciones que no fueron resultado de un poder constituyente, sino de una imposición o de un poder exterior al propio Estado que se ha constituido, lo que Sagúes (2007) denomina “poder constituyente externo” (p. 65). Como evidencias de esta situación, se puede citar a la Constitución de Canadá del año 1867, de Australia de 1901, de Sudáfrica de 1909 —aprobadas todas ellas por el parlamento británico— y la segunda Constitución de Japón de 1947 (impuesta por los Estados Unidos al derrotar militarmente al imperio japonés).

En el caso peruano, los ejemplos de este supuesto poder constituyente se ven reflejados en la mayoría de constituciones aprobadas a lo largo de nuestra historia, como el Estado independiente. Incluso la propia Constitución de 1993 fue severamente cuestionada, pues fue resultado de un congreso constituyente y de un *referendum* poco transparente en la aprobación y promulgación de la norma fundamental (Ponce, 2020), y que posteriormente el propio Tribunal Constitucional (poder constituido) paradójicamente le otorgó legitimidad. Ver Sentencia recaída en el Exp. N.º 0014-2003-AI/TC.

5.5. Poder constituyente y poder constituido

Si el poder constituyente aprueba la Constitución formalizando la creación del Estado con su estructura política administrativa, los derechos y los deberes de los ciudadanos, otorgándoles a ellos ciertos poderes y funciones, entonces a estos órganos que ejercitan el poder político inmediato (gobierno y congreso) y potestades (tribunales) otorgados por la propia constitución, se les denomina «poderes constituidos» y están subordinados a lo que la Constitución, por mandato soberano, les ha establecido.

VI. Poder constituyente y Constitución

Cuando Sieyès (1789) difunde su teoría del poder constituyente, en su libro *¿Qué es el Tercer Estado?*, es congruente al afirmar que la función constituyente del pueblo soberano se concretiza con la aprobación de una Constitución, esta es la “normación” que el pueblo se da a sí mismo. Textualmente afirma:

El acto constituyente es un hecho que realiza el pueblo; el poder constituyente es aptitud y cualidad de la función perteneciente al pueblo; la Constitución es una normación institucional que se da el pueblo así mismo. El acto constituyente es voluntad política; poder constituyente es la función que corresponde al titular de esa voluntad; la Constitución es la voluntad jurídica en la que esa voluntad jurídica se convierte al adquirir el carácter normativo. Estos tres elementos o aspectos son imprescindibles. No es admisible la falta de ausencia de alguno de ellos en la formación del Estado de Derecho tal como hoy lo concebimos. (p. 87)

En una de sus peticiones redactadas en su libro y que fue pólvora para la revolución que se avecinaba, dice:

Que los Estados Generales voten, no por órdenes, sino por cabeza (...) Ruego que se fije la atención en la diferencia enorme que hay entre la asamblea del Tercer Estado y la de los otros ordenes (la nobleza y el clero). La primera representa a veinticinco millones de hombres y delibera sobre el interés de la nación. Las otras dos, aun cuando se reunieran, no tienen poderes sino de unos doscientos mil individuos y no piensan sino en sus privilegios. (p. 81)

Con estas palabras, Sieyès (1789) coronaba la concepción de la filosofía política democrática de sostener que el pueblo soberano, quien ejerciendo su voluntad o poder constituyente, se da a sí mismo una constitución. A partir de esta formulación, el poder constituyente otorga legitimidad a una constitución, pero no a cualquier constitución, sino solo aquella que es resultado de la voluntad soberana del pueblo, de manera que ejerce su poder constituyente.

Por tanto, la Constitución queda ligada al poder constituyente que origina que el Estado tenga como fuente de su organización, estructuración, la voluntad general de la población, del pueblo —como diría Sieyès— quien vota y elige por cabeza, por ciudadano, a un sistema político: la democracia. En esa concepción, la constitución resulta de un proceso democrático, por el cual se expresa el poder constituyente del pueblo soberano.

VII. Poder constituyente en el Perú

La tipología del poder constituyente, que la doctrina ha identificado, se ha manifestado en el Perú como parte del largo y sinuoso proceso de construcción del Estado.

El poder constituyente originario fundacional, aquella capacidad y voluntad que el pueblo tiene para conformar un Estado con su propio ordenamiento jurídico, a lo que unos llaman soberanía y que no es otra cosa que el poder de autodeterminación del pueblo, se va construyendo a través de un proceso histórico, donde el pueblo forma sus vanguardias, sus líderes. Estos últimos asumen posturas, liderazgos y propuestas que van gestando una conciencia colectiva sobre la posibilidad y la factibilidad de construirse con una sociedad política soberana, como Estado o, en todo caso, Estado independiente.

Este proceso, de poder constituyente, se gesta en el Perú a través de los procesos revolucionarios independentistas de acumulación de fuerzas. En su inicio, es liderado por la rebelión de Santos Atahualpa (1742), la revolución de Tupac Amaru (1780), de Tupac Katari (1781), de Francisco de Zela (1811), de los Hermanos Pumacahua (1815), de Juana Azurduy (1815-20) en el Alto Perú, y se corona con la declaración formal de independencia en 1821 y las victorias militares de Junín y Ayacucho (1824), y cuyo resultado fueron las Constituciones de 1822, Bases de la Constitución, y la 1828, “la madre de todas nuestras Constituciones” (Villarán, citado por García, 2016, p. 27). En este proceso fundacional del Estado peruano, dos enfoques o modelos político-estatales se presentan y entran en pugna: el modelo republicano de Estado y el modelo monárquico constitucional; el primero fue sostenido por Simón Bolívar y el segundo, por José de San Martín. Esto es muy importante para contextualizar lo que venimos hablando sobre la lealtad republicana, el planteamiento central que cimenta el modelo constitucional histórico del Perú; es decir, el republicanismo, sus límites y posibilidades, a pesar del pesimismo que originó el caos y la anarquía en la gobernabilidad del Perú en sus inicios, tal como denuncia el constitucionalista Pareja Paz-Soldán en su *Semblanzas de la República Peruana* (1963).

Este poder constituyente originario se ha manifestado de forma permanente (poder constituyente continuo) en diversos momentos históricos donde se han convocado y realizado sendas asambleas y congresos constituyentes, los cuales han traído como resultado diversas constituciones.

De igual modo, el poder constituyente derivado se viene manifestando con las diversas modificaciones y reformas constitucionales que ha tenido esta Constitución vigente (1993), y que, conforme a las reglas y procedimientos estableci-

dos en el artículo 206 de la misma, se han realizado. Sin embargo, es inadmisibles para la teoría del poder constituyente —como expresión soberana del pueblo peruano— que el Congreso actual pretenda cambiar sustancialmente el orden constitucional proponiendo modificar más de 60 artículos de la Constitución, tratando de modificar la estructura del congreso, limitar los poderes del presidente de la república, de los órganos autónomos electorales (Jurado Nacional de Elecciones, ONPE) de la Contraloría General de la República, entre otros. Esto supone un desconocimiento del principio democrático de la soberanía popular y una abierta usurpación de las facultades constituyentes del pueblo peruano.

No obstante, en la historia constitucional peruana también se han manifestado poderes constituyentes ilegítimos, *de facto*, impuestos por la fuerza arbitraria de las armas y la exclusión de las grandes mayorías. En una apreciación dura, pero podemos afirmar que la mayoría de constituciones peruanas han sido resultado de estos poderes *de facto*; de ahí que estas cartas han tenido poca trascendencia y permanencia en el tiempo, pues carecían de legitimidad y se imponían sin respetar la voluntad y la decisión popular. Esta ilegitimidad podría explicar el gran número de constituciones con que cuenta la historia política peruana.

VIII. Momento constituyente y decisionismo

En la teoría política, se plantea la siguiente discusión: si bien el poder constituyente reside en el pueblo y es permanente, entonces la pregunta inmediata es cuándo, en qué circunstancia este poder se expresa y, por tanto, se debería convocar a una asamblea constituyente para que elabore y apruebe una nueva constitución.

Nosotros consideramos que el momento constituyente se manifiesta cuando no existe otra posibilidad social, política e incluso militar, para asegurar la gobernanza y la viabilidad del Estado, que convocar a una asamblea/convencción constituyente para que el pueblo, a través de sus representantes, exprese su voluntad constituyente, elaborando y aprobando una nueva constitución.

Esta primera postura, que comparto, entiende que el momento constituyente expresa una coyuntura política-social, donde “los de arriba no puede gobernar y los de abajo no aceptan sus directrices”. Esta coyuntura es el resultado de una amplia y democrática acumulación de movimientos cívicos, sociales y políticos, en donde la fuerza social exige una nueva constitución; es decir, como resultado de un proceso de acumulación de fuerzas sociales, fuera, incluso, del ordenamiento jurídico vigente, pues es el que está siendo severamente cuestionado.

En cambio, otros afirman que el momento constituyente se expresa en una decisión política de los que ejercen el poder, quienes, autoproclamándose soberanos, convocan a una asamblea constituyente, utilizando incluso los propios procedimientos constitucionales que están previstos, o sus propias directrices. La paradoja es que el poder constituyente se convoca empleando el procedimiento del poder constituido, incluso de los propios factores de poder dominantes. Este decisionismo invoca la tesis de Shmitt (2004) para justificar que incluso cualquier gobernante, si le favorece la correlación política de fuerzas, puede convocar a una nueva constitución sin considerar la voluntad popular. Asimismo, hay evidencia histórica que prueba que varias constituciones surgen por la decisión o voluntad política de quien ejerce en aquella coyuntura el poder político, sean estos gobernantes cuyos cargos hayan sido asumidos por elecciones o golpes de estado.

IX. Poder constituyente y lealtad republicana

En la ciencia política, así como en la teoría del derecho constitucional, se utiliza un término esencial para comprender la postura sobre el proceso constituyente. Este concepto es muy pertinente en esa coyuntura político-constitucional que se ha abierto en el Perú.

Cabe mencionar que la lealtad, aquel sentimiento de respeto y apego a los principios, a los compromisos establecidos con alguien, se puede establecer y manifestar en la esfera de las relaciones privadas y públicas de las personas. Somos leales a nuestra esposa o esposo, a nuestros hijos, a la familia, a nuestros amigos, leales con los compromisos y principios que con ellos hemos establecido. Somos leales a nuestra sociedad, a nuestro país o patria que nos ha visto nacer, crecer y con el cual hemos asumido compromisos mutuos, de pertenencia (nacionalidad), de protección y defensa (derechos, deberes y garantías).

Pues bien, la lealtad republicana se refiere a este respeto y apego que, como ciudadanos peruanos, hemos asumido con relación a la sociedad política que hemos construido a lo largo de los 200 años de independencia, compromiso que nos proyecta a construirlo como un Estado moderno, constitucional y democrático. En ese sentido, la lealtad es “percibida como lealtad a la comunidad política de la que formamos parte, es decir, aquella adhesión afectiva, emotiva, prudencial o racional al grupo al que se pertenece, y que acarrea solidaridad y correspondencia” (Anchustegui, 2013, p. 168).

La lealtad republicana que supone el cumplimiento de nuestro deber de defensa de la naturaleza originaria de nuestra comunidad cívica es la república, donde todos podemos asumir la responsabilidad de compartir y ejercer cargos

públicos. República en donde la libertad y la democracia son la forma de nuestra propia existencia como ciudadanos, de manera que participamos, sin sujeción, en los asuntos públicos reconociendo la postura de la mayoría y respetando a la minoría; consagrada con división de poderes, con la garantía del ejercicio de los deberes y en donde los derechos fundamentales encuentran en esta división de la función del poder, formas de control y autocontrol; nacida en la diversidad y en el encuentro plural de las diversas nacionalidades culturas y cosmovisiones pilares de un pasado milenario; que asume el compromiso de la batalla permanente por construir ciudadanos virtuosos, patriotas preocupados por la realización del bien común, incluso como parte de su satisfacción material de sus intereses, y que, comprometida con las satisfacciones de los derechos sociales y la utilización correcta de los bienes y presupuestos públicos, desecha la corrupción y la mala práctica gubernamental.

Entonces, cuando hablamos de lealtad republicana nos referimos al sentimiento de apego, respeto y compromiso con aquellos postulados que hemos mencionado y que hemos asumido en el acto fundacional del Estado peruano. Dicho de otra manera, la lealtad republicana supone la defensa y compromiso con el modelo republicano que hemos asumido históricamente y para el futuro con el Perú, nuestra patria, nuestra sociedad política.

De ahí que, la discusión política nacional sobre una nueva constitución para el Perú pasa necesariamente sobre la viabilidad material (social) de una convocatoria para que el pueblo, en uso de su soberanía, ejercita su poder constituyente. Sin embargo, esta posibilidad material debe acompañarse del compromiso de los convocantes y los participantes de este proceso, de reforzar y promover la idea de defender; en ese tránsito, la lealtad republicana, en el caso del Perú, es una lealtad histórica surgida en el propio proceso fundacional del Perú, como país independiente.

Por tanto, el modelo constitucional que se planté en esta futura constituyente debe guardar congruencia con esta lealtad republicana; es decir, una constitución que refuerce la democracia como sistema de gobierno, la división de poderes, el respeto y garantía de los derechos constitucionales, incluyendo los derechos de la naturaleza, el equilibrio y control de poderes; además, la transparencia en la información y la debida regulación de la economía protegiendo el interés social.

La lealtad supone exponer argumentos por tales compromisos, así como, históricamente, ha supuesto la defensa material de aquellos compromisos. Una constitución nueva, como diría el Tribunal Constitucional, es algo distinta, pero toma en cuenta sus antecedentes (Exp. N.º 0014.2002-AI/TC).

X. Conclusiones

Entonces, la reflexión sobre el poder constituyente para una nueva constitución que respete nuestra lealtad republicana supondría:

- Conocer y comprender la teoría del poder constituyente, pues es básico para explicar la conformación de los Estados modernos y su regulación jurídica fundamental y su Constitución.
- Las fuentes históricas de la teoría del poder constituyente lo podemos situar en el proceso de creación de los Estados americanos y en la Revolución Francesa del S. XIX.
- La tipología del poder constituyente se encuentra en el concepto de poder constituyente originario fundacional, poder constituyente originado permanente y poder constituyente derivado.
- La lealtad republicana, al ser un sentimiento de empatía con la patria, se sustenta en la afirmación de las fuentes históricas de creación del Estado peruano y la aprobación de sus constituciones originarias.
- La lealtad republicana supone que, ante la posibilidad material de una nueva constitución, se afirme la identidad republicana del surgimiento del Perú como Estado independiente, la división de poderes, el catálogo de los derechos humanos, el reconocimiento que somos un Estado pluricultural y el rol social del Estado.
- La lealtad republicana supone la defensa de un Estado multicultural, como reconocimiento a la base material social, la existencia de diversidad cultural y de cosmovisiones y su participación en la construcción del Estado constitucional.
- La lealtad republicana supone el fortalecimiento de los derechos políticos de participación, de fiscalización por parte de los ciudadanos del uso y consumo de los recursos públicos.

XI. Referencias

- Anchustegui, E. (2013). *El Tiempo de la filosofía política*. Grijley.
- Arismendi, A. y Caballero, J. (2003). *El Derecho Público a comienzo del Siglo XXI* (t.1). Editorial Civitas.
- Bidar, G. (2000). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. (t.1). Ediar.

- Carbonell, M. (2012). *En los orígenes del Estado Constitucional: la Declaración Francesa de 1789*. Editorial UIGV.
- Biscaretti, P. (1984). *Derecho Constitucional*. Tecnos.
- García, D. (2016). *Las Constituciones del Perú*. JNE.
- Gonzales, M. (2013). *Derecho Constitucional General*. Editorial Universitaria.
- Luna, A. (2004). *Las ficciones del Derecho. En el discurso de los juristas y en el Sistema del ordenamiento*. Academia de la Jurisprudencia.
- Orbegoso, S. (1995). *Historia y Constitución: Temas Polémicos*. Ediciones Vallejanas.
- Orestes, H. (2001). *Carl Schmitt, Teólogo de la Política*. Fondo de Cultura Económica.
- Masias, F. (2019). *Breve Nociones de la Ciencias Constitucional*. CEC TC
- Naranjo, V. (2003). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Themis.
- Pareja, J. (1963). *Derecho Constitucional Peruano*. Ediciones del Sol.
- Peralta, R. (2007). Sobre el Poder Constituyente y la rigidez constitucional. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 377-400. Fondo Editorial PUCP.
- Ponce, G. (2020). *La Constitución Antidemocrática*. Zela.
- Sagues, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Sieyès, E.-J. (1789). *¿Qué es el Tercer Estado?*. Clásicos de Historia N.º 183.