

“El proceso constituyente patológico es el seguido por el Congreso Constituyente Democrático para aprobar la Constitución de 1993, este proceso no cuenta con validez debido a la simple no correspondencia del órgano constituyente con las normas preconstituyentes de forma (...)”

Las normas preconstituyentes como medio de “idealidad”:

130

Los casos paradigmáticos de los procesos constituyentes peruanos de 1979 y de 1993*

Javier André Murillo Chávez**

Índice: 1. Introducción, 2. La “idealidad” de una Constitución: El papel de las normas preconstituyentes, 2.1. Las normas preconstituyentes, 2.1.1. La Constitución: Ingeniería Constitucional y Teoría de la Constitución, 2.1.2. Normas preconstituyentes, 2.2. La “idealidad” de una Constitución. 3. Los procesos constituyentes peruanos de 1979 y de 1993 como casos paradigmáticos, 3.1. Caso modelo: Proceso Constituyente de 1979, 3.2. Caso patológico: Proceso Constituyente de 1993, 4. Las normas preconstituyentes frente al dogma de la incondicionalidad del Poder Constituyente, 4.1 Crítica a la Incondicionalidad del poder constituyente, 4.2 El respeto y reconocimiento “ideal” de las normas preconstituyentes, 5. Conclusiones, 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A propósito de la sentencia en el caso presentado por Alberto Boréa Odría y 5000 ciudadanos con respecto a la inconstitucionalidad del denominado “documento de 1993” (actual Constitución Política del Perú) ante el Tribunal Constitucional Peruano (Exp. 014-2002 – AI/TC) (TC 2003) se generan cuestiones acerca de la legitimidad y la validez de un texto preconstitucional. Esto demuestra el punto de partida de cuestionamientos de fondo y de forma acerca un documento preconstitucional en el Perú; es decir, del procedimiento de elaboración y aprobación del mismo.

A esta preocupación por la validez y la legitimidad, nos permitimos sumar la cuestión de la representatividad y la estabilidad constitucional de nuestro país debido a la gran importancia de nuestra gran complejidad pluricultural, por hallarnos entre brechas vigentes como la regional (costa, sierra y selva), centralista (lima y provincias) y racista/clasista, así como, nuestra accidentada historia constitucional.

* Artículo ganador del Segundo Puesto en el Concurso Estudiantil de la XIX Convención Nacional Académica de Derecho – Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina y Universidad Inca Garcilaso de la Vega

** Asistente Legal del Área de Marcas y Derechos de Autor de la Consultora Especializada en Propiedad Intelectual e Industrial Clarke, Modet & Co. Perú. Asistente de Investigación en Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual. Asistente de Cátedra de los Cursos de Derecho de la Competencia 2 y Derecho de Autor con el Profesor Raúl Solórzano Solórzano, ambos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumno de Duodécimo (12mo) Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Maestría en Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Ex-Director y Ex-miembro de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico.

Explicando la doctrina de las normas preconstituyentes, como un medio de concebir el proceso constituyente, así como su clasificación y su sustento de fuentes; nos centramos en las denominadas “normas preconstituyentes de forma o de procedimiento” que engloban los tipos de órganos constituyentes y las maneras de aprobación mediante referéndum un texto constitucional, que, en nuestra opinión, de seguir ciertos parámetros en su ejercicio por el poder preconstituyente, lograrían ser un puente entre la realidad de nuestro país y una Constitución “ideal”.

Así, este trabajo se centra, específicamente, en cuestionamientos acerca de los procesos constituyentes de elaboración y aprobación del texto constitucional de 1993 y el proceso constituyente de la Constitución Política de 1979 como modelos paradigmáticos para explicar los conceptos abstractos. De esta manera, la pregunta a formularse es la siguiente: ¿Qué hace que una Constitución concreta sea “ideal” (legítima, válida, representativa y estable)?

La presente investigación quiere lograr dilucidar si las complejas normas preconstituyentes cumplidas de cierta manera, en cada caso concreto, logran alcanzar el calificativo de Constitución “ideal”; es decir, observar si una Constitución es “ideal” si, en su proceso de elaboración y aprobación, se cumplen las normas preconstituyentes de forma (o procedimiento) de manera transparente, objetiva, participativa y conscientemente.

2. LA “IDEALIDAD” DE UNA CONSTITUCIÓN: EL PAPEL DE LAS NORMAS PRECONSTITUYENTES

Como marco metodológico previo, es conveniente explicar el concepto de “normas preconstituyentes” y el de “idealidad” de una constitución” para poder comprender cabalmente los temas contenidos en la presente investigación.

2.1 Las normas preconstituyentes

2.1.1 *La Constitución: Ingeniería Constitucional y Teoría de la Constitución*

Siguiendo a Rubio, la Constitución es “la primera norma positiva de nuestro sistema legislativo [...] y el poder de ‘fundar’ el Estado mediante la Constitución es llamado Poder Constituyente y su titular es el pueblo” (Rubio 2007: 117 – 121). Ésta es la norma más importante del ordenamiento jurídico pues sirve de base para todo el Estado y la legislación; por este motivo, esta norma tiene una naturaleza bastante especial como señala nuestro Tribunal Constitucional:

“La Constitución es una norma jurídico-política sui generis. [...] esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado en la medida que crea el Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios [...] es, prima facie, una norma política. [...] Pero,

de otro lado, también [...] es una norma jurídica. En efecto, [...] en el Estado Constitucional de Derecho [...] pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema”. (TC 2003: 2)

Es justamente esta doble naturaleza la que coincide con las subramas de estudio del Derecho y la Ciencia Política, encargadas de analizar la Constitución: la Teoría de la Constitución y la Ingeniería Constitucional, ambas subramas, estudian desde un distinto enfoque una norma de doble naturaleza.

Así vemos que según Sartori, los constituyentes de los siglos XVIII y XIX (los constituyentes de la Constitución Norteamericana) eran ingenieros “naturales” de una Constitución. Pues, en ese entonces, las constituciones se consideraban procedimientos cuya intención era la de asegurar un ejercicio controlado del poder, y por lo tanto su contenido debía ser neutral; así, la subrama de la ciencia política es la Ingeniería Constitucional (Sartori 1994: 217-218). Por otro lado, según Gomes Canotilho, la Teoría de la constitución es una subrama del Derecho Constitucional; la cual consiste en una “teoría normativa de la política”, en la cual se estudia las “formas jurídicas de lo político”. En estricto, se trata de un conjunto de conocimientos temáticos, experiencias prácticas e ideas normativas sobre el modo de organizar jurídico-constitucionalmente la “polis”, esta debe prestar atención a la realidad constitucional y a las transformaciones económicas, políticas y sociales (Gomes 2004:19).

Por ser esta una norma de carácter supremo dentro del ordenamiento, también se entiende que las maneras de derogación de la misma son especiales. Sagüés establece cuatro maneras de total desaparición de una Constitución formal: primero, el caso de las constituciones provisionales que establecen su propia extinción; segundo, la derogación constitucional de la carta magna por otra constitución; tercero, la derogación tácita de la Constitución previa según el principio *lex posterior derogat legi anterior*; y cuarto, la abolición inconstitucional de la Constitución por autoridades *de iure* o *de facto* (Sagüés 1993: 114-115). En nuestra opinión, la primera vía es absurda pues una Constitución debe tener espíritu de permanencia, de estabilidad; la cuarta vía es precisamente la manera violenta que siempre se busca evitar. Finalmente, consideramos que una vía adecuada es la integración de la segunda y la tercera medida según el maestro Sagüés.

2.1.2 *Normas preconstituyentes*

Como se dijo antes, el poder constituyente juega un importante papel para la Constitución; como señala Rubio,

[el] “poder constituyente [es el] inalienable poder que tiene el pueblo de modelar su Estado, su propia sociedad política, en un acto de fundación que no tiene más límite que su propia voluntad, ejercida directamente [...] o indirectamente [...]. El poder constituyente es el poder fundacional dentro del Estado, en cuanto instituye las normas creadoras de todo el sistema jurídico y modeladoras del propio Estado. Estas normas están en la Constitución (que corresponde dar al poder cons-

tituyente de manera exclusiva) y estatuyen, entre otros elementos, los derechos de los ciudadanos y las atribuciones y límites del ejercicio de funciones por cada uno de los órganos del Estado” (Rubio 2007: 11-12)

Sin embargo, como bien señala Sagüés, es importante considerar una figura conceptual que, en nuestra opinión condiciona algunas de las formas de proceder del poder constituyente quebrando esta dogmática idea del “absolutismo” del poder Constituyente. Figura que reconoce el maestro argentino, así señala:

“muchas constituciones distinguen un poder preconstituyente, previo al constituyente y que opera como órgano de convocatoria de éste. [...] La importancia jurídico política del poder preconstituyente deriva no sólo de lo indispensable que es su decisión para que se ponga en marcha el proceso de reforma constitucional, sino también porque en algunos casos, encuadra la tarea del poder constituyente constituido. [...] Para definir las atribuciones del poder preconstituyente conviene advertir que pueden ser, según el texto constitucional y el derecho constitucional consuetudinario de cada Estado, de dos modalidades diferentes:

- a) *Poder de declaración. Cuando el órgano preconstituyente sólo decide abrir el proceso constituyente, habilitando entonces la actuación del poder constituyente derivado.*
- b) *Poder de regulación. Si, además de declarar la necesidad de reforma, la constitución le confiere al órgano preconstituyente la facultad de disciplinar todo o parte de la gestión del poder constituyente [...]. La atribución de “convocatoria” parece comprender la de regular tal convocatoria, En este caso, las competencias del poder preconstituyente son por supuesto más significativas que si sólo cuentan con un poder de declaración” (Sagüés 1993: 104-105)*

Como señala, existe un poder preconstituyente que declara o regula al poder constituyente, he ahí la relación entre ambos. Este poder se pone en funcionamiento cuando se producen las causales de extinción de una constitución, señaladas anteriormente. Por otro lado, debemos señalar que el poder preconstituyente produce las denominadas “normas preconstituyentes”; que son normas producto del ejercicio del poder preconstituyente, las cuales provienen de la doctrina y la costumbre constitucional; en el caso de poder constituyente fundacional o post fundacional, provienen de cláusulas expresas en la Constitución previa.

Especial mención debemos prestar al caso de las fuentes de estas normas. Como señala Kelsen, “Fuente del derecho’ es una expresión figurada y por consiguiente compleja [...] Se puede entender como [...] los diversos métodos conforme a los cuales las normas de un orden jurídico pueden ser generadas” (Kelsen 1996:33-34) Por consiguiente, si no existen fuentes no existen normas, y las normas que señalamos no son la excepción. Estas,

como toda norma, deben proceder de alguna fuente de derecho. En nuestra opinión, surgen de acuerdo a dos tipos de fuentes de donde proceden estas normas: la Costumbre Internacional y la Doctrina.

La costumbre como fuente de derecho, según Rubio, se caracteriza como procedimiento de elaboración de normas que haya su origen en la reiteración de conductas por las personas con los requisitos de uso generalizado, conciencia de obligatoriedad y antigüedad; asimismo, sus características son la formación lenta, el autor desconocido, la constante evolución y su imprecisión de contenido normativo exacto (Rubio 2007: 168-177). Esta última característica, en algunos casos negativa, será resuelta con el uso de la Doctrina como fuente.

Por otro lado, Kelsen, señala que este no es un simple método de constatación de normas jurídicas existentes. La costumbre es esencialmente constitutiva y no sólo declarativa, y debe cumplir dos elementos esenciales: uno material u objetivo que consiste en la repetición prolongada y constante de ciertos actos exteriores, puede ser u acto positivo (acción) o un acto negativo (abstención); y un elemento psicológico o subjetivo que es la convicción de los individuos de su obligatoriedad (Kelsen 1996: 49-58).

Según Aguilo, una regla social o norma consuetudinaria es considerada como costumbre jurídica cuando concurren tres elementos: uno, el *usus*, o elemento material o externo, es decir, repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta; dos, la opinión, elemento espiritual o interno, que consiste en conciencia de obligatoriedad; tres, y el juicio de relevancia jurídica basado en la coherencia, la relevancia jurídica para no frustrar un valor o un bien reconocido por el orden jurídico. Si concurre solo la primera se habla de “hábitos sociales”; si concurren solo las dos primeras se habla de “reglas sociales”; y si concurren los tres, recién se podrá hablar de “Costumbre jurídica” (Aguilo 2000: 90-97).

Más específicamente, Kelsen dice que la costumbre internacional es creada por los Estados, los órganos internacionales, los órganos internos de cada Estado y la Iglesia Católica, también algunas comunidades jurídicas e incluso los tribunales internacionales; de la misma manera, señala que la norma de derecho consuetudinario internacional es obligatoria para todos los Estados, no solo los que participaron de su formación (Kelsen 1996: 67-77).

También, como señalamos, la doctrina como fuente de derecho ayuda a superar la negativa de la imprecisión de contenido normativo exacto señalada por Rubio. El mismo autor señala que “la doctrina es el conjunto de escritos aportados al Derecho a lo largo de toda su historia, por autores dedicados a describir, explicar, sistematizar, criticar y aportar soluciones dentro del mundo jurídico” (Rubio 2007: 183). Así se reconoce a la doctrina y la costumbre internacional como fuentes del derecho; coincidiendo con Sagüés, quien señala que tanto la costumbre como la doctrina son fuentes de Derecho Constitucional. Así, la importancia de la costumbre in-

ternacional es grande pues complementa y, en ocasiones, sustituye normas por normas que emergen del derecho consuetudinario; por otro lado, la doctrina es fuente de conocimiento de las normas, pues desarrolla, explica, expone e, incluso, critica el orden jurídico constitucional; y, aún más importante, opera como fuente real de normas constitucionales, en cuanto contribuye a producirlas (Sagüés 1993: 131-141).

Aquí, en el caso concreto, se puede observar, como ejemplo, que la norma preconstituyente de forma acerca de la Asamblea Constituyente cumple los requisitos y elementos señalados en palabras de Pareja, “en el Perú, como en el resto de los países americanos, la Asamblea Constituyente de 1978-1979 fue el sistema preferido para dictar una nueva Constitución. De las 11 cartas políticas que han regido nuestro país, nueve han sido aprobadas por sendas asambleas constituyentes. Me refiero a las Cartas de 1823, 1828, 1834, 1839, 1856, 1867, 1920, 1933 y [...] 1979” (Pareja 2005: 210) Como podemos observar, se cumplen los requisitos de repetición, conciencia de obligatoriedad y relevancia jurídica para no afectar el valor de la democracia. Por otro lado, cabe señalar que la Doctrina juega un importante papel también para explicar el contenido de “Asamblea Constituyente”, como se verá a continuación.

Retomando el tema de las normas preconstituyentes; estas son de dos tipos: de contenido o de fondo y de procedimiento o de forma. Las primeras, son normas que atañen especialmente con el contenido del texto preconstitucional; es decir, que limitan y conducen el ejercicio del poder constituyente en el contenido (derechos fundamentales, sistemas de gobierno, formas de reforma, etc.); por otro lado, las segundas son normas respecto a las formas de elaboración y aprobación del texto preconstitucional; es decir, limitan y conducen el ejercicio del poder constituyente en las formas y procedimientos (Congreso o Asamblea Constituyente; referéndum integrativo o autónomo, etc.). Para esta investigación, son las normas preconstituyentes de forma o de procedimiento las que interesan explicar con más detalle; estas se encuentran detalladas en las formas de elaboración y aprobación de un texto preconstitucional; como coinciden Sagüés y Espinosa-Saldaña, estas son:

- Procedimientos representativos de la democracia representativa; o indirectos. Cuando no es la población, sino las personas elegidas por esa población las que en nombre de todos y todas elaboran una constitución.
 - Asamblea constituyente. Cuando un grupo de personas elegidas especialmente para elaborar una constitución se reúne y, luego de cumplida su función, se disuelve.
 - Congreso constituyente. Cuando un grupo humano elegido para elaborar una constitución se convierten en miembros del congreso ordinario.
 - Procedimientos parlamentarios. Cuando se le pide al congreso en funciones nombrado de

acuerdo con la constitución “anterior”, elaborar una nueva constitución.

- Procedimientos participativos, directos o de la democracia directa. Cuando la población, la ciudadanía, quien participa en la elaboración y aprobación; es decir, cuando es consultada vía referéndum.
 - Referéndum integrativo. Cuando la consulta popular está vinculada con un texto elaborado por representantes; este vincula, integra, la actuación de representantes con la consulta popular.
 - Referéndum autónomo. Cuando la consulta popular está vinculada a un texto presentado por el gobierno de turno o por alguien que no ha sido elegido o designado para esa labor.
 - Referéndum programático. Primero se hace la consulta y luego el texto, así se dan parámetros.
 - Referéndum deliberativo o sucesivo. Primero se da el texto y luego la consulta que sólo busca la ratificación del texto ya redactado. (Sagüés 1993: 105-106) (Espinosa-Saldaña 2001: XXIII – XXIV)

Estas son las normas preconstituyentes, que tienen como fuente la costumbre internacional y la doctrina, que son normas provenientes del ejercicio del poder preconstituyente que opera antes del poder constituyente ya sea convocándolo o regulándolo.

2.2. La “Idealidad” de una Constitución

La “idealidad” es un concepto complejo integrado para uso práctico en la presente investigación. Este engloba los conceptos valorativos de legitimidad, validez, representatividad y estabilidad; estos son valorativos pues presentan dualidad de valor (negativo-positivo; patología-modelo):

- Válida – Inválida
- Legítima – Ilegítima
- Representativa – No representativa
- Estable – Inestable

Las nociones de validez, como observación de las pautas previstas de competencia, procedimiento y su compatibilidad normativa (TC 2003: 2-6); y legitimidad, como búsqueda de un valor que resulte compatible con la de otros valores (TC 2003: 2-6), están explicadas con mayor detalle en la sentencia del Tribunal Constitucional EXP N° 014-2003-AI/TC y doctrina de Derecho Constitucional; por otro lado, la noción de representatividad surge del análisis de la realidad social hecho por las Ciencias Sociales, como problema de abismos o brechas que caracterizan la realidad social de nuestro país; por ejemplo, brechas económicas, regionales, territoriales, clasistas, racistas, etc. (Renique 2008: 26),(Callirgos 1993:167),(Flores 1999:18),(C.V.R. 2008: 337); y, por último, la noción de estabilidad surge de la historia, la historia constitu-

cional, de nuestro país, como el criterio cuantitativo (de cantidad) de Constituciones a lo largo de la historia de un país determinado. Así la “Idealidad” existe cuando, realizado el examen de criterios, se cumplen los cuatro con valor positivo señalados: Legitimidad, Validez, Representatividad y Estabilidad.

3. LOS PROCESOS CONSTITUYENTES PERUANOS DE 1979 Y DE 1993 COMO CASOS PARADIGMÁTICOS.

El concepto integrado de “idealidad” ayudará a comprobar la hipótesis planteada en el siguiente trabajo de investigación, pues sus aspectos integrantes sirven de criterios para medir la misma “idealidad” en un proceso constituyente, que se traduciría materialmente como una Constitución válida, legítima, representativa y estable.

Lamentablemente, este último aspecto del concepto de “idealidad” es bastante complicado en un país como el nuestro con una historia constitucional¹ tan complicada. Como señala Landa:

“La historia constitucional peruana ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el ejercicio del poder con plena lealtad constitucional de sus gobernantes. [...] Este curso histórico muestra que las constituciones y la vida constitucional han dependido, directamente, de los acontecimientos políticos y militares de cada época [...] Las necesidades e ilusiones de la población no se han visto satisfechas por las grandes corrientes ideológicas, en cualquiera de sus constituciones; [...] postuladas por los caudillos, además, siempre han buscado cerrar una etapa política e inaugurar una nueva, usualmente autodeterminada como revolucionaria. [...] El Perú ha experimentado a lo largo de su historia constitucional precaria vida democrática, muestra de ello han sido los sucesivos golpes de Estado militares y civiles, como también el incumplimiento de las promesas electorales de los gobiernos representativos” (Landa 2007: 77 – 79)

Como era de esperarse con tan intensa actividad preconstituyente, la doctrina no está de acuerdo respecto a los momentos constitucionales ni constituciones de nuestro país. Por un lado, García Belaúnde señala que el Perú ha tenido, contando con la actual, sólo doce constituciones: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993; pero hemos tenido veinticuatro momentos constitucionales en realidad; de esta manera, según el autor, se hace vigente en nuestro caso, la frase célebre hecha para nuestro país de Manuel Vicente Vi-

llarán: “el Perú ha vivido haciendo y deshaciendo constituciones” (García Belaúnde 2006: 15-21). De otro lado, Pareja señala que en el Perú las diferentes Constituciones y estatutos políticos han sido diecisiete²; de estas, cuatro tuvieron una duración efímera y fueron anatómicas a la realidad del país (1823, 1826, 1856 y 1867) y en sentido estricto sólo se consideran Constituciones las de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979, que son once³.

Si consideramos que la noción de estabilidad surge de la historia, la historia constitucional, de nuestro país, como el criterio cuantitativo (de cantidad) de Constituciones a lo largo de la historia de un país determinado, entonces está en relación proporcional inversa: A mayor número de Constituciones, menor estabilidad (o mayor inestabilidad); y a menor número de Constituciones, mayor estabilidad (o menor inestabilidad). Teniendo como máximo la Estabilidad Plena el caso de la Constitución Norteamericana, simplemente reformada a través de enmiendas, y como mínimo la inestabilidad, el caso de nuestro país.

Así, en nuestro país, el aspecto de la Estabilidad histórica, parte integrante del concepto de “Idealidad” no es tan fácil de analizar. Sin embargo, de esta premisa ya se puede analizar los casos paradigmáticos a ser evaluados. Cabe señalar que por orden temporal, el proceso constituyente de 1979 constituye un proceso más estable que el de 1993 objetivamente. Esto debido a, como observamos, que el primero es temporalmente anterior y se realiza como el proceso de la undécima constitución y el segundo como el de la duodécima, lo cual según el criterio de proporcionalidad inversa es objetivamente cierto.

Otro de los aspectos complicados de “idealidad” es el de Representatividad, que alude específicamente a ¿Cuán representativo es el órgano constituyente en un proceso constituyente determinado? El criterio a ser evaluado es la ocupación por los grupos políticos de diferentes tendencias en los puestos del órgano constituyente. Esto es importante debido a la gran complejidad pluricultural de nuestro país.

Esta complejidad pluricultural que puede encontrar el inicio de la solución por medio de la elaboración y aprobación de una Constitución “ideal” abarca diversas brechas: primero, la brecha regional señalada por Renique citando a Basadre: “¿Cómo explicar que en aquellos tramos de nuestra historia en que el Perú había cesado de existir como Estado el país hubiera seguido existiendo? Propone [...] el concepto de patria invisible [...] realidad fundamentalmente sentimental o ideal, es decir, que se percibe en ese sujeto andino, costeño o selvático que se mueve por el país por su propia cuenta” (Renique 2008: 26); segundo, la brecha clasista/racista señalada por Callirgos quien dice que “en la sociedad peruana existe una identificación entre raza

1 Como señala García Belaúnde, “existe [...] una historia del derecho constitucional, que no es más que un enfoque sobre la evolución en el pasado del derecho constitucional. Y por tanto, en cuanto tal, no es más que un capítulo de la historia del derecho en general. Esto es, la historia del derecho constitucional no es más que una parte, pequeña sin duda, de la historia del derecho. [...] que [...] puede ser tratada en forma aislada, pero sin olvidar que ella es una parte del todo” (García Belaúnde 2001: 10)

2 Sin contar la actual Constitución de 1993, por la fecha de publicación del texto fuente.

3 Sin contar la actual Constitución de 1993, por la fecha de publicación del texto fuente

y clase por lo que clasificar a un individuo dentro de un grupo racial significa también clasificarlo socioeconómica y culturalmente” (Callirgos 1993: 167). De esta manera, observamos que racismo y clasismo en nuestro país están relacionados y constituyen una brecha importante, pues el racismo en un país como el nuestro se da sobre grandes grupos de personas, haciéndolo más corrosivo y perverso, con efectos desintegradores mayores como señala el autor; tercero, el abismo entre Perú formal y Perú profundo señalada con detalle por Flores Galindo en una obra compleja y ajena a esta investigación (Flores 1999: 18); cuarto, quinto y sexto son las señaladas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en su “Hatun Willakuy” versión abreviada del Informe Final, en el cual se señala:

“riqueza y poder se distribuyen desigualmente a lo largo de nuestro territorio, produciendo otras brechas:

- *Entre Lima y provincias. El centralismo creció en las décadas previas al conflicto, ahondando la distancia entre la capital y el resto del país, precisamente cuando éste parecía más interconectado.*
- *Entre costa, sierra y selva. La gravitación económica, demográfica y simbólica de Lima, y la costa en desmedro de los Andes, se fue acentuando conforme avanzaba el siglo XX, hasta desembocar en la crisis de la sociedad andina tradicional. Paralelamente, la Amazonía fue convirtiéndose en una zona de frontera donde los proyectos modernizadores del Estado naufragaron casi apenas formulados.*
- *Entre criollos, mestizos, cholos e indios. A lo largo del siglo XX, las viejas divisiones porosas y borrosas. Sin embargo, no desaparecieron; más bien se reformularon y siguieron pesando en el país las discriminaciones étnico-culturales y raciales.” (C.V.R. 2008: 337)*

Estas son la brecha de centralismo, la brecha regional y la brecha racista, respectivamente.

Así, mediante la participación diversa en un proceso constituyente se logra que los participantes sean el nexo entre los distintos grupos dentro de un país tan complejo y la realidad social impregnada en un texto constitucional entendiéndolo como la base de nuestro ordenamiento jurídico.

Pasemos ahora a analizar los criterios de validez, legitimidad, representatividad y estabilidad que son más complejos cuando se observan en casos concretos.

3.3 Caso modelo: Proceso Constituyente de 1979

Hago alusión al proceso constituyente que tiene como producto final la Constitución Política de 1979, Pareja describe los hechos de manera concreta:

“En Octubre de 1968 se produjo un golpe militar encabezado por el general Velasco Alvarado y un grupo de coroneles, que luego se convirtió en un gobierno militar institucional de la Fuerza Armada. [...] En agosto de 1975, fue desplazado el velasquismo y asumió el gobierno militar un nuevo y responsable grupo castrense presidido por el general Morales Bermúdez, que rectificó muchos de los errores anteriores, limitó el despotismo estatal, permitió el retorno de la libertad de expresión y la actividad de los partidos políticos, y decidió la devolución del poder a los civiles y el retorno a la constitucionalidad por etapas, siendo la primera convocatoria a una asamblea constituyente, que se instaló el 28 de Julio de 1978 y que ha aprobado la Carta de 1979, cuya plena vigencia rigió a partir del 28 de Julio de 1980, en que se instaló un nuevo gobierno, el gobierno constitucional del presidente Belaúnde Terry.” (Pareja 2005: 32-33)

De los mismos hechos señalados, podemos observar que en el proceso se dieron de manera correcta dos criterios de “idealidad”: por seguir un proceso constituyente mediante Asamblea Constituyente (validez) y por ser el retorno a la democracia (legitimidad de origen). En este marco se deben analizar los distintos criterios de la “idealidad”.

Respecto a la validez y legitimidad, como señala Landa, “La Constitución de 1979 cerró el periodo del régimen militar populista iniciado por el general Velasco Alvarado e inauguró, en la década de los ochenta, un amplio escenario democrático *ad hoc* para la reflexión jurídica y política, antes que su verificación en la realidad” (Landa 2007: 79-80) Vemos que Landa coincide con la percepción mayoritaria de los académicos que ven a la Constitución de 1979 como un “modelo” de Constitución legítima y válida por las características de su elaboración y aprobación; así como el contexto político de retorno a la democracia.

Por otro lado, respecto a la legitimidad y estabilidad:

“El funcionamiento el régimen político bajo la Constitución de 1933 resultó muy accidentado, pues ningún gobierno electo en procesos inobjetables logró concluir su mandato entre 1933 y 1968. Se pusieron de manifiesto las dificultades para la estabilidad política. [...] Ello generó cuadros de virtual ingobernabilidad que, finalmente, tuvieron como desenlace la producción de un golpe militar. Esta mala experiencia fue tomada en cuenta por los constituyentes que elaboraron la Constitución de 1979, proceso desarrollado como parte del retorno a la constitucionalidad para culminar el gobierno de la Fuerza Armada que rigió el país entre 1968-80” (Eguiguren 2009: 338-339)

Así, este retorno a la constitucionalidad dotó al proceso constituyente mencionado de legitimidad de origen⁴ y constituye, pese a ser el proceso constituyente de la undécima constitución de nuestro país, un matiz de estabilidad.

4 Como señala Sagüés,

“La ‘legitimidad de origen’ nace de métodos legítimos de designación de quien ejerza el poder constituyente: elecciones limpias, cuando se trata de un poder constituyente de base democrática. En los sistemas monárquicos y aristocráticos, habrá de estarse al leal cumplimiento de los mecanismos legales vigentes, siempre que cuenten con consenso social; y en el supuesto de regimenes de facto, o revolucionarios, al caso de legítimo ejercicio del derecho de resistencia a la opresión, además del necesario consenso de la comunidad” (Sagüés 1993: 102)

Luego, Sardón señala:

“el horizonte político alrededor de 1980 [se inscribe con que] el Perú volvía a la democracia luego del más dilatado paréntesis dictatorial de su vida republicana: el gobierno revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980). [...] La gran mayoría de peruanos estábamos convencidos de que el retorno a la democracia nos aseguraba formidables perspectivas de desarrollo. [...] En el centro de esas esperanzas estaba la Constitución de 1979. Ella parecía la garantía de la seriedad con la que se abría esa nueva etapa en la vieja y compleja historia de la nación peruana [...]; podíamos confirmar la afirmación de Robert A. Goldwin [...] quien señala que la razón principal por la que las naciones se dan así mismas Constituciones son las grandes esperanzas. Fruto de un entendimiento entre el Partido Aprista Peruano y el Partido Popular Cristiano, la Constitución de 1979 parecía, además, un texto político implacable, preñado de sentimientos nobles y generosos”⁵ (Sardón 1999: 11)

Se desprende del texto que este proceso fue representativo pues la alianza entre el Partido Aprista Peruano y el Partido Popular Cristiano, que eran mayoría en esa época, canalizaron los intereses de los partidos minoritarios con representantes en la Asamblea; y que tuvo gran legitimidad de origen como se observa de lo señalado por este autor.

De la misma manera, Pareja menciona acerca de la convocatoria a la Asamblea Constituyente de 1979 y su funcionamiento:

“Doce agrupaciones políticas intervinieron en la elección. La lista que obtuvo mayor cantidad de votos fue la del APRA [...]; seguido por el Partido Popular Cristiano (PPC) [...]; y el Frente izquierdista del FOCEP. [...] Hubo una mayor concurrencia de los peruanos, porque a los cuatro millones de electores se sumaron el millón de los nuevos jóvenes participantes, o sea que, en total, la Asamblea fue elegida por cinco millones de Peruanos. [...] el Partido Aprista Peruano alcanzó los 37 representantes; el Popular Cristiano, 25; el FOCEP, 12; el Partido Socialista Revolucionario, 6 representantes. Los otros siete partidos que participaron [...] alcanzaron 12 representantes. [...] La Asamblea Constituyente encarnó la plenitud de la soberanía y fue la máxima expresión de la voluntad para ese fin específico y único de dictar una Carta Política. [...] respecto a su funcionamiento [...] ha sido la forma sagas, fructífera y creadora que siguió la Asamblea Constituyente para aprobar una Constitución que refleje el pensamiento y la voluntad de la mayoría de peruanos, o sea, el consenso general para tratar de garantizar el funcionamiento eficaz de los gobiernos y asegurar el cumplimiento y perdurabilidad de la nueva Carta Magna” (Pareja 2005: 216-220)

Pareja recopila tres aspectos importantes pues de este texto se desprende la representatividad, legitimidad y estabilidad del proceso de 1979, debido a la participación de diferentes grupos políticos en la elaboración y aprobación de la Carta Magna, además de la esperanza en la perdurabilidad que atañe a la estabilidad y sobre todo esta confianza que le da la legitimidad de origen.

Por último, el mismo autor nos comenta:

“En la Asamblea Constituyente de 1978 – 1979, existieron tres tendencias definidas: la del aprismo centro izquierda, que tuvo el 37 por ciento de representación; la del Partido Popular Cristiano de centro derecha, dirigido por Luis Bedoya Reyes, con un 26 por ciento; y el FOCEP, unido intermitentemente a los otros partidos de izquierda radical que alcanzaron en conjunto casi el 30 por ciento de la representación. [...] La Carta Política fue el resultado de un acuerdo casi permanente entre los dos grandes grupos centralistas” (Pareja 2005: 32-33)

Así, nuevamente observamos mención a la representatividad en el proceso constituyente.

Podemos extraer del análisis de estos textos históricos y de análisis de historia constitucional que el proceso de elaboración y aprobación de la Constitución de 1979, desde la forma que tuvo hasta los detalles más pequeños, cumple con los requisitos de “idealidad” en las normas preconstituyentes de forma o procedimiento, con la salvedad de la especial histórica inestabilidad constitucional peruana.

3.4. Caso patológico: Proceso Constituyente de 1993

Luego de analizar el proceso constituyente de 1979, que ciertamente es casi en su totalidad “ideal”, nos toca analizar la otra cara de la moneda en nuestra historia: el proceso de 1993.

Primero, es bueno mencionar una intervención del profesor Sagüés, atendiendo a una pregunta del profesor Espinosa-Saldaña quien preguntó:

“¿Cuáles son las manifestaciones del Poder Constituyente Irregular, del que tantas experiencias da Latinoamérica? [...] a esto responde Néstor Sagüés... Por poder Constituyente irregular podemos definir [...] el ejercicio en contravención con el proceso de reforma o de cambio constitucional previsto por la constitución preexistente a la actuación de ese poder constituyente [...]. Es posible distinguir dos tipos. [...] Uno de ellos se aproxima al poder constituyente originario: eso pasa cuando quien realiza ese poder constituyente se emancipa totalmente de las reglas jurídicas preexistentes, incluyendo las constitucionales, y actúa liberrimamente. [...] La segunda [...] es la más moderada: solamente viola un segmento del

derecho constitucional preexistente. Por ejemplo si es convocado no por el procedimiento constitucional correcto, sino por otras vías. [...] Otra forma [...] es si transgrede los límites de tiempo, de procedimiento o de materias por el que fue convocado” (Espinosa-Saldaña 1993: 26)

Lo que señala el maestro argentino es la contravención a las normas preconstituyentes en un proceso de elaboración y aprobación de una nueva constitución. Esto atañe especialmente a la validez y legitimidad de origen.

García Belaúnde señala:

“el 5 de abril de 1992, Fujimori dio un audaz golpe de Estado que arrasó toda la institucionalidad y se convirtió en un gobernante de facto; [...] no sólo el golpe de Estado mereció el mayoritario apoyo ciudadano, sino también lo tuvo la convocatoria a una asamblea constituyente, que bautizaron con el nombre bastante cursi de “Congreso Constituyente Democrático”, del que salió la Constitución de 1993, duodécima en nuestra vida republicana y vigente hasta nuestros días. [...] tiempo después se discutió, sancionó y aprobó la constitución de 1993, con las incidencias que todos conocemos” (García Belaúnde 2006:11-12)

Como señala el autor, si bien este proceso tuvo apoyo, después tuvo “incidencias” en los procesos electorales como bien señalan otros autores de manera detallada. Asimismo, el hecho de ser el duodécimo texto constitucional es motivo, como vimos, para carecer de estabilidad y, peor aún, si tomamos este momento como el número veinticinco en procedimientos constituyentes. Como se observa también el “Congreso Constituyente Democrático” es una denominación “cursi” pues fue una forma rara de elaboración y aprobación como se observa en hechos, lo cual hace inválidas las normas preconstituyentes.

Quien detalla las “incidencias” es Eguiguren quien expresa:

“la elección de Alberto Fujimori como presidente en 1990 permitió establecer una continuidad de tres gobiernos consecutivos democráticamente elegidos (en procesos inobjetable) situación singular en la experiencia política peruana. [...] Pero a diferencia de lo sucedido en los gobiernos precedentes de Belaúnde y García, Fujimori careció de una mayoría parlamentaria propia, lo que haría temer que pudiera cumplirse aquella fatal constante de ingobernabilidad o crisis política que traería como desenlace la ruptura del orden constitucional. [...] Finalmente, el régimen democrático fue quebrantado, pero esta vez no por el habitual golpe militar sino por un autogolpe de Estado montado por el propio Fujimori con el respaldo de la cúpula militar, logrando rápidamente el apoyo de los grupos económicos poderosos y de amplios sectores de la población, en clara confrontación con los partidos políticos ‘tradicionales’ [...] Asumió [...] una orientación autoritaria, aspirando a concentrar todo el poder en el presidente (y el ejecutivo) y a gobernar sin oposición ni control parlamentario. [...] El Perú [no] necesitaba de una nueva constitución, pues ningún sector político o

académico había formulado tal planteamiento; [...] Sin embargo, el régimen dictatorial de Fujimori se vio forzado -principalmente por presiones de la comunidad internacional- a Anunciar un pronoto cronograma de retorno a la normalidad institucional democrática. [...] El país se vio así incurso en un proceso constituyente que era producto de una ‘salida política’. [...] El denominado ‘Congreso Constituyente democrático’, ampliamente dominado por el oficialismo, elaboro una Constitución que reproduce parte importante del articulado de la Carta de 1979. [...] fue aprobada mediante un referéndum popular, el 31 de Octubre de 1993, donde e ‘Osi’ obtuvo un apretadísimo (y bastante discutido) triunfo sobre el ‘no’, por una diferencia de escasamente del 4% de los votos” (Eguiguren 2009: 342-343)

Este autor “literalmente” lo dice todo; señala que este proceso constituyente pese a tener, al parecer, legitimidad de origen, se desarrolla de manera inválida e ilegítima por que primero se realiza mediante una forma “amorfa” o “irregular” de norma preconstituyente de forma porque el “Congreso Constituyente” no tiene la forma que se le atribuyó en los hechos y carece de legitimidad pues los procesos del referéndum son dudosos. Asimismo, carece de representatividad pues, como se observa, la mayor parte de constituyentes eran miembros del oficialismo y se revestía una forma de gobierno autoritario encubierto.

Luego, Landa nos habla de ilegitimidad, invalidez e inestabilidad del proceso en análisis:

“en un país como el Perú, donde no existe tradición de estabilidad del Estado de Derecho, ni de instituciones democráticas sólidas, el presidente Fujimori terminó inmerso en una relación de interdependencia con los poderes fácticos-Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia Nacional- y los poderes privados -Gremios empresariales y sobre todo, medios de comunicación-. [...] Entonces en esa situación contradictoria, desde el cuartel general del ejército, el Presidente Fujimori apeló a la razón de Estado para dar el autogolpe del 5 de Abril de 199. [...] El régimen de facto absoluto sintió de inmediato la presión política internacional. [...] por este motivo, [...] convocó a elecciones generales para un Congreso Constituyente [...] Particularmente contó con el apoyo del gobierno de los Estados Unidos y el sostén de las Fuerzas Armadas, de los medios de comunicación, de los grupos empresariales y con el apoyo popular obtenido en las elecciones de octubre de 1992 para el Congreso Constituyente, no siempre de transparentes resultados. Así el gobierno de facto antepuso sus intereses a los de la Constitución. Siguiendo la huellas del inestable derrotero constitucional peruano, el Congreso Constituyente Democrático aprobó un nuevo texto Constitucional” (Landa 2007: 83-86)

De la misma manera, también señala:

“el proceso constituyente de 1993 se inicio con pie forzado, en tanto que constituyó la expresión de la voluntad del poder de facto militar y de las elites económicas, que buscaban sostener y prolongar el gobierno Fujimori, incorporando en el

proyecto constitucional sus políticas de corto y largo plazo. [...] En ese marco autoritario se eligió e instaló, en enero de 1993, el Congreso Constituyente Democrático (CDD), bajo críticas [...] sobre la transparencia electoral de dichos comicios. En dicho Congreso la mayoría parlamentaria electa fue obsecuente al gobierno de facto de Fujimori. [...] El proyecto total de la Constitución política del Perú fue aprobado por referéndum popular en noviembre de 1993, en una votación de discutida transparencia electoral” (Landa 2007: 101-106)

La opinión de Cesar Landa es precisa y correcta en tanto la carencia de validez, legitimidad, representatividad y estabilidad.

De esta manera, observamos que es común a todos los autores mencionados que el “Congreso Constituyente Democrático” fue inválido, en nuestra opinión por contravenir las normas preconstituyentes de forma o procedimiento entre 1992 y 1993; también, ilegítimo de origen pues a pesar de contar con algún apoyo al inicio, todos los autores concuerdan que en la etapa de aprobación por referéndum se produjeron ciertos “incidentes”, que especifica el profesor Eguiguren, los cuales generan pérdida de legitimidad de origen, pues aún se dan en la elaboración y aprobación del texto previo a su funcionamiento.

De otro lado, tenemos la representatividad, la cual tampoco está presente en este proceso constituyente. Lo cual es presumible por los hechos explicados por los autores, en especial por dos aspectos principales: primero, que la búsqueda de una nueva constitución en este proceso fue un medio para lograr concentrar todo el poder en el ejecutivo y encubrir motivos autoritarios, por esto no existió ánimo alguno en representar a mayor parte de la población pues el carácter “maquiavélico” del proceso no lo permitía; y segundo, que el oficialismo y gente adherida a Fujimori coparan la mayoría de los puestos en el “Congreso Constituyente Democrático” quitó toda esperanza de poder representar a la mayoría de peruanos, pues antes de ese fin se quiso, simplemente, satisfacer los caprichos de un gobierno de facto encubierto.

De esta manera, se puede desprender del análisis de estos textos y opiniones de los autores que el proceso de elaboración y aprobación de la Constitución de 1993, desde la irregular forma que tuvo hasta los detalles más pequeños como la ocupación del órgano constituyente no cumplen con los requisitos de “idealidad” en las normas preconstituyentes de forma o procedimiento; es decir, no cumplen con la validez, ni la legitimidad de origen, ni la representatividad y, es peor, en la especial histórica inestabilidad constitucional peruana, pues constituye como ya señalamos el momento constitucional número veinticinco y la duodécima Constitución Política del Perú.

4. LAS NORMAS PRECONSTITUYENTES FRENTE AL DOGMA DE LA INCONDICIONALIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE

4.1. Crítica a la Incondicionalidad del poder constituyente

Antes de cualquier conclusión, después de haber presentado la teoría de las normas preconstituyentes puedo se-

ñalar una crítica al dogma de la Incondicionalidad del poder constituyente como señala la mayoría de la doctrina.

Como señala Hernández:

“el poder constituyente es inicial, autónomo e ilimitado [...se caracteriza por una libertad total que...] significa que es un poder con ‘competencia total’; que ninguna norma anterior, ni de fondo ni de forma puede limitarlo [...Además señala, que sólo...] aparece cuando surge un Estado a la vida jurídica, o bien cuando se rompe el orden constitucional por un hecho ilegítimo respecto al ordenamiento jurídico. Verbigracia, un golpe de Estado, una revolución, un cuartelazo, etcétera.” (Hernández 1993: 146)

Si bien el autor, coincide con la doctrina mayoritaria, en la ilimitación del poder constituyente; debo decir que no coincido con esto. Creemos que, a raíz de los datos expuestos de normas preconstituyentes, en la doctrina argentina del maestro Sagüés, y su sustento de fuentes en la costumbre y doctrina internacional, se rompe el dogma de la incondicionalidad del poder constituyente; pues, en nuestra opinión, sí existen normas, tanto de fondo como de forma que limitan y dirigen al poder constituyente; asimismo, estas normas deben coincidir con los conceptos integrantes de la “idealidad” justo para controlar que no se den los hechos ilegítimos y violentos señalados por el autor como lo son los golpes de Estado o revoluciones.

De otro lado, Marcial Rubio señala:

“El poder constituyente es del pueblo soberano en el más estricto sentido de la palabra. Sirve para establecer un orden constitucional: el primer orden si el Estado recién se funda [...], o para refundar el orden dando una nueva Constitución. [...] La teoría constitucional ha establecido este poder constituyente como originario y fundante de todo otro poder en la organización política” (Rubio 2006:168-170)

Asimismo, Rubio reconoce en él las características de único, extraordinario e ilimitado. Pero con desprecio de esta última característica, señala que la valoración esencial de la sociedad y la humanidad son un límite. En este pasaje Rubio, ya admite un límite al poder constituyente, como vimos en la anterior cita de Hernández, se da una ruptura al dogma del poder constituyente ilimitado; pues existen las normas preconstituyentes que limitan el ejercicio del poder constituyente originario; así como el fundante.

De la misma manera, Oyarte expresa que “El poder constituyente originario es ilimitado positivamente, pero en cambio si tiene límites: elaborar o reformar una Constitución es su esfera de acción, bastante amplio, pero nada más que aquello” (Oyarte 1998: 67) Aquí el autor hace una distinción importante entre límites y limitaciones; sin embargo, discrepo de la ilimitación positiva; pues las normas preconstituyentes son normas que dirigen o regulan el proceso de elaboración y aprobación de una Constitución.

El mismo autor señala que el poder constituyente, de todas maneras, tiene limitaciones implícitas (que no se hayan en normas jurídicas positivas, lo cual criticamos) que son las siguientes:

- La soberanía popular
- La separación de poderes
- La Declaración de Derechos
- La dignidad de la persona humana

Y las consecuencias de su trasgresión son:

- La Constitución rige por la fuerza
- Constituye un Estado de Derecho aparente
- La Constitución se torna antijurídica

De esta manera, observamos los límites y sus consecuencias según el autor (Oyarte 1998: 67-71)

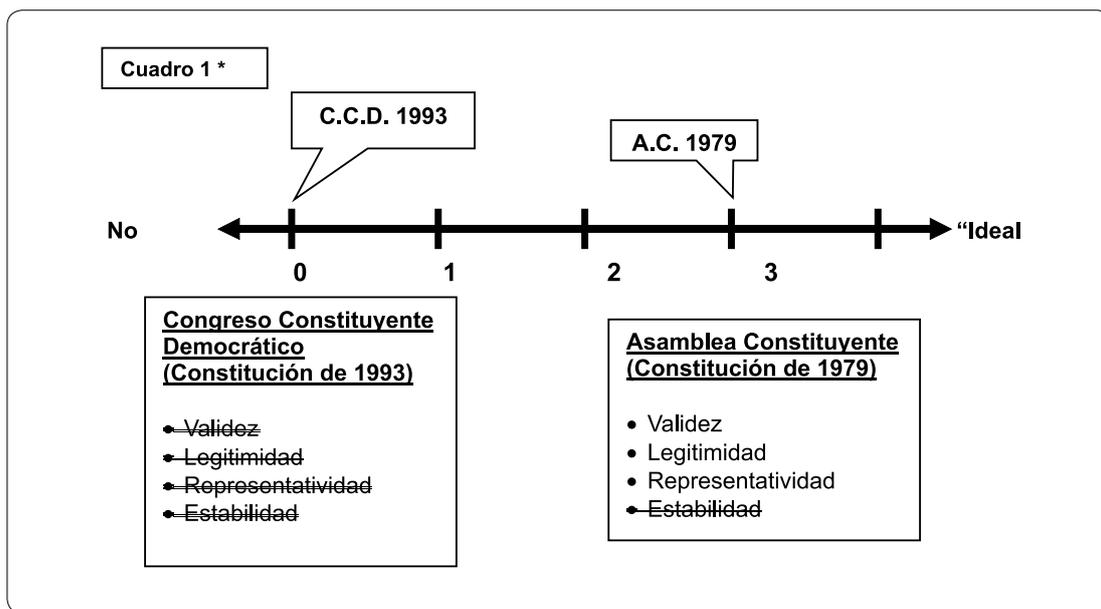
Otro límite que es bastante importante es el que señala Sagüés como Responsabilidad Internacional que consiste en que “un Estado no puede desligarse de sus compromisos internacionales alegando normas de derecho

interno –como sería el dictado de una nueva constitución- [...]. Según nuestro parecer, un cambio de régimen no significa cambio de Estado, y por ello, la actuación de un poder constituyente post fundacional no libera al Estado de sus compromisos internacionales preexistentes” (Sagüés 1993: 103-104)

Así, por la existencia de las normas preconstituyentes podemos observar que se rompe el dogma jurídico de la característica del poder constituyente como “ilimitado”.

4.2. El respeto y reconocimiento “ideal” de las normas preconstituyentes

Por otro lado, toca ahora reflexionar el análisis realizado en los casos paradigmáticos. Como observamos, sin tratar de llegar a resultados absolutos, podemos afirmar que la manera en que los constituyentes encargados de la elaboración de la Constitución de 1979 siguieron las normas preconstituyentes de forma o de procedimiento fue más “ideal” que las seguidas por los encargados de la Constitución de 1993. Esto resalta a la vista del análisis realizado en el capítulo anterior.



(*) El Cuadro 1 demuestra de manera gráfica el resultado del análisis.

El proceso constituyente patológico es el seguido por el Congreso Constituyente Democrático para aprobar la Constitución de 1993, este proceso no cuenta con validez debido a la simple no correspondencia del órgano constituyente con las normas preconstituyentes de forma (invalidez); tampoco cuenta con legitimidad de origen pues, si bien en un principio se cuenta con gran apoyo de sectores importantes, al momento de la aprobación vía referéndum se producen “incidentes” que deslegitiman todo el proceso (ilegitimidad); luego, no existe representatividad porque la mayoría de representantes en el órgano constituyente fueron oficialistas adeptos a Fujimori, quienes lograron por vía encubierta favorecer un régimen de facto y no acaparar los intereses de la mayoría

de peruanos (no representatividad); y, la previamente observada, inestabilidad por ser la duodécima Constitución Política del Perú (Inestabilidad).

El proceso constituyente modelo es el seguido por la Asamblea Constitucional para aprobar la Constitución de 1979, este proceso, en cambio, cuenta con validez pues la Asamblea Constituyente se ejerció con respeto de las normas preconstituyentes de forma o de contenido (Validez); por otro lado, el retorno a la democracia y la esperanza en la nueva Constitución “por venir” le proporcione a este proceso la legitimidad de origen necesaria (legitimidad); después, la composición de la misma Asamblea por una excelente, plural y diversa ocupación

de la representación lleva a resultados de amplia representación (Representatividad); lamentablemente, como se observó previamente, de manera objetiva esta es la undécima constitución política de nuestro país por lo que se convierte en inestable (Inestabilidad).

Como se deduce, el proceso constituyente de 1979 es un modelo “ideal” con la salvedad de la inestabilidad característica de todas las Constituciones recientes y futuras; totalmente al contrario del proceso constituyente de 1993 en el cual ninguno de los aspectos de la “idealidad” se cumple.

Ahora, existen dos problemas que merecen un planteamiento a futuro: nuestra histórica inestabilidad constitucional y el respaldo de coacción de cumplimiento de las normas preconstituyentes.

Primero, como vemos, parecería imposible, por el criterio que hemos adoptado para la estabilidad, que una Constitución futura logre ser históricamente estable pues sería la décimo tercera Constitución de nuestro país lo cual la convertiría sin más en más inestable que la de 1979 e, incluso, la de 1993. Esto parece ser un dilema insalvable, pero creemos que, pese a ser inestable cuantitativamente, ésta por su estabilidad en vigencia (aprobada y publicada) puede llegar a ser estable cualitativamente, lo cual sería una solución concreta al problema de la recurrente inestabilidad cuantitativa.

140

Luego, respecto al segundo problema, debemos entender antes el significado de norma, señalado por Rubio, para este autor, “la norma jurídica es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico-jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento”⁶ (Rubio 2007: 74) Dentro de la misma definición de norma se encuentra esta característica tan importante señalada por el mismo autor, quien indica que:

“[se] supone que el Estado compromete su fuerza detrás de cada una de ellas [(normas)] a fin de garantizar que, en caso de incumplimiento, sus organismos y recursos la harán cumplir. Este elemento permite diferenciar al Derecho de otros sistemas normativos coexistentes con él en las sociedades” (Rubio 2007: 74)

Esto es claro en las normas constitucionales, legales y de tercer rango, pero la pregunta es ¿Quién compromete su fuerza para el eventual incumplimiento de las normas preconstituyentes? La respuesta es aún desconocida y rebasa el ámbito de esta investigación, aunque se puede deducir lógicamente, de parte del estudio realizado, algunas propuestas como lo son los organismos o cortes internacionales a los cuales se encuentra suscrito el Perú, esto basados en que uno de los límites y de los más importantes es la Responsabilidad Internacional, esto quiere decir que sería deber de la Comunidad Internacional por solidaridad y cooperación internacional velar por el correcto ejercicio del poder preconstituyente, así como el respeto y reconocimiento de

las normas preconstituyentes de fondo o de forma según existan en cada país u, anterior, ordenamiento.

Esto último trae a resalte dos aspectos más de problemática respecto a las normas preconstituyentes en cada caso concreto que son el respeto y reconocimiento de las normas preconstituyentes. Si bien podemos observar que en los casos concretos se puede analizar si se respetan o no las normas preconstituyentes (validez), incluso si se realizan de manera legítima, representativa y estable; no es siquiera posible hablar del reconocimiento de estas normas debido al dogma que hemos criticado al inicio de este capítulo. La concepción de la doctrina mayoritaria acerca del poder constituyente como poder “incondicionado” hace que sea imposible el reconocimiento de las normas preconstituyentes; así vemos que esta doctrina se encuentra aún en las profundidades del derecho constitucional.

Por esto, el reconocimiento y el respeto “ideal” (validez, legitimidad, representatividad y estabilidad) de las normas preconstituyentes, de forma o de procedimiento y/o de fondo o de contenido, hacen que una Constitución sea una norma suprema y principal válida, legítima, representativa y estable, transparente, objetiva, participativa y consciente. Aún más si, en el futuro, se logra encontrar un aparato coercitivo para casos de eventual incumplimiento. Sin embargo, por ahora un medio efectivo de solución es la presión de la comunidad internacional y de sus órganos de representación como lo son la ONU, la OEA., etc.

5. CONCLUSIONES

Las conclusiones de esta investigación son las siguientes:

- Las normas preconstituyentes se encuentran en la doctrina del Derecho Constituyente, son de dos tipos: de forma o de procedimiento, y de fondo o contenido. Estas normas son previas al proceso constituyente y son ejercidas por el poder preconstituyente, en su origen, y el poder constituyente, en su ejercicio.
- Las normas preconstituyentes tienen como fuentes la Costumbre Internacional y la Doctrina del Derecho Constitucional. Y son medios para lograr la “idealidad” en los procesos constituyentes logrando así elaborar y aprobar una Constitución, por consiguiente “ideal”.
- Los datos históricos y analíticos del proceso constituyente de 1979 muestran claramente que se llevó a cabo con respeto de las normas preconstituyentes de forma o de procedimiento tanto en validez, legitimidad y representatividad.
- Los datos históricos y analíticos del proceso constituyente de 1993 muestran que se llevó a cabo sin respetar las normas preconstituyentes de forma o de procedimiento ni en validez, ni en legitimidad y ni en representatividad.

- Respecto a la histórica estabilidad constitucional, aceptamos como presupuesto la relación proporcional indirecta que sanciona que a mayor número de Constituciones menor estabilidad y a menor número de Constituciones mayor estabilidad. Por este motivo, los dos procesos que tiene como resultado la undécima y la duodécima Constitución son Inestables.
- La existencia de las normas preconstituyentes en la doctrina del Derecho Constitucional producen una crítica al clásico dogmatismo de la incondicionalidad del poder constituyente; de esta manera observamos que se puede hablar del respeto de estas normas, mas no de su reconocimiento mientras subsista este dogmatismo en la Doctrina mayoritaria.
- Pese al reconocimiento y respeto de las normas preconstituyentes siempre se encuentra problemática que rebasa el campo de investigación del presente trabajo; en este caso son dos problemas puntuales: primero, cómo superar la histórica inestabilidad constitucional de nuestro país y, segundo, quién ejerce el apoyo de coacción frente a un posible incumplimiento de las normas preconstituyentes.
- De lo estudiado, se propone como solución a esta problemática: para el primer problema, una solución de búsqueda de la estabilidad cualitativa frente a la perdurable inestabilidad cuantitativa; y para el segundo problema, se propone que la comunidad internacional a través de sus órganos representativos pueda ejercer el papel ejecutivo de las normas preconstituyentes.

6. BIBLIOGRAFÍA

I. Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (TC)

2003 Sentencia Exp. N° 014 - 2003- AI/TC. Lima.

II. Derecho Constitucional

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy

2001 “Algunas cuestiones sobre reforma constitucional así como acerca de los presupuestos sociales y políticos para su puesta en práctica en nuestro país”. *Revista jurídica del Perú*. Lima, mayo, n° 22, pp. XVII – XXVII.

1993 “Poder constituyente irregular: entrevista al doctor Néstor Pedro Sagüés”. *Derecho & Sociedad*. Año 3, número 7, pp. 26 – 27.

GARCIA Belaúnde, Domingo

2001 “Bases para la Historia Constitucional del Perú”. En LANDA Arroyo, César. *Materiales de enseñanza: historia constitucional del Perú*. Lima: PUCP. Escuela de Graduados. Maestría en Derecho con mención en derecho constitucional.

HERNANDEZ Valle, Ruben

1993 “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”. *Revista es-*

pañola de Derecho Constitucional. Año 13, número 37, pp. 143 – 158.

OYARTE Matínez, Rafael

1998 “Limite y limitaciones al Poder Constituyente”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 25, número 1, pp. 65 – 84.

QUISBERT, Ermo

2007 *Poder Constituyente y Asamblea Constituyente* [en línea]. La Paz: ADEQ. Consulta: 19 de Septiembre del 2009.

< <http://geocities.com/derechoconstitucional2001/poderconstituyente.htm> >

REQUEJO Pagés, Juan Luis

1998 *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RUBIO, Marcial

2006 *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP.

SAGÜES, Néstor Pedro

1993 *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: ASTREA.

SALDAÑA, Mario

1989 “Crisis y mutación constitucional”. *Themis*. Época 2, número 15, pp. 75 – 78.

SARTORI, Giovanni

1994 *Ingeniería Constitucional comparada*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

III. Fuentes del Derecho

AGUILO Regla, Josep

2000 *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: ARIEL.

GOMES Canotilho, José Joaquím

2004 “Teoría de la Constitución” en *Cuadernos Bartolomé de las Casas (volumen n° 31)*. Madrid: Dykinson.

KELSEN, Hans

1996 *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Traducción de Nicolás de Piérola. Lima: Cultural Cuzco S.A.

RUBIO, Marcial

2007 *El sistema jurídico: introducción al derecho*. 9na edición. Lima: PUCP.

STERNBERG, Theodor

1940 *Introducción a la ciencia del derecho*. 2da edición. Barcelona: Labor.

IV. Ciencias Sociales

ANSION, Juan; TUBINO, Fidel y ALFARO, Santiago

2008 *Ciudadanía Intercultural. Conceptos y pedagogías desde América Latina*. Lima: PUCP.

CALLIRGOS, Juan Carlos

1993 *El Racismo Peruano: la cuestión del otro (y de uno)*. Lima: DESCO.

Comisión de Entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)

2008 *Hatun Willakuy*. 1ra reimpresión. Lima: Perú.

FULLER, Norma

2003 “Ciudadanía Multicultural: ¿Proyecto o utopía?”. *Que hacer (DESCO)*. Número 137, pp. 155 -165.

LOPEZ, Sinesio

1997 *Ciudadanos reales e imaginarios*. Lima: Instituto de Diálogo y Propuestas.

RENIQUE, José Luis

2008 “Esperanza y fracaso en la historia del Perú”. En PASARA, Luis. *Perú en el Siglo XXI*. Lima: PUCP, pp. 15 – 45.

V. Historia Constitucional

BASADRE, Jorge

2002 *La iniciación de la República*. Tomo I. 2da edición. Lima: UNMSM, fondo editorial.

EGUIGUREN Praeli, Francisco José

2009 “Las Particulares relaciones entre gobierno y parlamento en el Presidencialismo latinoamericano. El caso peruano”. En Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Cons-

titucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Maestría en Derecho Constitucional PUCP *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima, 16 – 19 de Setiembre de 2009) [Tomo 2]*. Lima: IDEMSA, pp. 329 – 355.

FLORES Galindo, Alberto

1999 *La tradición autoritaria*. Lima: APRODEH.

GARCIA Belaúnde, Domingo

2006 *Las constituciones del Perú*. 2da edición. 2 volúmenes. Lima: Universidad San Martín de Porres.

LANDA Arroyo, César

2007 *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 3ra edición. Lima: Palestra.

1993 “El Proceso Constitucional en América Latina”. *Derecho & Sociedad*. Año 3, número 7, pp. 29 - 33.

PAREJA Paz Soldán, José

2005 *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*. 2da edición. Lima: PUCP.

SARDÓN, José Luis

1999 “*La Constitución incompleta: reforma institucional para la estabilidad democrática*”. Lima: Instituto Apoyo.

VI. Métodos de investigación

HERNANDEZ Gil, Antonio

1988 *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid: Espasa-Calpe.