

MÁS (ALLÁ) DE LA CONSTITUCIÓN

Raúl Chanamé Orbe

*Doctor en Derecho y Profesor Principal de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

*«Las Constituciones no son un punto de partida ni un punto de
llegada, sino, solamente, un punto intermedio en el desarrollo de
un sistema político»*

Ivo Duchacek

No nos engañemos: la Constitución no es la causa de todos nuestros problemas ni tampoco es la solución mágica a la suma de nuestros males. Ella es, por sobre todo, un instrumento jurídico que busca establecer un pacto duradero entre los diferentes actores políticos. Su legitimidad no descansa únicamente en su texto; sino en la eficacia, de los sujetos públicos, para hacer que el acuerdo se traduzca en derechos ciudadanos y gobernabilidad permanente.

Cabe preguntarse si actualmente vivimos una simple controversia de restauración constitucional, o un momento de crisis del conjunto de nuestro marco institucional, que

por derivación arrastra a la Carta Magna¹. El ejercicio más simple es achacarle toda la responsabilidad al texto vigente. Ergo, la Carta del 79 era menos mala que el documento del 93.

El problema, según algunos doctos, está en la redacción no en la realidad. El estilo en un caso fue virtuoso y en el otro la autógrafa fue defectuosa. No había que mejorar la realidad o la actividad política, sino perfeccionar el verbo y la sintaxis. Un vademécum de derechos podía modificar la injusta realidad social².

La historia constitucional desmiente este razonamiento por falaz³. La Constitución de 1823, fue un documento que superó legalmente en su composición y libertades al texto de Cádiz (1812), proclamaba la República parlamentaria y anunciaba la abolición de la esclavitud: «Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros» (art. 11)⁴. Este bello documento de inspiración liberal, nunca entró en vigencia pues fue hecho para un territorio soberano y el Perú permanecía ocupado por las fuerzas coloniales del virrey José La Serna. El rigor de la realidad desmentía el idealismo del texto⁵.

¹ Carlos HAKANSSON NIETO afirma «(...) me preguntaba si la mejor Constitución es la que promete más o es aquella que puede describir una realidad política e institucional que sea palpable a los ciudadanos. Hoy nos encontramos debatiendo cuándo y cómo reformar la Constitución, pero si no hemos aprendido a conocer lo que significa y exige, estoy seguro que ninguna Carta Magna resolverá nuestros problemas para alcanzar la institucionalidad democrática». Curso de Derecho Constitucional. Universidad de Piura. Palestra Editores. Lima. 2009. 465.

² Constante histórica observada por Heraclio Bonilla «...el resultado del fracaso de intentar construir una nación viable sólo con el texto de las leyes». *El pasado y el presente de las Constituciones en América Latina*. En *El futuro del pasado*, Fondo editorial del Pedagógico San Marcos, Lima, tomo II, p. 1092.

³ VVV: «Historia y Derecho: El derecho constitucional frente a la historia» Tomos I y II, Fondo editorial UIGV, Lima, 2008, pp. 982

⁴ El historiador Alberto Flores Galindo, sostenía: «Ocurre que la antigua estructura estamental y de castas heredada de la colonia, no desaparece con el nacimiento de la república, sino que se produce superponiéndose a la nueva configuración de clases sociales: el campesino es un indio así como el oligarca es un blanco». Flores Galindo, Alberto: «Tiempo de Plagas». El Caballo Rojo Ediciones. Lima, 1988. Pág. 24.

⁵ El ensayista venezolano, Esteban Gil Borges (1879-1942) ha observado que mientras en los Estados Unidos la fuente principal de la Constitución fue la experiencia colectiva, en Sudamérica lo fue la razón, los autores de la primera trataron de adaptar su ideología a la realidad, mientras que los que redactaron las constituciones sudamericanas trataron de forzar la realidad para adaptarla a sus ideales.

Al revés: la Constitución de Huancayo (1839) era abiertamente conservadora, pues anuló las municipalidades y nos devolvió a las Intendencias coloniales. Tras la muerte de su inspirador Agustín Gamarra (1842), se pidió restaurar la Constitución precedente (1834), por ello el país se precipitó en una guerra civil de la cual salió victorioso Ramón Castilla, quien fue ministro gamarrista. El tarapaqueño llegó al poder con los conservadores y uso con pragmatismo la Constitución, haciendo de un texto mediocre un instrumento de consenso y estabilidad. La sensatez gubernamental frenó un texto constitucional con pretensiones autoritarias.

La síntesis de esa dialéctica realidad-constitución, fue la Carta de 1856 y la Constitución de 1860. El primero era espléndido, el segundo adusto; uno era utópico, el otro realista. El texto liberal fue efímero, el texto conservador duró más de medio siglo. El siglo XIX fue de aprendizaje constitucional, el siglo XX debió ser de madurez legal. Sin embargo, no fue así.

Digámoslos sin eufemismo: todas las constituciones peruanas del siglo XX fracasaron, en el propósito de dar estabilidad jurídica y, sobre esta base, alentar el desarrollo económico y social. La Constitución de 1920 incorpora el constitucionalismo social, se nutrió de elementos de la Constitución de Querétaro (1917) e incluso de la Constitución de Weimar (1919), sus teóricos fueron Javier Prado Ugarteche (1871-1921) y Mariano H. Cornejo, (1866-1942) dos talentos de la República Aristocrática.

No obstante, sus avanzadas instituciones se perdieron en medio del continuismo del régimen de «La Patria Nueva». Tras sus escombros surgió la Carta de 1933, que reprodujo lo mejor del texto anterior, sancionando cualquier forma de perpetuación en el poder, no obstante su ineficacia fue mayor pues no evito ni la guerra civil (aprismo-antiaprismo) ni las dictaduras entre 1933 y 1980, con efímeros intervalos constitucionales, a pesar que prohibía expresamente la sedición: «Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas...» (art. 19).

El texto buscaba evitar los golpes militares haciendo de las Fuerzas Armadas «garantes de la constitucionalidad», no obstante su diseño institucional facilitaba la crisis e inestabilidad del régimen constitucional, como ocurrió con el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero (1894 -1989), que arribó a Palacio con cerca del 66% de los sufragios representando al Frente Democrático Nacional y a poco no podía dirigir ni su propio Consejo de Ministros. Cuando quiso reformar la Constitución –vía un referéndum no previsto en la Carta Magna- se justificó la rebelión de la izquierda, primero, y, después, el golpe de Estado de la derecha.

Décadas después, tras el contundente paro laboral del 19 de julio de 1977, los militares buscando una salida política convocaron a una Asamblea Constituyente, que marcaba

el fin de la Carta de 1933⁶, consecuentes Domingo García Rada, Luciano Castillo Colonna y Fernando Belaúnde Terry, impugnaron esta tácita derogación, pues la Carta vigente castigaba esos cambios inconstitucionales propiciados por un «gobierno usurpador». Primo la fuerza de los hechos sobre un texto, con virtudes y defectos, que pretendió sin éxito generar un Estado de Derecho.

La Constitución del 79 –a pesar de sus sinceras intenciones- no abrió un nuevo ciclo político, sino fue la síntesis del ocaso de una época, su avanzada parte dogmática (derechos fundamentales), colisiona con su parte operativa, en tanto pretendía reglamentar absurdamente la economía⁷, así el artículo 124 fue el fundamento jurídico de la estatización de la banca privada en el año 1987, lo cual precipitó la crisis inflacionaria y, a su vez, redactamos un artículo 127 que impedía cualquier intento privatizador atrapado en el corsé de una economía cerrada. Era más fácil estatizar que privatizar. Habían nuevos derechos, pero persistían la incapacidad gubernamental o judicial para hacerlos cumplir. No hubo pacto político, pues la izquierda legal –35 % de la representación de la Asamblea Constituyente- se negó a suscribir el acuerdo constitucional. Por ello, Héctor Cornejo Chávez, uno de sus constituyentes más lúcidos, diría que podía «...ser la mejor Carta del Perú tradicional, mas no la del Perú del futuro»⁸. Al cabo de doce años de ejercicio accidentado, nunca nos pusimos de acuerdo para reformar su texto a pesar de la necesidad de superar sus evidentes incongruencias orgánicas.

La Constitución no se agota en el acto constituyente, sino que se renueva en cada momento en contacto con la realidad⁹, por ello Rudolf Smed define a la Constitución

⁶ En pleno gobierno militar el líder del PAP a la pregunta: Constituyente... ¿Para qué?. Respondió: «No, no creo conveniente una constituyente, ni reformar fundamentalmente la Constitución actual. Puede corregirse y enmendarse, en todo aquello que se considere obsoleto (...). No creo que la actual Constitución del Perú debe ser transformada por completo...» Revista *Informe Ilustrado*, Año 2, N° 11, marzo 20 - abril 3 de 1969, Lima, págs. 16,17 y 18. Reproducido en *Haya de la Torre en 40 reportajes*, 2ª Edición, Editorial OKURA, 1983, p. 287.

⁷ Chanamé Orbe, Raúl: *Exégesis de la Constitución económica*, en Revista de Derecho y Ciencia Política, UNMSM, Vol. 64 (N° 1-N° 2), Lima, 2007, pp. 95-126.

⁸ Entrevista diario oficial *El Peruano*, Lima, 10, de marzo de 1991, p. A6.

⁹ Como bien sostiene Carlos Santiago NINO «La concepción de la Constitución desde el punto de vista externo como una práctica social implica pensar en ella como una regularidad de conductas y actitudes: las conductas de los jueces y de los ciudadanos en general de

como una realidad integradora, en constante renovación a través de sus legítimos operadores¹⁰.

En medio de la inflación, la violencia terrorista y la confrontación política la constitución fue derogada tras el autogolpe del 5 de abril de 1992, que en la usanza cesarista produjo un nuevo texto constitucional, que es una reproducción del 70 % de la Carta precedente - con luces y sombras-, que agregaba las instituciones de la democracia directa, la iniciativa legislativa de la población, la remoción de alcaldes, la revocación de autoridades, la elección popular de los jueces de paz y un desarrollo contemporáneo del capítulo económico. Sin embargo, esta Constitución introdujo el art. 112 que reinstalaba la reelección, y al interpretarlo con arbitrariedad rompió el pacto constitucional de su acatamiento consensual.

La síntesis nacional es la incongruencia entre Constitución y realidad. La contradicción entre textos y hechos. Aún así, todos los textos constitucionales tienen excesos y vacíos, no obstante se legitiman por su ejercicio –rectificándose y enmendándose- como es el caso norteamericano¹¹, por ello Thomas Jefferson proclamaba: «La ejecución de las leyes es más importante que su elaboración»¹². La Constitución norteamericana (1787)

identificar a las normas que cumplen con ciertas condiciones positivas y negativas, procesales y sustantivas, como normas legítimas; las actitudes de criticar a quienes no observan o aplican esas normas y de avalar a quienes lo hacen». Fundamentos de Derecho Constitucional. Editorial ASTREA. Buenos Aires. 2002. p. 47.

¹⁰ Smend fundamentó su teoría de la integración, agrupando tanto los elementos fácticos como normativos, la realidad histórico-política y realidad jurídica, y rechazando la teoría decisionista de la constitución como la entendía Carl Schmitt. Véase nuestro ensayo: La razón y la sombra, en *Derecho Constitucional General y Teoría del Estado*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, pp. 479-483.

¹¹ Duverger señala que en Estado Unidos de Norteamérica y en Francia en el siglo XVIII se utilizó el término Constitución para aludir a «unos textos que definían los órganos esenciales del Estado y proclamaban, en general, las libertades públicas y elementales» (Duverger Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Editorial Ariel, Barcelona 1970, p. 239). Estas constituciones o leyes constitucionales se consideran superiores a las leyes del Parlamento y se estableció, de este modo, por encima de la ley misma, un grado superior de legalidad.

¹² En cuanto a la Técnica Constitucional podemos distinguir entre la *técnica de la formulación*, que se refiere a la elaboración de la constitución y la *técnica de la aplicación*, que alude a la aplicación de las normas constitucionales al caso concreto, que en definitiva es la interpretación constitucional.

es nominalmente mediocre en tanto no reconoce la igualdad de los hombres —derechos que se obtienen recién en 1865, tras la guerra civil—, no iguala al hombre y la mujer, sus 27 enmiendas no daban derechos expresos a niños o ancianos.

No obstante, en la práctica la judicatura norteamericana —no, sin contradicción— ha desarrollado materialmente el texto¹³ reforzando su legitimidad¹⁴, por ejemplo, en el caso del tratamiento a los afroamericanos, la Corte Suprema de EE.UU, en un tiempo basado en una interpretación segregacionista de la XIV Enmienda Constitucional reconoció derechos diferenciados entre ciudadanos (Caso Plessy vs. Ferguson), en ese entonces la judicatura convalidó una ley del estado de Luisiana, al determinar que la educación gratuita podría impartirse en Estados Unidos a todas las razas por igual, bajo el concepto discriminador de «iguales, pero separados», es decir legitimizó escuelas exclusivas para estudiantes blancos y otras para niños negros; gracias a la lucha por los derechos civiles la propia Corte Suprema, años después, revisó su fallo y creó un nuevo precedente, merced a una reinterpretación de la misma enmienda reconociendo iguales derechos sin discriminación (Caso Brown vs. Board of Education). La Constitución texto fue enmendada por la Constitución jurídica, gracias al activismo de sus magistrados¹⁵.

¹³ Como lo atestigua William J. Brennan Jr., juez adjunto de la Corte Suprema entre 1956 y 1990: «Mientras no sean indebidamente vagas, las formulaciones generales de las garantías individuales son una virtud, pues permiten que los jueces adapten los cánones del derecho a situaciones no previstas por sus autores. Facilitando así la evolución de aquéllos y preservando su vitalidad. Como dijo el finado juez Louis Brandeis, de la Corte Suprema de los EUA, acerca de la Constitución de los EUA. «no se trata de una camisa de fuerza: es un organismo vivo. Como tal, es capaz de crecer; de expandirse y adaptarse a nuevas condiciones... Nuestra Constitución posee capacidad de adaptación; por eso ha durado como la ley fundamental de un pueblo en continuo desarrollo». ¿Para que tener una Declaración de Derechos?». En Facetas N° 94, 4/ 1991, Washington, D. C. p. 39.

¹⁴ En la época moderna, la Corte de Earl Warren —quien la presidió de 1953 a 1969— ofreció audaces soluciones judiciales a toda una gama de problemas sociales y políticos, entre éstos, la integración de la educación pública, la redistribución de legislaturas estatales y nacionales y la reforma de la Justicia penal». (A. E. Dick Howard «La Corte Suprema y la Constitución», en Facetas N° 67, 1/ 1985. Washington, D. C., p. 19.

¹⁵ «El activismo judicial implica una función más destacada para los tribunales en general y para las normas constitucionales. Los estadounidenses parecen dispuestos a llevar a los tribunales un conjunto de problemas cada vez mayor, y los jueces parecen anuentes a aceptar el papel de ingenieros sociales» (...). La judicatura activista ha tenido logros manifiestamente positivos. Ahora goza de mayor acceso a las cortes un espectro más amplio de individuos, en especial quienes tienen escaso poder político. Los decretos Judiciales han dotado de más imparcialidad a los procesos del

Los norteamericanos hicieron un experimento de mimetismo (o colonialismo) institucional. EE.UU promovió la fundación de un Estado independiente en África —como los franceses en Haití—, allí donde todo el territorio era una inmensa colonia —como la sola excepción de Etiopía—. Así en el territorio colonial inglés de Sierra Leona se fundó en 1822 un país con un nombre poético Liberia cuya capital fue bautizada como Monrovia, en alusión al Presidente Monroe, el mismo de «América para los Americanos».

Sus primeros ochenta y seis ciudadanos eran ex esclavos norteamericanos, educados y asimilados por occidente, en sus orígenes contó con el apoyo de diversos grupos religiosos y filantrópicos, bajo el auspicio del gobierno norteamericano.

Este colonialismo al revés, se propuso crear un Estado moderno administrado por los directos descendientes de los esclavos a condición de dotarlos de las instituciones que eran la base del modelo norteamericano. En 1847 Liberia se dio una Constitución, calcó de la Constitución de Filadelfia, estableció el presidencialismo, el bicameralismo, copió la Cámara de Representantes y la Cámara de Senadores, e incluso a su moneda le puso el atractivo nombre de dólar. Liberia asimiló todo el orden político institucional, desde la Corte Suprema hasta el sufragio periódico. Fueron más allá, fue el primer país que reconoció derechos a la mujer y abolió la esclavitud, antes del Perú que recién lo proclamó en 1855 y EE.UU. que tardíamente lo reconoció en 1865. No obstante, Liberia había sido fundada en medio de un archipiélago de grupos tribales diezmados y reprimidos. Los negros occidentales en el poder (5%), actuaron como los blancos usurpadores, prescindiendo en las decisiones de gobiernos de las poblaciones autóctonas y originarias (95%). No se les asimiló, sino se les excluyó por considerarlas inferiores y salvajes.

Se buscó imponer el catolicismo, con la sutil resistencia animista. Se oficializó el inglés, contra los 20 dialectos predominantes. Las tribus originarias no aceptaron a los nuevos colonizadores negros, que tenía en sus textos un programa de igualdad, libertad y desarrollo. Se quiso hacer una República en medio del más despiadado colonialismo europeo. La excepción, no superó a la regla.

Esta paradoja de querer un Estado de libertades en medio de colonias esclavistas, llevó a un trágico fracaso a este bien intencionado ideal desarrollista. Desde 1980

gobierno, sobre todo a justicia penal. Los tribunales han impuesto límites a la discreción gubernamental en el trato con los ciudadanos, como los requerimientos de debido procedimiento procesal en las audiencias o las reglas encaminadas a contener los procedimientos policiales excesivos. Gran parte de los logros judiciales han fomentado una sociedad abierta». Dix Howard: *Ibid.*

hasta el 2003, Liberia ha sufrido numerosos golpes de Estado y dos devastadoras guerras civiles, que han tenido más de 200 mil víctimas.

Liberia tiene la Constitución más antigua de África, pero sólo tiene 7 mil teléfonos, tiene parlamento, pero sólo exporta 200 millones de dólares (2005) —ese es el valor del pase de un futbolista reconocido—. Es una república, empero es inviable. Tiene Carta Magna, pero es impracticable.

Este proceso de imitación del texto se norteamericano se inició desde el siglo XVIII, los primeros en duplicar el texto fueron los polacos (1791) seguidos por los franceses, quienes compartieron las reflexiones de Lafayette y Franklin. La transcripción constitucional no aseguró ninguna durabilidad del texto. Hoy hay países que han seguido el camino de Liberia, incluso han pedido que los constitucionalistas norteamericanos ayuden en la redacción de sus Cartas Constitucionales, allí están Nigeria (1979), El Salvador (1983), Filipinas (1987) e incluso Iraq.

En el caso alemán, la Constitución de Bonn (1949) es pobre si la comparamos con la emblemática Constitución de Weimar, que fue usada por Hitler para hacerse del gobierno vía los poderes excepcionales (art. 48º) y anular sus virtudes democráticas. Tras la derrota del nacionalsocialismo elaboraron un texto transitorio que ni siquiera tuvo título de Constitución, sino modestamente se denominó Ley Fundamental, que reprime la disidencia anti-democrática y busca por sobre todo la gobernabilidad. Esta Ley, recatada en comparación con la Carta de Weimar, ha posibilitado el «milagro alemán» y alentó la reunificación incruenta con la RDA en 1991. En su ejercicio un texto pálido ha dado brillo a Alemania, gracias al realismo de su élite gubernamental que se puso —en la controversia cotidiana— más allá de la Constitución.

Todo lo contrario ocurrió con la fracasada empresa de la Constitución Europea (2004), hecha por los mejores especialistas, amplia en derechos —basada en la Carta de Niza, sobre protectora, forjada en un laboratorio y promesa de perfección legal, que no resistió su menor contacto con las reales exigencias comunitarias. Por ello, el sabio Pablo Lucas Verdú desaconseja «... la Constitución como perfección debe hacerse con algunas cautelas»¹⁶. Otro extremo, es el caso chileno, donde la Constitución de 1980 —que reemplazó a la Carta Constitucional de 1925— promovida por la Junta Militar, dirigida por el dictador Augusto Pinochet, cuyo texto de 120 artículos se redactó con francas pretensiones pretorianas, a sido reformada repetidas veces —cerca de cien artículos— para hacerla compatible con el régimen democrático. El crecimiento económico ha sido un formidable aliado del desarrollo institucional, que ha obviado la palabra

¹⁶ *La Constitución abierta y sus enemigos*, Ediciones Beramar, Madrid, 1993.

derogación¹⁷, aún entre los propios socialistas, que han jurado fidelidad al texto que promovió originalmente el repudiado Pinochet.

Otro caso, de otro signo, es la Constitución colombiana de 1991, cuyos constituyentes mayoritarios fueron izquierdistas o radicales, que hicieron un texto integrador y reconciliador, y los liberales y conservadores han gobernado con prudencia al amparo de su texto.

En este mismo balance podríamos mencionar a la Constitución Japonesa (1947), técnicamente redactada por juristas norteamericanos, que el Emperador Hirohito tubo que asumir humillantemente bajo la mirada vigilante del jefe de las fuerzas de ocupación del general Douglas Mac Arthur¹⁸. No se debate su contenido pacifista, sino su legitimidad de origen. Aún así, la tradición nipona hizo de este vergonzoso documento parte de su extraordinario impulso económico de la postguerra. La realidad superó a la ofensa.

Hoy nosotros asistimos a un debate constitucional, donde prescindimos de toda memoria histórica, para reducir la discusión a una simple restauración constitucional, que nos coloca en el lugar donde partimos para arribar a la presente crisis política: la ingobernabilidad, que precede a la Carta del 93 y es anterior a la del 79. Anteponemos el texto a la realidad, la nostalgia al presente.

¹⁷ La Constitución chilena de 1980 ha sido revisada en 1989, 1991, 1994, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003 y 2005.

¹⁸ En ningún caso la Constitución japonesa se adaptaría a la calificación de Giovanni Sartori quien distingue tres conceptos de Constitución: a) constitución garantista (constitución en sentido estricto), b) constitución nominal, c) pseudoconstitución (o constitución fachada). Para Sartori la Constitución en sentido estricto o denominada por él garantista, significa «una estructura de la sociedad política organizada a través de y mediante la ley, con el objetivo de limitar las arbitrariedades del poder y de someterlo al derecho. (Sartori Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 21). Denomina nominales a las constituciones que el profesor de Amherst College denomina «semánticas». Advierte Sartori que las constituciones nominales no pretenden ser «verdaderas constitucionales» sino que únicamente adoptan la denominación de «constitución». Son constituciones organizativas que no limitan ni establecen controles al poder, únicamente los organizan sin simulación de límites ni controles.

Las constituciones fachadas son de fachada en el sentido que de constitución sólo tienen la apariencia. En definitiva la constitución es letra muerta y las constituciones de fachada para Sartori son constituciones trampa». (Sartori Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 21). ¿Dónde clasificaríamos la Constitución del Japón?

Formular una Constitución es más que una acumulación de preceptos y capítulos, es un momento extraordinario para producir un contrato público duradero entre sujetos diversos¹⁹. La construcción del consenso proviene del pasado y se proyecta al futuro²⁰. El mérito inglés es que crearon una base constitucional fundada en sus mejores tradiciones, el pasado pre-constitucional como regulador del futuro legal. Todas las Constituciones peruanas han enunciado el derecho a la libertad, igualdad y propiedad (Constitución formal), no obstante ninguna ha recogido el mandato secular del *ama sua, ama llulla, ama quella* (la Constitución viva —como la llama Ricardo Guastini—), recientemente la Constitución Boliviana (2009) asumió la triada como principios éticos-morales, y la Constitución Ecuatoriana (2008), los incorporó como parte de la filosofía comunitaria ancestral del «buen vivir» explícitamente recogida en el texto *sumak kawsay*; en nuestro caso, la Constitución como factor de modernización, ha renunciado a la tradición en un país de legado consuetudinario²¹. La Constitución formal anuló la Constitución material.

¹⁹ Como ha señalado Vergottini, en un concepto estricto la Constitución «la Constitución consiste en aquellas normas que regulan la creación de las normas jurídicas generales y, en particular, la creación de las leyes formales», o mejor en la misma forma «fundamental» que se pone como principio del ordenamiento que condiciona las normas sobre la producción de otras normas. Según un concepto más amplio, la Constitución coincide con la estructura organizadora de un grupo social y, por tanto en el caso del Estado, también con la organización de su comunidad». De Vergottini, Giuseppe: *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa-Calpe, Segunda Edición, Madrid, 1985.

²⁰ Hacer notar que para Nicolás Pérez Serrano que el vocablo Constitución no se utiliza en forma unívoca. Se refiere a lo que califica de «Constitución fundamental o interna como «el conjunto de principios característicos que constituyen ese Estado (Organización social y natural, con personalidad, fines y conciencia, dotada de representación y con poder de imperium, según dicho tratadista)». Con el término Constitución alude a lo que Heller denomina «Constitución total» que es más que un simple código escrito. Partiendo de las premisas expresadas, señala que lo importante de la norma es que autoriza a presumir un comportamiento futuro y a deducir una línea media de actuación. (Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, segunda edición, Editorial Civita, Madrid, 1984, p. 259).

²¹ Muy difícilmente, entre nosotros, se ha el Perú es multilingüe (ver artículo 48 de la Constitución Peruana), pero no se ha reconocido la pluriculturalidad y aun resulta una suerte de polémica hablar de multinacionalidad o de pluriétnicidad, los recientes trágicos sucesos de Bagua (9. IV. 2009) no hacen sino poner de relieve la marginación y exclusión nativa. La justicia comunal, admitida en la constitución aunque sin institucionalizarla del todo, no ha hecho sino ceder a una realidad que aunque presente, se ha minimizado por peligrosa y agregado como un engranaje extraño a la maquinaria tradicional de administrar justicia.

Kelsen reconoció que la Constitución puede tener dos percepciones una formal y otra material, por la primera se observa un documento solemne²² y, a veces, rígido²³, aprehensible a través de la lectura, estudio y la hermenéutica; en cambio, en el segundo sentido, la Constitución supone una directa verificación con la realidad, con la praxis y la cognición sociológica –antes que lectura de normas-. Si ambas constituciones coinciden, se da la integración recomendada por Smend²⁴; si discrepan, entonces

²² André Hauriou define el Derecho Constitucional como «Conjunto de preceptos de conducta obligatorios, establecidos por los hombres que viven en la sociedad y destinados a hacer reinar el orden y la justicia en las relaciones sociales». (Hauriou, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 26).

²³ Biscaretti di Ruffia distingue Constitución en sentido institucional, sustancial, formal y material. La Constitución en sentido institucional significa estatus, orden, conformación, estructura esencia de un ente o de un organismo en general. (Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial, Tecno, Madrid 1973, p. 149). Constitución en sentido puramente sustancial se refiere a todo aquel complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, capaz de trazar las líneas maestras del mismo ordenamiento. (Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial, Tecno, Madrid 1973, p. 149.) Entiende Constitución en sentido formal al complejo de normas legislativas que se distinguen de las ordinarias por su más arduo y solemne proceso formativo. (Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial, Tecno, Madrid 1973, p. 149.) Y, siguiendo a Mortati entiende que la Constitución en sentido material serviría, en realidad, para indicar el conjunto de elementos organizadores necesarios para que subsista el Estado, es decir, propiamente, la comunidad social subyacente al orden normativo, en cuanto se le considere ordenada según un mínimo de elementos organizadores (fuerza política) capaces de presentarla dotada de una actividad dirigida hacia un fin determinado (fin político). La fuerza política y el fin político serían, por tanto, los elementos fundamentales (el primero instrumental y el segundo material) de la concepción en cuestión. (Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Editorial, Tecno, Madrid 1973, p. 152).

²⁴ Manuel García Pelayo. Ha formulado su tipología distinguiendo tres conceptos tipos: el concepto racional normativo; el histórico tradicional; y, el concepto sociológico. El primero, concibe la Constitución «como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos». En cambio para el concepto histórico tradicional «la Constitución de un país no es la creación de un acto único y total sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y frecuentemente de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa». Y, es característica del concepto sociológico de Constitución «entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se pueda

reconoceremos a la primera como una simple «hoja de papel»²⁵, incapaz de generar un orden constitucional duradero²⁶.

La Constitución no escapa a la tensión existencial entre ser y deber ser, como lo apunta Javier Pérez Royo: «Esta es una cuestión de excepcional importancia en todo el mundo del derecho en general: encontrar el punto de equilibrio entre la realidad social y el mandato jurídico, entre las cosas como son y como la norma dice que deben ser, es la cuestión clave de la que depende el éxito o el fracaso de la norma; es decir que se alcance o no el objetivo proyectado por el legislador»²⁷.

La labor constituyente es más que redactar artículos²⁸, es recoger instituciones que se conjuguen con su cultura, sus hombres y sus instituciones²⁹.

dar una normatividad jurídico constitucional en desacuerdo con la estructura real» (García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 48.).

²⁵ Ferdinand Lassalle: *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, 1964, p. 55.

²⁶ Por ello, un sector de la doctrina constitucional, se adscribe a la Teoría Tridimensional, como observación de la realidad y de la evolución con que el derecho sigue a la vida que nos muestra que, además de la norma jurídica, deben tomarse en cuenta los valores en juego, o sea, la dimensión axiológica y las circunstancias reales.

Podemos decir que: Todo problema constitucional debe estudiarse mediante el triple enfoque porque norma, realidad y valores, se dan unidos en la experiencia jurídica. Así pues, el Derecho Constitucional es el derecho de la realidad.

Dicha teoría señala que cuando las circunstancias cambian y las normas no se adaptan a la evolución histórica, los valores quedan sin protección, por eso se establece la relación «normas-valores-circunstancias».

²⁷ *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, decima edición, p. 101.

²⁸ Kenneth Wheare distingue dos sentidos a la palabra constitución, uno amplio y otro restringido. En sentido amplio, Constitución es para el profesor de la Universidad de Oxford «todo el sistema de gobierno de un país, el conjunto de normas que establecen y regulan o gobiernan al Estado. Estas normas en parte son legales, en el sentido de que los tribunales las reconocen y aplican, y en parte son extralegales, adoptando la forma de usos, acuerdos, costumbres o convenciones que los tribunales no reconocen como ley pero que no son menos efectivas en la regulación del gobierno que las normas legales en sentido estricto». En el sentido restringido, afirma que el término Constitución se emplea «para designar no el conjunto de normas legales y extralegales, sino más bien una selección de ella que comúnmente se recopilan en un documento o documentos estrechamente relacionados entre

Por ello, ha procesado Peter Haberle: «... la Constitución no puede limitarse a ser únicamente un mero ordenamiento jurídico como cualquier otro a la usanza de juristas profesionales, susceptibles tan sólo de ser correctamente interpretado por estos a la luz de viejas reglas o de criterios técnicos quizás más recientes, sino que ante todo se trate más bien de un hilo esencialmente conductor para uso de todo ciudadano lego en leyes y derechos»³⁰. Prosigue el profesor de la Universidad de Bayreuth: «La Constitución es pues, sobre todo expresión viva de un *statu quo* cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura; la Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza»³¹.

Cuando el acto germinal de la Constitución es apropiado tiende a generar descompresión social: descentralización regional, autonomía municipal y democratización social. Si la Constitución estimula el crecimiento económico y social, ella al margen de la calidad de su texto se legitima por sus resultados. Al contrario: la mejor Constitución en manos de ineptos se pierde por las omisiones y sus mediocres logros gubernamentales.

Si para darnos una Constitución solo requerimos el simple carpetazo legislativo de mayorías momentáneas, estaremos empezando a contar los tiempos regresivos de una nueva aventura constitucional, que todos sabemos como empiezan, pero casi nunca predecimos como terminan.

sí. Más aún, esta selección casi indefectiblemente se compone de normas legales solamente. La Constitución, pues, para la mayor parte del país, es una selección de las normas legales que regulan el gobierno del país y que han sido articuladas en un documento». (Wheare Kenneth, *Las Constituciones Modernas*, Editorial Labor, Barcelona, 1971, p. 7).

²⁹ A juicio de Georges Burdeau todo Estado tiene necesariamente una Constitución. Hace notar que los gobernantes no usan sus prerrogativas en virtud de una cualidad que les es propia, sino que le son delegadas tienen que ser designados e investidos según un estatuto.

Por eso afirma, que forman la Constitución del Estado las reglas relativas al modo de designación, a la organización y funcionamiento del poder político. (Burdeau Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 79).

³⁰ Haberle, Peter: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p. 145.

³¹ Haberle toma el concepto cultura de E. B. Taylor «... se entiende por cultura o civilización un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada» (Haberle, Peter: Ob. cit. p. 24).

Ninguna Constitución *per se* sostiene un sistema político inapropiado³², más bien, los sistemas aptos legitiman, más allá de sus textos, a las leyes fundamentales. Por ello, requerimos modificar el sistema político peruano, que incluye indistintamente la cultura política, el régimen económico, las instituciones, los procedimientos electorales y la representación política; en ese camino la constitución, es el punto intermedio de esta vía, que garantiza una democracia estable y creíble.

³² «En el Perú, por poner el caso más cercano, hemos tenido desde modelos semiparlamentaristas (Constitución de 1933) hasta modelos neopresidencialistas, con distintos matices (Constituciones de 1979 y 1993), pero esos hechos no han significado en lo absoluto, que la democracia haya sido la regla afirmada o, por el contrario, negada. Las actitudes autocráticas, despóticas, o autoritarias, han estado presentes en más de una oportunidad, muy a pesar de la forma gubernamental adoptada. Naturalmente que si a la luz de la experiencia que nos ha tocado vivir en los últimos años, se le preguntara a la gente que opina sobre tal o cual esquema de gobierno, a muchos tintinaría por parecerles que la fórmula presidencial no sería muy democrática que digamos, sin embargo, si tal comentario, lo sometemos a un cotejo comparativo, de seguro terminaría contrastando notoriamente con la longeva tradición que sin duda exhibe la democracia americana» (SÁENZ DÁVALOS, Luis R.; *El sentido de la democracia*; en Revista Jurídica del Perú, Año LIII, diciembre 2003, Revista N° 53. CD de la Revista).