

El pensamiento constitucional y la idea de constitución en el Perú del siglo XIX

CARLOS MESÍA RAMÍREZ

El 26 de junio de 1997 sustenté en la Pontificia Universidad Católica mi tesis para obtener el grado de magister con mención en Derecho Constitucional, «**El Pensamiento Constitucional en el Perú del Siglo XIX**». Marcial Rubio Correa, informante de la tesis, señalaba que se trataba de una «historia de las ideas constitucionales peruanas del siglo XIX que aborda el pensamiento de los principales ciudadanos que dejaron rastro escrito de sus posiciones, vinculándolos tanto al entorno intelectual de su tiempo en el Perú, como a las influencias europeas más importantes que pueden rastrearse en ellos».

La investigación se inicia con la revolución de la enseñanza del derecho en el colegio de San Carlos gracias a la labor desplegada por Toribio Rodríguez de Mendoza, quien introdujo en el Perú las ideas pactistas del Derecho Natural clásico a través de la obra de Johan Gotlieb Heinecio¹⁻². Sin limitarme al mero comentario de obras y autores, mi intención fue establecer una caracterización del pensamiento constitucional decimonónico. Leída ahora a un año de su sustentación, libre de las naturales tensiones, pienso que en líneas generales lo que sostuve ante el jurado calificador no ha perdido vigor.

¹ JOHAN GOTLIEB HEINECIO, *Elementos de Derecho Natural y de Gentes*, Ayacucho, imprenta de Braulio Cárdenas, 1832.

Luego de la lectura de los autores más representativos, como Bartolomé Herrera, Silvestre Pinheiro, Toribio Pacheco, Felipe Masías, Manuel Atanasio Fuentes, Luis Felipe Villarán, José María Quimper y Manuel Vicente Villarán, entre otros, concluía que el pensamiento constitucional en el Perú del siglo XIX fue tributario de concepciones europeas conservadoras, cronológicamente posteriores a las doctrinas jusnaturalistas que predominaron durante la Revolución Francesa y Americana. El resultado de esta concepción significaba entender la Constitución no como una norma suprema informadora de valores que los poderes constituidos no pueden violar, sino como una Ley Suprema que sólo tiene como objetivo organizar y conservar la regularidad de los poderes del Estado, y que es esta concepción la que explica, en parte, la tardía institucionalización de la jurisdicción constitucional.

La Constitución como norma suprema configura y ordena los poderes del Estado, pero también establece los límites para el ejercicio del poder político y delimita el ámbito de actuación de los derechos fundamentales, estableciendo al mismo tiempo los fines y las prestaciones que el poder debe realizar en beneficio de la comunidad. Bajo estos supuestos la Constitución se presenta como un ordenamiento supremo que emana del poder constituyente del pueblo. En esa medida los preceptos que emanan del Poder Legislativo sólo adquieren validez si es que no contradicen el sistema formal de producción establecido por la propia Constitución, ni el conjunto de los valores que la propia Constitución expresa.

En el desarrollo del Derecho Constitucional de Occidente puede observarse dos líneas evolutivas que conducen, la primera, a una concepción de la Constitución como una norma eminentemente jurídica, y la segunda, a una concepción de la Constitución como una norma meramente política. La primera línea evolutiva concibe la Constitución como una norma fundamental que contiene un conjunto de valores metapositivos que los poderes constituidos no pueden violar. Heredera de la tradición jusnaturalista europea, con raíces en Locke y Kant, esta concepción conduce a entender la Constitución como norma jurídica que vincula tanto a gobernantes como a gobernados. Su principal contribución va a ser la afirmación de un control de la constitucionalidad de las leyes, debido a que la sociedad política se ha fundado para preservar las libertades de los ciudadanos frente a cualquier arbitrariedad, aun frente a las arbitrariedades del poder legislativo. Desarrollada por el constitucionalismo americano, su primer atisbo puede observarse en la primera enmienda a la Constitución americana que supone ya un límite al poder del Parlamento: *«El Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y de presentar peticiones al gobierno»*. Al respecto, Eduardo García de Enterría, afirma que:

«Los orígenes de esta concepción normativa directa de la Constitución proceden, claramente, del Constitucionalismo norteamericano.

La idea de Constitución como *supreme law of the land*, como se proclama en el artículo VI, sección 2ª, de la Constitución de 1787, viene a su vez, de dos fuentes: del pactismo social, y sobre todo de Locke, que ve en un pacto social básico el fundamento de todo orden político y jurídico, y la idea de un *higher*

law, la idea de un derecho natural concebido como *fundamental law* y *lex legum*, idea que aportan los puritanos al suelo americano y en nombre de la cual los colonos concluirán por romper el lazo de obediencia al Rey inglés al ignorar esos derechos superiores. (...) La idea de una supremacía jurídica de la Constitución la hace prevalecer, pues, frente a las Leyes»³.

La segunda línea evolutiva, en cambio, hunde sus raíces en la teoría europea del «principio monárquico» como fuente formal de la Constitución, lo que implica reducirla a un simple texto normativo articulador de los poderes del Estado sin mayor trascendencia general. El mismo Eduardo García de Enterría manifiesta:

«... la idea europea de Constitución será distinta. Es cierto que en las Asambleas revolucionarias francesas resuenan concepciones análogas (la idea de Constitución como obra de un poder constituyente superior, expresión de la «soberanía nacional», el enunciado de muchos de los derechos del hombre y del ciudadano contenidos en la gran Declaración de 1789 como claros límites al legislador), pero esa concepción va a perecer. Por una parte, desde la izquierda, a partir de la concepción jacobina de la primacía absoluta del poder legislativo, expresión permanente de la voluntad general ilimitada. Por otra parte, desde la derecha, tras Napoleón y la Restauración, que limitarán la función de la Constitución a una articulación de poderes superiores que, además, el Rey «otorga» o, como mínimo (versión española del «principio monárquico»), codecide con el pueblo. Todo el XIX será tributario de esta concepción desvalorizada de la Constitución; la reivindicación democrática se hará jugar a en favor de la omnipotencia del legislativo»⁴.

Bajo la última de estas concepciones, la Constitución no supone una norma que haga referencia a valores metapositivos que es preciso defender y salvaguardar, sino una norma política encargada de introducir coherencia en la organización del Estado. Así es que se habrá de construir la tesis del poder neutro otorgado al Monarca o al Jefe de Estado. Una suerte de instancia moderadora de las competencias y las funciones estatales. El más insigne cultor de esta teoría habrá de ser Bejamín Constant:

«La Monarquía Constitucional crea este poder neutro en la persona del jefe de estado. El interés verdadero de este jefe no es modo alguno que uno de estos poderes derribe al otro, sino que todos se apoyen, se entiendan y obren de mutuo concierto. No se ha distinguido hasta ahora en las organizaciones políticas más que tres poderes.

Encuentro yo cinco, de naturalezas diversas, en una monarquía constitucional: 1. el poder real; 2. el poder ejecutivo; 3. el poder representativo tradicional; 4. el poder representativo de la opinión; 5. el poder judicial (...) El poder real está en medio, pero encima de los otros cuatro, autoridad a la vez superior e

³ EDUARDO GARCIA DE ENTERIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 7ma. Edic., 1996, tomo I, p. 96, 97. En el mismo sentido, confróntese también IGNACIO DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 2a. edic., 1995, p. 13.

⁴ *Ibid.*, p. 97. También IGNACIO DE OTTO, *Op. cit.*, p. 13,14

intermediaria, sin interés en perturbar el equilibrio e interesada, por el contrario, en conservarlo⁵.

El principio monárquico, o esta idea de Constitución europea, hace del Rey, como poseedor fáctico del ejército y la burocracia, una instancia anterior al poder constituyente del pueblo respecto del cual la Constitución será a lo sumo un conjunto de limitaciones «*a posteriori*», sin que pueda convertirse a la larga en una fuente originaria de competencias y de derecho. Muy por el contrario, bajo la concepción que entiende a la norma constitucional como una norma jurídica informada de valores, se hace necesario diseñar un conjunto de garantías institucionales destinadas a defender la Constitución, antes que el establecimiento de instancias moderadoras de la coherencia organizativa del poder. Esto implica la materialización de un sistema de jurisdicción constitucional no para introducir coherencia en la vida jurídica del Estado, sino más bien para configurar un conjunto de garantías protectoras de la Constitución, en la medida que la Ley Fundamental es la expresión de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. Lo que significa que el poder se halla sometido a la Constitución y que los preceptos normativos están sujetos a un control de constitucionalidad.

En el pensamiento constitucional peruano del siglo XIX predominará la idea de que la Constitución es una norma organizativa de los poderes del Estado, más que un sistema preceptivo limitante del poder y defensora de derechos y valores fundamentales. Si el Estado está en la obligación de respetar los derechos humanos no es porque la sociedad política haya sido fundada por el individuo, sino porque el Estado tiene como deber primordial realizar el bien común. No resulta casual por ello verificar cómo en el debate sobre el origen del poder, primará en forma unánime la idea de que no es el contrato social el que ha dado nacimiento a la organización política, sino que el Estado se impone al hombre porque éste es un ser sociable por naturaleza ; y que cuando se plantee inevitablemente el problema de salvaguardar la Constitución, se proponga la institucionalización de poderes neutros o conservadores, siempre sometidos, en última instancia, a la voluntad política del Parlamento. Así se explica por qué en el pensamiento constitucional decimonónico, sólo se articulan mínimamente algunos esbozos de control de constitucionalidad de las leyes, y que más bien sea profusa la formulación de organismos neutros o moderadores.

Como demostración de estas afirmaciones, paso a continuación a reseñar muy brevemente, las ideas de los autores que, en mi opinión, ilustran con más claridad esta postura.

EL DERECHO PÚBLICO Y CONSTITUCIONAL DE RAMÓN DE SALAS Y CORTÉS

Si bien la influencia de Ramón de Salas y Cortés es relativa, la impresión de su obra en el Perú y su posible asunción como texto de enseñanza en la cátedra de Derecho Público y Constitucional, allá por los años de 1827, habla mucho en torno a la influencia

⁵ BENJAMIN CONSTANT, *Curso de Política Constitucional*, Madrid, Taurus, 1968, 3er. Vol. de la colección «Clásicos de la Política», trad. Y prólogo F.L.Yturbe, pp. 14, 15.

que tuvo en el Perú la Constitución Gaditana⁶. Gran parte de las postulaciones del pensamiento constitucional peruano se hallan ya en esencia desarrollados por este profesor español, como por ejemplo las argumentaciones de Toribio Pacheco sobre las causas que han hecho posible el federalismo en los Estados Unidos y lo negativo que supondría su implantación en el Perú; o la imposibilidad de trasladar mecánicamente instituciones foráneas a realidades distintas, –argumento recurrente en los autores del siglo XIX– tienen ya afirmación en la obra de Ramón de Salas y Cortés. El concepto aristotélico de que el Estado ha sido creado para realizar el bien común; la tesis montesquiana de que el juez es simplemente la boca por la que habla la ley, aserto general en el siglo XIX, y la existencia de un poder neutro o conservador, como medio de salvaguardar la regularidad constitucional de las leyes, tienen su primera postulación en la obra de este profesor español.

En efecto, el control de la constitucionalidad de la ley se otorga a un poder conservador, cuarto poder, en la teoría de Ramón de Salas y Cortés, «cuerpo intermedio destinado a oponerse a las naturales extralimitaciones de los otros poderes», conformado por hombres mayores de cincuenta años, cuya función de guardianes de la Constitución es incompatible con cualquier otro cargo público, y que son elegidos por los colegios electorales sobre una lista de candidatos formada a iniciativa de los poderes legislativo y ejecutivo. Entre sus funciones estaba la de «declarar la inconstitucionalidad, y por consiguiente la nulidad de los actos del cuerpo legislativo, ó del cuerpo ejecutivo, sobre la reclamación de uno de los dos, ó sobre otras provocaciones que la constitución tenga por válidas»⁷.

Sin embargo, como la naturaleza de los cuerpos conservadores es la de conciliar la doctrina democrática con el poder de la monarquía, la tesis del poder conservador no iría más allá de su mera postulación. Sin monarquía con quien conciliar, en el Perú, el poder conservador no pasaba de ser una proposición que respondía a imitaciones foráneas. Amalgama de teorías contrapuestas el pensamiento constitucional decimonónico se va abriendo paso bajo las siguientes premisas: el ejercicio del poder tiene un origen divino pero que Dios traslada al pueblo a través de la necesidad humana de vivir en sociedad. El Estado se construye más que para la protección de derechos para hacer realidad el bien común y el Parlamento como gran representante de la soberanía popular sólo está sometido a un autocontrol. Esta será la línea de pensamiento que con ligeras variantes se impondrá en el pensamiento constitucional. La teoría constitucional se construye sobre los supuestos de que es el Parlamento el poder supremo. En medio de ello, como gran vértice de discusión principal, el debate sobre el origen del poder, iniciado con las doctrinas de Heineccio, continuadas por Bartolomé Herrera y por los que lo sucedieron posteriormente.

⁶ Cfr. EDGAR CARPIO MARCOS, *La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional*, en «Themis», Rev. De derecho, 2a. época, N° 32, Lima, 1995, pp. 221-230.

⁷ RAMON DE SALAS Y CORTÉS, *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las Escuelas de España*, Lima, 1827, en la imprenta republicana por José María Concha, p. 82.

Felipe Masías

Al igual que Bartolomé Herrera, rechaza Felipe Masías la posibilidad de que el Estado haya sido una construcción voluntaria y racional del hombre. La organización política se impone más bien a la humanidad como un imperativo ineludible que tiene su fundamento en la naturaleza sociable del hombre. El que suscribe, dice Felipe Masías, «no tiene embarazo alguno en afirmar que el principio de autoridad es de origen divino»⁸. Ignora las elucubraciones en torno a la teoría pactista. Para el autor de las *Breves Nociones de la Ciencia Constitucional*, el derecho de mandar en la sociedad no tiene su origen en el pueblo sino que es un hecho natural que responde al modo cómo Dios ha dispuesto las cosas.

Frente a la posibilidad de que la justicia pueda controlar la constitucionalidad de las leyes, Felipe Masías se pronuncia:

«Es un deber del Poder Judicial declarar como inconstitucionales las leyes secundarias que realmente lo sean, y prescindir de aplicarlas mientras tanto no se decida el país, con la elección que haga de todos sus funcionarios, si se les deberá o no promulgar como verdaderas leyes»⁹

Como se observa, Felipe Masías convierte el control judicial de constitucionalidad de la ley a una suerte de veto suspensivo que el parlamento puede vencer «con la elección que haga de sus funcionarios». De esta suerte el poder conservador reside, según el pensamiento de Felipe Masías, en la opinión pública y no en un monarca.

Toribio Pacheco

Personalidad multifacética, Toribio Pacheco ha desplegado su labor en los más variados campos de la actividad intelectual. El periodismo, la economía, la política y el derecho ocuparon la vida de este peruano muerto prematuramente a la edad de 40 años cuando aún su talento inusual no había dado lo mejor de sus potencialidades. Anima su obra un espíritu moderno, un sentido de las instituciones no como fenómenos etéreos sino como realidades socialmente enraizadas. Sus reflexiones tienen un marcado matiz sociológico. Es este sociologismo lo que lleva a Toribio Pacheco a subordinar la Constitución formal a la material. «Para nosotros –afirma el autor de *Cuestiones Constitucionales*– la forma no es nada siempre que asegure la realización del fin social, siempre que proporcione a los asociados justicia y medios de desarrollo y progreso»¹⁰. «Los vicios –añade– no dependen quizá tanto de la forma que la Nación ha adoptado cuanto del carácter y de las costumbres de los asociados»¹¹.

Con notable perspicacia, Pacheco reconoce la naturaleza flexible de las constituciones:

⁸ FELIPE MASIAS, *Breves Nociones de la Ciencia Constitucional*, Lima, Imp. de José Masías, 2a. edic. 1860, p. III.

⁹ Ibid, pp. 35, 36.

¹⁰ TORIBIO PACHECO, *Cuestiones Constitucionales*, Lima, Grijley, 3a. edic., 1996, con prólogo de Domingo García Belaunde y estudio preliminar de José Palomino Manchego, p. 109.

¹¹ Ibidem, p. 109.

«Una Constitución, ya lo hemos dicho, debe ser un medio de realizar el fin social, y no un medio fijo sino un medio variable, elástico, que se adapte a las necesidades del país, que pueden cambiar de un día a otro. Dotarla de fijeza e inmutabilidad es encerrar a las naciones en el estrecho círculo de POPILIO; es condenarlas a la inmovilidad...»¹².

El principio de la supremacía constitucional, los procedimientos agravados para reformar la Constitución como garantía de esta supremacía, no forman parte del andamiaje teórico del jurista arequipeño. Pacheco privilegia la Constitución material porque en su opinión uno de los países más democráticos del orbe, Inglaterra, no posee Constitución escrita y sin embargo es un régimen de libertad y de igualdad ante la ley. La garantía contra las potenciales violaciones a la Constitución no se hallan, en consecuencia, en los procedimientos agravados de reforma a la Constitución, ni en ningún tipo de control sobre los actos legislativos del Congreso, porque «la verdadera constitución de un país reside en las costumbres y en los hábitos de un pueblo». Y como el Parlamento es la representación legítima de la nación, a él le corresponde decidir la reforma constitucional con la misma autoridad que posee el Poder Constituyente:

«Allí el Parlamento (en Inglaterra), es decir, el Poder Legislativo, lo es también constituyente; él puede variar las partes más esenciales de la organización política del país, así como puede derogar las disposiciones a que se ha dado el nombre de leyes propiamente dichas. No hay en ese país artículo alguno que coarte la voluntad omnipotente del cuerpo legislativo; todo lo que de él emane debe ser religiosamente observado, hasta que tenga a bien cambiarlo (...) Este sistema es desde todo punto de vista conforme con lo que sugiere la teoría racional»¹³.

Lanzando duros epítetos contra la función judicial, Pacheco manifiesta que en nuestras constituciones sucede todo lo contrario:

«En ellas se establecen las garantías individuales, pero no de un modo absoluto sino con restricciones para ciertos casos de que es juez no la Nación entera por medio de sus representantes, sino, por lo común, un agente inferior del Poder Ejecutivo, que tal vez ni conocimiento tiene de las leyes, **un empleado judicial a quien el interés o el coecho hacen faltar a los deberes de su conciencia y de su carácter**. El sistema de interpretación, y de una interpretación arbitraria, es el que rige; la fuerza es la que impera; los abusos son los que gobiernan a la sociedad»¹⁴

Constitución flexible, parlamento omnipotente, poder constituido en equiparidad de atribuciones con el poder constituyente y una desconfianza en la conducta funcional de la magistratura; aquí no cabe jurisdicción constitucional alguna, salvo el autocontrol del propio parlamento.

¹² Ibidem, p. 104.

¹³ Ibidem, p. 99.

¹⁴ Ibidem, p. 102, el subrayado en negrita es nuestro.

Manuel Atanasio Fuentes

Es el problema de la titularidad de la soberanía lo que para Manuel Atanasio Fuentes «constituye la cuestión de derecho constitucional mas ardientemente debatida, siempre actual, siempre planteada y nunca resuelta»¹⁵. En este debate, Manuel Atanasio Fuentes afirma, luego de denostar las tesis de Rousseau y de Hobbes, que la verdadera teoría de la soberanía es la que más se conforma con la naturaleza del hombre, es decir, que «no ha sido la sociedad un hecho humano», fruto de un pacto político, sino que ella es el resultado del designio divino, pero sin que esto implique que Dios haya comunicado la soberanía de una manera permanente a una determinada persona, a una familia o a una casta. Más bien ella «vive en el seno de la sociedad que se forma: es la condición esencial de su existencia»¹⁶. Según Manuel Atanasio Fuentes, La teoría del pacto es contraproducente porque si se la admitiera sería origen de trastornos sociales, ya que aquellos que se sublevarían contra las leyes aducirían como pretexto el no haber consentido en su celebración. Si el poder existe en el seno de las sociedades es por la fuerza misma de las cosas, ya que en todas partes habrá sociedades con un poder en la cúspide que haga cumplir la ley en aras del progreso y el bienestar general.

En su afán de terciar en el debate con una posición diferente, Manuel Atanasio Fuentes se separa de las teorías pactistas, pero a su vez, de las tesis propugnadas por Bartolomé Herrera y elabora una teoría sino original, por lo menos diferente. Esta nueva forma de legitimar el ejercicio del poder se asienta sobre la idea del bien común. Como las sociedades y el Estado han sido creados por Dios que ha hecho a los hombres sociables, la soberanía supone un vínculo jurídico que tiene la razón de su existencia en el hecho de que el soberano tiene como misión velar por el bien de todos.

El ciudadano no se debe al Estado sino en la medida que los sacrificios que haga a favor de la comunidad política se resuelvan en beneficio suyo. El Estado –afirma Manuel Atanasio Fuentes– «Es una institución de garantía cuyo objeto último es la vida, la libertad y el bienestar de todo miembro que acepta y observa las leyes bajo las cuales puede únicamente desplegarse, de un modo indefinido, la libertad del individuo, sin perjudicar la actividad legítima de otro»¹⁷.

El soberano en el Estado es el resultado de un vínculo jurídico. «El soberano –nos dirá Manuel Atanasio Fuentes– no es tal «sino a consecuencia de una ley de derecho exclusivo a los hombres»¹⁸. Porque los animales pueden vivir en manadas o rebaños obedeciendo a los impulsos del instinto, pero el hombre no. Los hombres viven en sociedad como resultado de más elevadas miras.

Frente a la disyuntiva de obedecer preceptos normativos injustos, Manuel Atanasio Fuentes recusa las conclusiones de Pinheiro Ferreira, quien afirma que si el precepto injusto sólo daña a un particular no es posible emplear la resistencia pacífica a la norma

¹⁵ MANUEL ATANASIO FUENTES, *Derecho Constitucional Filosófico*, Lima, Imprenta del Estado, 1873, p. 6.

¹⁶ *Ibidem*, p. 8.

¹⁷ *Ibidem*, p. 14, 15.

¹⁸ *ibidem*, p. 37.

porque ello supondría perturbar la paz pública. Manuel Atanasio Fuentes replica aduciendo que el principio no puede ser aceptado de un modo absoluto, ya que los derechos del individuo no pueden estar nunca en contradicción con los derechos de la sociedad:

«... cuando se atacan los derechos de un particular, se atacan los de la sociedad encargada de hacer ciertas las garantías que ofrece a los asociados (...) Adoptar el enunciado principio importaría tanto como establecer el absurdo de que el estado social podía alguna vez ser perjudicial y contrario á los derechos naturales»¹⁹.

Pero la declaración expresa de que el precepto normativo injusto no puede ser obedecido no se traduce en la necesidad de establecer algún mecanismo de control constitucional. Manuel Atanasio Fuentes no se ha desprendido de la concepción decimonónica de que los jueces son la simple boca por la que habla la ley, concepción que imposibilita el desarrollo de un cabal control judicial de la constitucionalidad de las leyes. En su «Diccionario de Jurisprudencia y Legislación Peruana», que Manuel Atanasio Fuentes escribió junto con Miguel Antonio de la Lama, afirma que el juez puede resolver los casos con recurrencia al derecho natural o a los principios de equidad sólo cuando la ley no es clara y en tanto que el Congreso no haga uso de su potestad para interpretar la ley auténticamente:

«No debe pretenderse elevar la sabiduría del magistrado sobre la sabiduría omnipotente del legislador (...) los tribunales no forman el derecho, lo aplican»²⁰

Frente al dilema de controlar el abuso del legislativo, Manuel Atanasio Fuentes recurre a las posiciones teóricas, ya comunes en el pensamiento constitucional del siglo XIX en el Perú, que sostienen la necesidad de instaurar un poder neutro, pero sin que se traduzca en una clara formulación de cómo es que hay que estructurar este poder. Haciendo suya extensamente la opinión de Bartolomé Herrera en torno al poder conservador, Manuel Atanasio Fuentes recurre a la formulación declarativa de un poder neutro o conservador, pero sin resolver a fondo el dilema del control de la constitucionalidad de la ley:

«Hablaremos en su lugar de la organización de los congresos y de lo que entre nosotros se ha llamado poder conservador y veremos que mientras no se conceda al ejecutivo el veto, á lo menos suspensivo, y una disposición constitucional prohíba al gobierno y a los tribunales la aplicación y cumplimiento de las leyes y resoluciones injustas, anticonstitucionales ó invasoras de los demás poderes, la arbitrariedad de los Congresos será siempre un hecho»²¹.

¹⁹ Ibidem, p. 47.

²⁰ MANUEL ATANASIO FUENTES y MIGUEL ANTONIO DE LA LAMA, *Diccionario de Jurisprudencia y Legislación Peruana*, Lima, Imprenta del Estado, 1877, Vol. I, «arbitrio del juez», citado por Fernando de Trazegnies, *La Idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Lima, Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial, 2a. edic., 1992, p. 135.

²¹ MANUEL ATANASIO FUENTES, *Derecho Constitucional Filosófico*, Op. cit., p. 176

La modalidad de un control de la constitucionalidad de la ley bajo una suerte de veto suspensivo habrá de ser expresamente formulada años después por José María Quimper en su «Derecho Político General».

EL DERECHO POLÍTICO GENERAL DE JOSÉ MARÍA QUIMPER

La primera parte del Derecho Político General en la obra de Quimper, dedicada a sentar las bases de una supuesta gran ciencia política general, abarcadora y totalizante, no es más que un Derecho Constitucional General con reminiscencias de Filosofía del Derecho, Derecho Natural, Sociología, Historia, etc. con poco rigor dogmático. Una suerte de enciclopedismo muy al estilo de finales de siglo XIX cuyo último sentido es el de justificar el ejercicio del poder que se ejerce con arreglo al principio de la Soberanía Popular. El Derecho Constitucional en el pensamiento de José María Quimper es una aplicación directa de las conclusiones de una supuesta ciencia política o de un Derecho Político General.

Los contenidos de un verdadero Derecho Constitucional sólo pueden tener aplicación bajo un régimen republicano:

«Podemos decir igual cosa del Derecho Constitucional. Las materias de que se ocupa son completamente del dominio de la Ciencia Política, y sin embargo, la mayor parte de los Derechos Constitucionales escritos, comprenden disposiciones y doctrinas contrariamente opuestas á las que sostiene y debe contener el Derecho Político General. Cuando la forma de Gobierno es republicana, suele el Derecho Constitucional estar en armonía con la Política; pero en los gobiernos monárquicos ese acuerdo no existe: es imposible»²².

En esta medida toda Constitución debe constar de dos partes: una que comprenda la enumeración de los principios sociales o individuales; y la otra, dedicada a organizar los poderes del Estado. Lo que supone que una Constitución se ocupa primeramente de establecer las bases sobre las cuales la sociedad descansa, de fijar los principios que esas bases presuponen y de exponer detalladamente cada uno de los derechos que de esos principios emanan. En lo segundo, una Constitución ha de contener los principios internacionales, la forma de gobierno, la estructuración de los poderes, sus atribuciones, límites y relaciones entre éstos. En suma, como dice el propio Quimper, «*la Constitución debe ser una exposición suscinta, clara y completa de toda la doctrina que abraza el derecho político general*»²³

Pero lo más notable en el pensamiento de Quimper, va a ser sus relaciones entre Poder Constituyente y Poder Constituido. Aquí se va a hacer evidente una abierta contradicción en sus reflexiones, visto el análisis desde la teoría de la jurisdicción constitucional. Propone el autor del Derecho Político General un planteamiento original: la imposibilidad por parte del parlamento de reformar o modificar la Constitución. Desde la posición arquimédica de que el poder reside en el pueblo, el poder constituyente, única manera de modificar el pacto político debe ser obra del pueblo soberano.

²² JOSE MARIA QUIMPER, *Derecho Político General*, Lima, Benito Gil, t. 1, p. 14

²³ *Ibidem*, p. 129.

Pero como el ejercicio directo del poder por el populus no es posible, la reforma de pacto político, encarnado en la Constitución, tiene que hacerse no por el Parlamento que es un poder constituido, sino por un cuerpo especial de ciudadanos. Que «la facultad de constituirse –señala Quimper– no se confunda jamás con la capacidad de legislar». Son dos funciones diferentes a ser realizadas por órganos diferentes también. En consecuencia, el Poder Constituyente debe ejercerse periódicamente por comisionados nombrados cada nueve años por el pueblo, ya que una Constitución es la expresión de las creencias políticas de una generación y las generaciones se renuevan cada nueve años. Otorgar al Parlamento la misión de reformar la Carta mediante procedimientos agravados es una inconsecuencia, según Quimper, en que incurren los Estados que, «*gobernados democráticamente, han conferido a sus Congresos ordinarios, la facultad de reformar ó modificar sus cartas fundamentales*»²⁴.

En este esquema, todas las condiciones para desarrollar un sistema coherente de control de la constitucionalidad están dadas. Empero, a despecho de su admiración por el sistema norteamericano, al que Quimper identifica con aquél que con mayor fidelidad ha traducido el gobierno democrático, se omite cualquier posibilidad de inaplicar la ley inconstitucional. Lo que Quimper construye es una suerte de control previo que reproduce el veto suspensivo otorgado al Poder Ejecutivo:

«...el Tribunal Supremo debe tener además de la importante atribución de examinar, discutir y resolver si cada ley expedida por el Cuerpo Legislativo es ó no conforme á la Constitución (...) el Poder Legislativo debe comunicar todas las leyes, antes de su promulgación, al Supremo Tribunal de Justicia, por un plazo señalado. Si durante él, el Tribunal Supremo resuelve que la ley es inconstitucional, comunicará su resolución á los Poderes Legislativo y Ejecutivo: al último para que no la promulgue; al Legislador para que conozca la resolución. En semejante emergencia, la ley quedará reservada hasta la próxima legislatura, en la cual, con la renovación parcial de ella, que habrá tenido efecto, se discutirá nuevamente, asistiendo al debate la Comisión que el Tribunal Supremo nombre. Si el Poder Legislativo insiste, la Ley se promulgará; si no insiste quedará sin efecto»²⁵.

Pero en este punto se hace ostensible una contradicción en el pensamiento de Quimper: si la Constitución no puede ser modificada por el Parlamento y es éste un poder sometido a la supremacía del Poder Constituyente, ¿cómo puede, venciendo un veto suspensivo, en otra legislatura, impner una ley que el Poder Judicial ha declarado inconstitucional. El hecho si bien supone una contradicción y una fisura en las ideas del autor del Derecho Político General, no escapa a la simple observación que, si esto es posible, es porque si bien durante el siglo XIX existía plena conciencia de la Supremacía Constitucional, por demás ya consagrada, como se sabe, en la Constitución de 1967, el control de la constitucionalidad de la ley no constituía un tema de debate, ni fue problematizado, aunque intuido, por el pensamiento constitucional del Perú en el siglo XIX. La legitimidad del origen del poder lo cubre todo, eclipsa cualquier otro

²⁴ Ibidem, p. 136.

²⁵ Ibidem, p. 331.

tema, pese a que estaban sentadas las bases para otro tipo de problematizaciones y de posteriores desarrollos. Claro que a ello hay que agregar también la aceptación generalizada de que es el Congreso el único que puede interpretar la Ley y que el Poder Judicial sólo debe aplicarla. Mientras la interpretación que realiza el órgano jurisdiccional no es obligatoria, la del Parlamento sí. Aunque por distintas razones, en el pensamiento de Quimper tampoco es posible la construcción de un sistema de jurisdicción constitucional debido a que impera la tesis roussiniana de entener al cuerpo legislativo como representante y fiel intérprete de la voluntad popular.

CONCLUSIONES

En conclusión, el pensamiento constitucional en el Perú del siglo XIX se desarrolla teniendo como eje de discusión principal, el dilema, de raíces filosóficas, sobre el origen, naturaleza y ejercicio de la soberanía. Al refutar las principales tesis de Heinecio, que por espacio de aproximadamente sesenta años había predominado en el pensamiento político del Perú, Bartolomé Herrera propicia el surgimiento de un cuerpo de doctrina constitucional, ya sea para sostener, refutar o buscar posiciones conciliatorias a sus radicales aunque conservadoras tesis sobre la legitimidad en el ejercicio del poder.

• Si bien el debate principal girará en torno a la legitimidad del poder, una lectura general de los principales autores del siglo XIX, permite establecer apreciaciones de conjunto sobre su producción teórica. Estas apreciaciones nos permiten elaborar una caracterización final sobre el pensamiento constitucional en el Perú del siglo XIX:

- a) Que este pensamiento es tributario de las concepciones constitucionales europeas cronológicamente posteriores a las doctrinas jusnaturalistas que hicieron posible la Revolución francesa. El eje principal de esta doctrina se asienta sobre la teoría constitucional construida en Europa para conciliar el principio republicano con el principio monárquico. Su principal naturaleza estriba en considerar al rey o al Jefe de Estado como un poder neutro o conservador, pero al mismo tiempo como una instancia pre-constituyente, lo que convierte a la Constitución en una mera norma de organización de los poderes, pero no en una ley suprema fundamental portadora de valores superiores, metapositivos, y garantizadora de los derechos fundamentales que el hombre arrastra incólume desde el estado de naturaleza.
- b) Por eso no resulta casual el consenso generalizado en el sentido de que la organización política no tiene su origen en el contrato social, como lo han propugnado las corrientes del jusnaturalismo, sino que ella tiene su fundamento en la naturaleza sociable que Dios ha impuesto al hombre. Lo que supone que si el Estado no es una obra humana, el hombre no es portador de unos derechos que puede oponer ante el Estado. Si éste está en la obligación de defender los derechos fundamentales que el hombre posee es porque su objetivo y finalidad principal es realizar el bien común.
- c) Pero una concepción constitucional de esta índole implica una supremacía del poder, especialmente del legislativo, sobre el individuo. Esto va a determinar que los derechos fundamentales sólo se realizan en el marco de la ley y que la Cons-

titución no tiene un carácter normativo ni vinculante. En esa medida, la Constitución no tiene como finalidad primera salvaguardar derechos fundamentales, sino la de regular, ordenar, «moderar» la actividad de los poderes. Como correlato lógico de esta supremacía legislativa, predomina la idea montesquiana de que los jueces son meros aplicadores de la ley y, en consecuencia, no están facultados para crear derecho ni para ejercer un control de constitucionalidad de los actos normativos emanados del Poder Legislativo. Bajo esta concepción es imposible la aparición de un sistema por lo menos difuso de control de la constitucionalidad de las leyes.

- d) El control de la constitucionalidad de la ley no aparece como propuesta firme. Más bien lo que se proyecta es la formulación de poderes conservadores o neutros destinados a moderar la regularidad jurídica del Estado. Y cuando se propone la conformación de instituciones con poder de observar por inconstitucionales las leyes del Congreso, como es el caso de José María Quimper, estas «observaciones» tienen la calidad de vetos suspensivos y temporales que el Poder Legislativo siempre puede vencer, aun en el caso que la ley sea inconstitucional. Ilustrativa también es al respecto la posición de Toribio Pacheco, para quien, si el Parlamento es la representación legítima de la Nación, es a éste al que *«le corresponde decidir la reforma constitucional con la misma autoridad que posee el poder constituyente»*.