

**CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y EL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO:
APORTES PARA REPENSAR LA CONSTITUCIÓN
PERUANA**

*POPULAR CONSTITUTIONALISM AND THE NEW LATIN
AMERICAN CONSTITUTIONALISM: CONTRIBUTIONS TO
RE-THINK THE PERUVIAN CONSTITUTION*

Alfonso Renato Vargas Murillo*
*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad Privada de Tacna*

RESUMEN

Planteamos como objetivo de estudio, identificar los principales rasgos, por medio de un análisis comparativo entre estas dos corrientes que parten de la crítica hacia la hegemonía del modelo neo-constitucional, identificar los principales tópicos sobre los que orbita la discusión (como democracia, poder constituyente, el problema de los valores y el control de constitucionalidad) y por último hacer un breve análisis crítico de la Constitución Política del Perú de 1993, desde los aportes de las corrientes revisadas.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo popular;
constitucionalismo latinoamericano; constitución peruana.

*Máster en Gobernanza Global y Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha. Jefe de Práctica en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna. Avargasm95@gmail.com

* Artículo derivado del que obtuvo el primer lugar en el III Concurso de Artículos Jurídicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna.

ABSTRACT

We set ourselves as objective of the study, to identify the main characteristics, by means of a comparative analysis between these two currents that depart from the criticism of the hegemony of the neo-constitutional model, to identify the main topics on which the discussion revolves (such as democracy, power constituent, the problem of values and the control of constitutionality) and finally make a brief critical analysis of the 1993 Political Constitution of Peru, from the contributions of the revised tendencies.

KEYWORDS: popular constitutionalism; Latin-American constitutionalism; Peruvian constitution.

Recibido: 10/07/2021

Aceptado: 01/09/2021

INTRODUCCIÓN

El desarrollo del “constitucionalismo”, como fenómeno donde confluyen elementos teóricos y prácticos, en el siglo XXI se ha manifestado de diversas formas; al ser producto de una serie de procesos de carácter dialéctico en los cuales -desde diversas ángulos- se ha buscado corregir los errores del “viejo constitucionalismo”, optimizando el valor democracia, pero dentro de situaciones concretas y desde diferentes manifestaciones del poder político.

En este sentido, la democracia ha jugado un rol fundamental, siendo la mayoría de procesos constituyentes (desde el origen de las Constituciones en su sentido moderno) la plasmación de una idea específica de democracia, en algunos casos optimizada hasta sus extremos y en otras bastante limitada para proteger los derechos individuales. En el siglo XXI, es imposible escapar del debate constitucional acerca de Derecho y democracia, en cuanto surgen antinomias entre la vida social y las formas jurídicas (siendo la forma base, la Constitución). De este modo, en algunas

partes de nuestro continente, se ha visto como la única forma de resolver tales problemas y contradicciones, el resurgimiento de la figura (dormida por mucho tiempo) del poder constituyente, al mando de su verdadero titular (en la democracia): el pueblo.

De este modo, teniendo en cuenta que nuestra Constitución consagra un Estado Social y Democrático de Derecho, se justifica el estudio de las nuevas fórmulas constitucionales, que buscan precisamente, optimizar el valor democracia, abriendo el espacio político a una serie de actores sociales que se han encontrado por mucho tiempo relegados y en un estado de marginación, lo cual nos ayudará a plantear preguntas y esbozar posibles respuestas, respecto a si la letra constitucional tiene un respaldo material, o si nos encontramos frente a un estado de formalismo constitucional.

Habiendo esbozado un panorama general, surgen las siguientes preguntas, ¿Es posible hablar del nuevo constitucionalismo latinoamericano como una nueva corriente constitucional?, ¿Cuáles son sus semejanzas con el constitucionalismo popular?, ¿Qué aportes a la cultura constitucional pueden brindar el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el Constitucionalismo Popular? ¿Resuelven la tensión entre constitucionalismo y democracia? ¿Cuál es la situación de la Constitución de 1993, desde la óptica de estas corrientes alternativas?, de este modo, planteamos como objetivo de estudio, identificar los principales rasgos, por medio de un análisis comparativo entre estas dos corrientes que parten de la crítica hacia la hegemonía del modelo neo-constitucional, identificar los principales tópicos sobre los que orbita la discusión (como democracia, poder constituyente, el problema de los valores y el control de constitucionalidad) y por último hacer un breve análisis crítico de la Constitución Política del Perú de 1993, desde los aportes de las corrientes revisadas.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Se denomina “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, al fenómeno constitucional (político-jurídico) surgido a finales de los años XX y retomado en la primera década del Siglo XXI, por procesos constituyentes como el ecuatoriano y el boliviano¹ (Viciano y Martínez, 2010, págs. 10-11), el cual se presenta, a diferencia del neoconstitucionalismo² -que cuenta con un desarrollo teórico bastante elaborado- como una corriente en proceso de “construcción doctrinal” (Viciano & Martínez, 2011, pág. 312) siendo su origen marginal respecto a la academia, es decir, “producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional” (Viciano & Martínez, 2010, págs. 3-4), sin embargo, en los últimos años ha ido ocupando cada vez mayores espacios de discusión, no solo por juristas, sino por sectores ligados a las ciencias sociales y humanidades, por sus innovaciones a nivel narrativo, así como por la incorporación de novedosas instituciones, llevando a una mayor comunicación entre dichas disciplinas³ (Jaramillo, 2013).

¹ La Constitución Colombiana de 1991, la Constitución Ecuatoriana de 1998, la Constitución Venezolana de 1999, la Constitución Ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009. (Viciano y Martínez 2010, 10-11) Sin embargo, para el presente trabajo, enfatizaremos para el análisis en las Constituciones boliviana y ecuatoriana, por haber sido producidas en el presente siglo.

² No abordaremos a profundidad el tema del neoconstitucionalismo, solo en términos comparativos, haciendo énfasis en las teorías que son objeto del presente estudio, pues consideramos existe un amplio desarrollo teórico que se puede observar en una serie de libros, artículos, etc. que el interesado puede consultar, siendo mucho menor el tratamiento de las otras dos teorías (particularmente escaso y poco difundido en el caso peruano).

³ La complejidad de este fenómeno (por su naturaleza político-jurídica), ha llevado necesariamente, para su abordaje a la interdisciplinariedad o multidisciplinariedad, y la apertura de enfoques. Como señalará Svetlana Jaramillo “ante realidades complejas como lo son, en cada Estado

Una de las principales características, es el retorno al debate constitucional de temas político-jurídicos como democracia, soberanía, y legitimidad⁴ de la Constitución (Martínez, 2015, p. 54), es decir, simboliza el regreso a la palestra del poder constituyente en toda su extensión: el pueblo como protagonista de los procesos sociales, que materializa su voluntad en el acto constituyente, no agotándose su poder en dicha plasmación, sino buscaron “permear el ordenamiento jurídico y revolucionar el status quo”⁵ (Chamamé, 2008, pág 19; Viciano & Martínez, 2010, p. 5). De esta manera, el principal fin de estas Constituciones, dado el contexto donde se produjeron, (caracterizado por una serie de contradicciones económicas, sociales, políticas y hasta culturales), fue romper con

latinoamericano, la realidad política, el evento constituyente y la realidad jurídico constitucional, los especialistas y estudiosos del derecho connotan una marcada tendencia a centrarse en la norma preestablecida, en aferrarse a principios que han aprendido como incuestionables, sosteniendo una actitud intelectualmente estrecha, tal vez ligera, frente a la complejidad de lo político”. (Jaramillo, 2013, p. 4)

⁴ La explicación que nos brinda Rubén Martínez Dalmau, plantea que el neoconstitucionalismo es básicamente una teoría del Derecho, que estudia los mecanismos de la Constitución, para hacer efectiva la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en cambio el Nuevo constitucionalismo Latinoamericano, es una Teoría de la Constitución, que si bien incorpora preocupaciones del neoconstitucionalismo “es mucho más amplio porque se pregunta también sobre legitimidad, poder y soberanía; temas que el neoconstitucionalismo no estudia porque es una teoría del Derecho” (Martínez, 2015, p. 54).

⁵ Si bien coincidimos con la postura de Raúl Chamamé, al afirmar que “la Constitución no se agota en el acto constituyente, sino que se renueva en cada momento en contacto con la realidad” (Chamamé, 2008, p. 19), consideramos que esta serie de derechos, principios y arreglos institucionales orientados hacia la democratización del Estado, es un paso importante hacia la consecución de sus fines, pero que sin embargo, deberá contrastarse con una serie de factores a nivel de poder constituido, y por ende si uno de los objetivos principales de estas constituciones fue romper con la dicotomía constitución formal-constitución material, ésta debe sujetarse al mismo análisis posteriormente, para verificar su grado de eficacia.

la marginación político-social de ciertos sectores (Alterio, 2014, pág. 277) creando documentos constitucionales que puedan ser el punto de partida para los cambios estructurales necesarios para satisfacer sus necesidades, pero partiendo de un sujeto concreto y un lugar concreto: el pueblo latinoamericano, en su diversidad y sus valores.

Los esfuerzos, de crear Constituciones y –posteriormente-, una teoría constitucional desde/para Latinoamérica, implican una conexión necesaria con otros proyectos que buscan una refundación a nivel epistemológico de todas las disciplinas de carácter social y humanístico, lo que se denomina “pensamiento situado” en la Filosofía de la Liberación, como lo explica Alejandro Medici:

Para el pensamiento situado, toda reflexión, todo discurso, toda lectura de lo real, hasta la aparentemente más abstracta y, por supuesto, la filosófica, está situada. Sus límites le pertenecen y no le pertenecen, su objeto le es propio y también dado; su originalidad nunca es absoluta, ni tampoco su pretensión de objetividad, imparcialidad y universalidad. Esta situacionalidad no es algo negativo, ni un defecto a superar, sino, muy por el contrario, es su chance de ser, su posibilidad más originaria. Toda reflexión está situada –la que investiga y la que es investigada, la que mira y la que es mirada– y es desde esta situación concreta como se establecen y abordan los hechos. Se trata así de una doble situacionalidad, la del investigador frente al hecho y la de él con respecto a sí mismo. (Medici, 2013, pág. 51)

De esta manera, es comprensible que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano mantenga conexiones con teorías como el neoconstitucionalismo (de origen europeo) -y por ende con el paradigma de Estado Constitucional de Derecho- manteniendo, por ejemplo, la rigidez constitucional, y control de constitucionalidad “fuerte”; y con el constitucionalismo popular (de cuño norteamericano), en ampliar el espacio de participación popular. (Alterio, 2014, pág. 282), así, su mayor mérito reside en su esfuerzo de contextualización/adaptación de los mecanismos

ideados por teorías constitucionales de origen distinto, y la creación de algunos nuevos, para que estos puedan responder a las necesidades concretas de los países latinoamericanos, impregnando de una serie de rasgos particulares a la teoría constitucional. De esta forma no debe entenderse como una teoría que rompe con todo lo hecho anteriormente, pues como todo fenómeno político-jurídico, tiene como cualidad, ser el resultado de una serie de procesos históricos.

EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

El Constitucionalismo Popular, como corriente crítica constitucional ha cobrado fuerza en los últimos años, gracias al trabajo de sus mayores exponentes como son L. Kramer, M. Tushnet y J. Waldron. Si el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, se desarrolló a diferencia del neoconstitucionalismo (que parte de una construcción eminentemente teórica), a partir de la revisión de ciertos procesos constituyentes, el origen del Constitucionalismo Popular, se encuentra en la “revisión histórica crítica de la narrativa constitucional norteamericana” (Alterio, 2016, pág. 159). Pudiendo identificar, a partir de dicha revisión los siguientes objetivos:

- 1) Flexibilizar la constitución y excederla; 2) Desafiar la supremacía judicial –y en ciertos casos incluso impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad-; 3) la interpretación extrajudicial de la constitución; 4) La democratización y participación en las instituciones políticas y económicas; 5) La recuperación de la relación entre derecho y política. (Alterio, 2014, pág. 254)

Los autores que se identifican con esta corriente, a pesar de sus divergencias⁶ respecto a algunos aspectos secundarios, sostiene

⁶ Respecto a las divergencias, Alexander y Solum, han establecido la siguiente tipología: Robust Popular Constitutionalism, Modest Popular Constitutionalism, Trivial Popular Constitutionalism y Expressive Popular

Roberto Gargarella, comparten los siguientes criterios: Desafiar la supremacía judicial, Ir en contra de una “sensibilidad anti-popular”, defensa de una interpretación extrajudicial, el derecho fuera del derecho (los impulsos sociales jusgenerativos), e impulsar una mayor democracia y participación. (Flores, 2012, pág. 36)

El constitucionalismo “es un concepto que combina descripción y prescripción normativas” (Tushnet, 2013, pág. 57). Partiendo de ello, el Constitucionalismo Popular en el aspecto descriptivo “da cuenta de los distintos actores que han participado y participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales en EEUU, enfatizando el papel que -en el desarrollo constitucional- han jugado las visiones populares”, (Alterio, 2016, pág. 159) de esta forma, se infiere que el método aplicado en los diversos trabajos que se encuadran en esta corriente, es la abstracción de la categoría “pueblo” dentro de la revisión de la historia constitucional de los Estados Unidos.

Desde el aspecto normativo, llama a incorporar “los puntos de vista de las personas comunes acerca de los significados constitucionales jueguen un papel tan importante como el que tienen las élites, especialmente los justices de la Corte Suprema, en la construcción de los entendimientos constitucionales” (Alterio, 2016, pág. 159). Entendiendo -entonces- a la Constitución, como un proyecto inacabado, proponiendo asumir el desacuerdo sobre los derechos, como un llamado a la democratización del espacio de discusión, incorporando a la mayor cantidad de sectores. Es por ello explicable su desconfianza hacia las cortes y el control de constitucionalidad por parte de los jueces, interpretando como una

Constitutionalism. (Flores, 2012, pág. 36 y 37) Siendo el criterio clasificador, su mayor o menor acentuación en el rol que deben jugar los jueces en el control de constitucionalidad.

postura elitista, y por ende anti popular, característica del constitucionalismo clásico.

EL RETORNO DEL PODER CONSTITUYENTE

Uno de los primeros en aludir a la figura del Poder Constituyente, es Emmanuel Joseph Sieyès, en su obra “¿Qué es el Tercer Estado?”, en la cual señala que “es un poder soberano, el cual no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución;...es un poder pre-jurídico que actúa libre de toda forma y control.” (Nogueira, 2009, pág. 231) Esta idea será fundamental, en el desarrollo teórico de este concepto, resultando indesligable de la noción de soberanía.

En sentido amplio, es el poder “de hacer la nueva Constitución en donde los poderes constituidos adquieren su estructura... instala un orden jurídico constitucional totalmente nuevo.” (Godoy, 2011, pág. 25), de esta manera, como señala Schmitt, es “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo.” (Schmitt, 1996, págs. 93-94) Argumento fundamental para entender el papel de la decisión política en la creación de una Constitución y un orden jurídico, en cuanto para poder crearlo, se encuentra necesariamente por fuera de él⁷ (Schmitt 1996, p. 94). En

⁷ Dicho argumento, forma parte de la polémica con Kelsen, y su idea de la Grundnorm (norma fundamental), como fundamento de validez del orden jurídico (así como con posturas iusnaturalistas); desnudando a la Constitución de su ropaje jurídico, y encontrando como fundamento último lo político “Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra «voluntad» denuncia –en contraste con toda dependencia respecto de una justicia

este sentido, el poder constituyente es sujeto creador soberano porque “no está ligado [...] a formas o procedimientos jurídicos, sino que actúa siempre en estado de naturaleza... es parte del mundo del ser, de la existencia misma de la comunidad” (Carpizo, 1988, pág. 144).

De este modo, es necesario desarrollar un poco, la idea de soberanía, para ayudar a entender lo que representa el poder constituyente. Entendemos al poder constituyente como soberano en el sentido que su voluntad impone o inaugura el orden (jurídico) y define su hermenéutica (Sanin, 2011, pág. 53) se haya por tanto, fuera del derecho, sin limitaciones normativa, entonces la soberanía solo surge, como “concepto de la esfera más extrema.” (Schmitt, 2009, pág. 13) La categoría de “soberano” como la entiende Schmitt, es una categoría abierta a las diversas formas de ejercicio y acceso al poder, pero para analizar el caso concreto, desde la óptica democrática, el “soberano”, sería el pueblo en su conjunto, en el uso de su poder constituyente. Siguiendo los planteamientos de Schmitt, Ricardo Sanín, concluye lo siguiente:

El ‘acto de voluntad del pueblo’ crea un tipo de unidad política cuya existencia precede a la Constitución, la Constitución ni ordena, ni une al pueblo, el pueblo ordena su unidad política mediante la Constitución. La Constitución no es el origen del poder, sino su consecuencia. Ello implica que la verdadera Constitución, como fenómeno político “es” el pueblo. (Sanin, 2011, pág. 58)

De este modo, la soberanía como cualidad del poder constituyente, se diferencia de las concepciones clásicas de soberanía como atribución de Estado, como la que concibe Víctor García Toma, considerándolo una cualidad del poder constituido⁸ (García, 2010,

normativa o abstracta— lo esencialmente existencial de este fundamento de validez.” (Schmitt 1996, 94)

⁸ De esta manera, no debemos confundir el término soberanía, en el sentido originario como lo utilizan Schmitt y otros autores, a la cualidad soberana del Estado para el Derecho Internacional.

pág. 114), precisamente por tener una existencia anterior a él, pues es precisamente la comunidad política (pueblo-soberano), aquella que se da a sí misma una Constitución y construye el Estado.

El rol del poder constituyente, en estos procesos que encajan en la categoría de “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, (el caso en nuestro siglo del proceso ecuatoriano y el boliviano), implicó un giro en la naturaleza de las asambleas o congresos constituyentes, buscando extender hasta su plenitud el valor de la democracia, pues en el pasado dichos procesos, como parte del denominado “viejo constitucionalismo”, se caracterizaron por ser “representativos de las élites alejados de la naturaleza soberana esencial del poder constituyente” (Viciano & Martínez, 2010, pág. 8).

Si bien, se recuperó el sentido original del poder constituyente y la democracia (en su forma más extendida), esto no significó una ruptura con el carácter racional-normativo de las constituciones modernas, sin embargo, no se agotan en su análisis de la dimensión jurídica (interioridad de la Constitución, punto de convergencia con el neoconstitucionalismo), sino principalmente, se preocupan por la legitimidad democrática de la Constitución, (la exterioridad de la Constitución). (Viciano & Martínez, 2011, págs. 312-313) De este modo, priorizando el análisis democrático de la Constitución, la condición de legitimidad dentro de un Estado Constitucional de Derecho, se basa en que sea fiel reflejo de la voluntad del constituyente, lo cual implica la consagración de valores y particularidades del sujeto constituyente, rompiendo la clásica dicotomía constitución formal/constitución material.

Para una revisión de la historia constitucional peruana, desde una óptica que puede concordar con esta visión, donde se enfatiza en el papel de las élites y los grupos relegados o subalternos de nuestra vida republicana ver: Valer (2009).

Si tomamos en cuenta que el poder constituyente del viejo constitucionalismo, era representativo de las élites, y que produjo -por ende- Constituciones que solo establecían la organización del poder estatal y “el mantenimiento en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal” (Viciano & Martínez, 2011, pág. 315), dicho producto, no ha sido más que constituciones formales, alejadas de la realidad social, incapaz de ser el hilo conductor, de los mecanismos efectivos de resolución de una serie de conflictos y contradicciones a nivel social, económico y político, producto de la situación concreta de América Latina.

Del mismo modo, estos procesos del viejo constitucionalismo, no cumplían con los requisitos básicos de los “procesos constituyentes ortodoxos”, como el ser un proceso plenamente democrático (Viciano & Martínez, 2011, pág. 315), limitándose la participación popular, o reduciéndose esta al referéndum aprobatorio de los textos constitucionales.

Desde el otro lado del continente, la crítica del constitucionalismo popular, a los procesos constituyentes actuales, para Kramer (representante de esta corriente), en el siglo XXI prevalece la tendencia de dividir el mundo en dos: el mundo de lo político y el mundo de lo jurídico (o del derecho), considerando al primero como un terreno abierto, donde el pueblo tiene acceso y decisión, y el segundo uno cerrado, impenetrable al sujeto constituyente, y en este sentido, Sanín explica:

Lo que le resulta desastroso a este autor es que el mundo del derecho es de una élite ilustrada y entrenada en procesos sumamente sofisticados, que producen sus decisiones a partir de un contenido material gestado exclusivamente en el mundo de la política, la decisión política crea la norma como proposición susceptible de ser definida por un intérprete que la reduce a regla de derecho. (Sanin, 2011, pág. 80)

Si bien, trabajos como el de Kramer, se basan en la revisión histórica del papel que jugó el pueblo en la creación de los Estados Unidos de Norteamérica, nos deja entrever una visión de poder constituyente que no se agota en la delegación de poderes, sino coge un papel dinámico, en este sentido sostiene que “el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la constitución es el pueblo y que por ende, en la actualidad es necesario devolverle dicho poder para que lo ejerza de forma soberana.” (Flores, 2012, págs. 34-35) En este sentido, la Constitución, como producto del acto político fundacional del pueblo, era por tanto, “un documento abierto, pero ¿abierto a qué?, bien al consenso o al más difundido disenso popular y nunca a la interpretación petrificante de un juez no electo.” (Sanin, 2011, pág. 82)

En este sentido, Kramer, “se resiste a creer que un pueblo consciente de su arsenal político haya permitido el secuestro de su acto constitucional por un puñado de abogados ilustrados insensibles e inamovibles electoralmente y carentes de responsabilidad política” (Sanin, 2011, pág. 78) Precisamente, su posición como constituyente, como dueño de su creación le otorgaría legitimidad para resolver en última instancia los conflictos que se deriven de la interpretación Constitución, “ya que es el pueblo el creador de la Constitución y los órganos derivados de ella no pueden usurparle el rol de determinar el significado último de las cláusulas constitucionales que él mismo ha creado.” (Álvarez, 2012, pág. 83) Concordando con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano⁹, respecto a la figura del

⁹ El caso de Bolivia, muestra una alternativa interesante frente a este asunto de la legitimidad de los Tribunales en el control de constitucionalidad, pues como señala el artículo 198 de la Constitución Boliviana de 2009, “Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”. Buscando de esta forma otorgar mayor legitimidad a dicho órgano.

Poder Constituyente, como fuerza latente, que no se petrifica con el acto constituyente, sino que potenciado por ciertos mecanismos de democracia participativa o directa, debería ocupar el lugar privilegiado, respecto a la interpretación constitucional.

CONSTITUCIÓN Y TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

Respecto a la teoría de la democracia, a la que se adscriben o aproximan, frente al modelo de “democracia sustancial”¹⁰ (Alterio, 2014, p. 247), del neoconstitucionalismo, el caso del Constitucionalismo Popular, se posiciona a favor de una “democracia deliberativa”, la cual “coloca al desacuerdo en el centro de su teoría y por ello consideran un proyecto inacabado, signado por el conflicto y en cambio permanente”. (Alterio, 2014, pág. 271) y respecto al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, esta se circunscribe a una “democracia participativa”, incluyendo mecanismos de democracia directa. (Alterio, 2014, págs. 286-287) De esta manera, la concepción de la democracia de estas corrientes (Alterio, 2014, p. 272), ponen en primer lugar en el valor epistémico de la consulta popular (manifestada en diversas formas), representan ambos, un intento de “des-elitización”, de la democracia, encarnada en los proyectos de la democracia sustancial, a la que se adscriben los neoconstitucionalistas.

¹⁰ Esta se entiende como un “conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia política”. (Alterio, 2014, pág. 247).

Sin embargo, una de las diferencias entre ambas corrientes sería, que en el caso del constitucionalismo popular el modelo de la democracia deliberativa, sostiene que si bien “reconocen la importancia de los derechos fundamentales pero impugnan la idea de insertarlos en una constitución rígida que los sustraiga de la deliberación democrática, [...] la mejor manera de proteger los derechos es dejándolos en manos de la ciudadanía”. (Alterio, 2014, pág. 272).

Sin embargo, esta teoría de la democracia, no pretende romper con el modelo de democracia representativa, sino, busca complementarla con elementos de la democracia directa, explicándolo, Patricio Pazmiño, a partir del hecho que:

el ciudadano latinoamericano parece no estar dispuesto a seguir ejerciendo sus derechos políticos por medio de los canales tradicionales, esto es, limitándose a votar, o delegando en sus supuestos representantes el poder para que lo ejerzan en su nombre, sino que, por el contrario, el pueblo hoy en día exige una mayor participación activa en la toma de decisiones. (Pazmiño, 2009, pág. 30)

Esto a primera vista puede interpretarse como pernicioso, pues justamente, uno de los argumentos del paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, fue evitar los excesos de las mayorías, sin embargo, es necesario realizar una interpretación integral con los valores que encarnan y poder determinar hasta qué punto, se mantiene la crítica al modelo de democracia sustancial, en tanto al ser fiel reflejo del titular del Poder Constituyente, estas constituciones deberían resolver las controversias sobre la vigencia de los valores, a fin de evitar las condiciones de desigualdad derivadas del estado formal de las viejas constituciones. Por ello resulta necesario para comprender la teoría de la democracia que adoptan ambas corrientes críticas, interpretar de manera conjunta con el tratamiento que dan al problema de los valores¹¹ (Alterio, 2014, p. 270), y el control de constitucionalidad.

¹¹ Coincidimos con Ana Alterio, en cuanto sostiene, que los representantes de esta corriente, no solo equiparan la regla de mayoría con la democracia (al menos, con el modelo democrático que ellos adoptan), sino “la conciben como una teoría acerca de la organización apropiada de la sociedad y de las relaciones sociales” (Alterio, 2014, pág. 270), hecho que es mucho más visible aún en el caso del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en cuanto consagra una serie de valores y principios, en constituciones rígidas.

EL PROBLEMA DE LOS VALORES Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La mayor innovación del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es la irrupción de nuevos actores, que se vieron marginados o excluidos en la vieja narrativa constitucional (Constituciones homogéneas en sociedades heterogéneas). Implicó el traslado de formas de ver la vida, y las relaciones, desde una perspectiva comunitaria, en este sentido, se plasmó una cosmovisión, que rompe con los “parámetros de la modernidad occidental: lucro, racionalidad costo-beneficio como axiomática social, la instrumentalización y objetivación de la naturaleza, la relación estratégica entre los seres humanos, la mercantilización de todas las esferas de la vida humana”¹² (Gudynas, 2011, p. 6; Medici, 2011, p. 340).

De este modo, el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como fenómeno, propone una ruptura –no solo con “el viejo constitucionalismo” y, por ende, con las viejas constituciones-fundamentalmente epistémica, lo cual produce que sea difícil de analizar bajo los parámetros de la teoría constitucional clásica, sin aceptar su carácter alternativo y los nuevos principios sobre los que se rige (Alterio, 2014, págs. 277-278). El Estado, y en general cualquier tipo de asociación política, está organizado: “Sobre la base de un conjunto armónico de valores y de principios jurídicos que conforman su identidad cultural, de un vínculo afectivo que

¹² Por ejemplo, en el caso de las Constituciones de Bolivia y Ecuador se encuentra consagrada, la idea del “buen vivir” o “sumak kawsay”, que frente al “paradigma cartesiano” -como señala Pablo Dávalos- que coloca al hombre por sobre la naturaleza, instrumentalizándola, “propone la incorporación de la naturaleza al interior de la historia, no como factor productivo ni como fuerza productiva, sino como parte inherente al ser social” (Gudynas, 2011, pág. 6). Lo cual implicaría por ejemplo, una comprensión totalmente distinta de la actividad minera, y de la cual derivarían nuevos parámetros para su realización y resolución de conflictos.

une motiva a sus miembros para permanecer unidos y de una finalidad que constituye el destino de la asociación” (Ríos, 2015, pág. 146).

Por ello, la consagración de determinados valores y principios en una Constitución, que concuerden con los valores y principios que rigen las prácticas sociales/culturales, resulta importante en cuanto lo que buscan estas teorías críticas, es un modelo alternativo al neoconstitucional, corrigiendo sus errores y omisiones en su adaptación al contexto latinoamericano.

Esta “noción de mundo”, -consideramos- lleva implícitamente una noción respecto a los fenómenos ético-jurídicos como la justicia, y los procedimientos para la obtención de aquel ideal de justicia. En este sentido la aplicación de dicho método, otorgará un conocimiento, desde adentro, de la racionalidad jurídica de determinado grupo cultural, lo cual permitirá comprender el por qué los mismos fenómenos jurídicos son interpretados de distinto modo, por distintas comunidades culturales, en un contexto marcado por la diferencia.

El problema de los valores, nos lleva a otro asunto neurálgico en los tiempos actuales, referido a que cuando existe conflicto de interpretación de las normas (que implica necesariamente una valoración), ¿Quién tiene mayor legitimidad para resolver tales conflictos? En este sentido, una de las mayores críticas del Constitucionalismo Popular se dirige hacia el control constitucional, o la denominada “objección contramayoritaria”. Revisando los orígenes de dicha institución, Roberto Gargarella, sostiene, que la adopción del control constitucional por una “élite” intelectual y política, se debe a la consideración de ciertos “presupuestos de raíz conservadora y antidemocrática”, de raíz elitista, dentro de la cual, se consideraba que no todos los individuos eran aptos para tomar decisiones “correctas e imparciales”. (Flores, 2012, pág. 33)

De este modo, la pregunta, que concreta la objeción democrática sería “¿Debe asignarse a los jueces competencia para declarar inválidas las leyes creadas por el legislador democrático cuando consideran que ellas violan lo establecido en la constitución?” (Orunesu, 2012, pág. 36), surgiendo respuestas diversas, siendo la más común (y concordante con el estado actual de cosas), que es legítimo en cuanto se haga en virtud de defender los derechos fundamentales, de los abusos y excesos del poder legislativo.

Desde esta perspectiva, el constitucionalismo popular como corriente jurídica, desafía la idea de supremacía constitucional de los jueces (y de cualquier órgano constituido), basándose en la idea de que “el pueblo es el único agente apto para hacer cumplir e interpretar la constitución en última instancia. (Flores, 2012, pág. 34)

En este sentido, lo que se trata -siguiendo a Kramer-, no es precisamente el arrebatar todo tipo de interpretación constitucional (lo cual dejaría inutilizable el sistema judicial), sino que la interpretación de los poderes constituidos que llevan adelante una labor interpretativa de la constitución en el cumplimiento de sus funciones, esta interpretación “no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente.” (Flores, 2012, pág. 34) De esta manera, se deberían formular mecanismos constitucionales que permitan conjugar armónicamente estas dos formas de control.

PERSPECTIVAS CRÍTICAS SOBRE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Uno de los argumentos, para poder delimitar correctamente el fenómeno del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es que este, no posee una “identidad temporal” (Viciano & Martínez,

2011, pág. 319), es decir, no todas las constituciones que han surgido en la última década del siglo pasado, ni en la primera década de este siglo encajan en dicha categoría, sino, solo aquellas que cumplen con aquellos rasgos distintivos. Para que una constitución latinoamericana pueda ser considerada parte de esta nueva corriente, debe tener como origen una “asamblea constituyente plenamente democrática” y por ende “un poder constituyente democrático” (Martínez, 2012, pág. 304). En este sentido, analizando los procesos constituyentes que produjeron constituciones como la de Argentina, la de Uruguay, la de Chile y la de Perú de 1993, quedan automáticamente fuera de esta categoría (las dos últimas, sin mucho esfuerzo, debido a que fueron producto de gobiernos de corte dictatorial).

En nuestro país, debido a la presión internacional, el gobierno de Fujimori, es forzado a convocar al “Congreso Constituyente Democrático”, para restaurar “la normalidad democrática y el orden constitucional” (García & Eguiguren, 2008, pág. 391)¹³. Haciendo una radiografía de este proceso, señalan:

El «Sí» obtuvo un apretadísimo (y bastante discutido) triunfo sobre el «NO», por una diferencia de escasamente el 4% de los votos. Sin embargo, el carácter autoritario del régimen fujimorista, y el control absoluto del Congreso por el oficialismo, determinaron la falta de control y contrapeso político, a pesar de la lucha de la minoría parlamentaria opositora. (García & Eguiguren, 2008, págs. 391-392).

Nuestra Constitución, no cumpliría con presupuestos básicos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como es el requisito de ser producto del poder constituyente (en el sentido pluralmente

¹³ El hecho que estemos tomando los apuntes de ambos autores, no quiere decir que estos se adscriban a la corriente del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, sin embargo, sus planteamientos nos sirven para esbozar un ejercicio interpretativo bajo los “parámetros” de esta corriente.

democrático), o incorporar elementos de democracia participativa o elementos de democracia directa¹⁴ (Martínez, 2012, pág. 304). Tomando en cuenta que sus objetivos coyunturales, implicaban una limitación de la democracia y la minimización de los derechos sociales y económicos, en este sentido, se buscó:

A nivel político, consolidar el poder presidencial y la continuidad del régimen autoritario, mediante la posibilidad de reelección inmediata de Fujimori; a nivel de la economía, promover la privatización de las empresas estatales y entregar al mercado el manejo total de la actividad económica. Se adoptó un modelo económico marcadamente neoliberal, donde el Estado abandonaba casi totalmente la intervención en la actividad económica y los derechos sociales y económicos resultaban ocupando un lugar modesto. (García & Eguiguren, 2008, pág. 388)

Por ello, no es extraño, que estudiosos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, como Rubén Martínez Dalmau, consideren a que nuestra Constitución “proviene de una constituyente espúrea [...] donde además se mantiene al poder constituyente constituido, en el que el poder constituido tiene capacidad de cambiar la Constitución.” (Sosa, 2012, pág. 303). Estas características, que coinciden con la prueba de legitimidad que deben superar las Constituciones para ser consideradas dentro del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, dejan automáticamente -y sin mucho esfuerzo- fuera de esta corriente.

De esta manera, sumada a la condición de su origen no-democrático, surgen críticas a la posibilidad de modificar la Constitución por el Congreso de la República, -al ser poder constituido- (consagrado en el artículo 206° del texto

¹⁴ El artículo 31° de la Constitución Política del Perú, consideramos que si bien incorpora elementos de democracia directa como el referéndum, haciendo una interpretación más sistemática, el poder directo que ejerce el pueblo, se ve debilitado en cuanto se pone al mismo nivel que el de sus representantes, como en el artículo 206°.

constitucional), haciendo una distinción entre legalidad y legitimidad, Martínez Dalmau, afirma que:

no importa quién cambie la Constitución no democrática porque, precisamente, no es democrática. Hay un problema de fondo que hay que solucionar mediante un proceso constituyente y una nueva Constitución. En cambio, las constituciones democráticas, avaladas popularmente pues se han creado ante una Asamblea Constituyente plural, han buscado mecanismos de participación del pueblo, por lo que tienen que ser protegidas del Poder Constituido. (Martínez, 2015, pág. 52)

Por otro lado, el reconocimiento expreso de las comunidades indígenas del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (llegando a reconfigurar el nuevo modelo estatal, el Estado Plurinacional, como en el caso Boliviano) y la incorporación de valores indígenas (el buen vivir o “*sumak kawsay*”, caso ecuatoriano y boliviano), hace que, si bien, la Constitución Peruana de 1993 incorpora entre otras cosas la multiculturalidad, el derecho consuetudinario (y su acentuación respecto a las comunidades campesinas e indígenas), -señala Pavel Valer-, en la realidad no se ha “extendido a una práctica política, jurídica y cultural de reconocimiento efectivo y pleno, quedándose únicamente en un reconocimiento en el papel en la gran mayoría de las actuaciones del Estado respecto a los grupos nacionales no favorecidos por éste” (Valer, 2009, pág. 218).

Estas son solo algunas perspectivas críticas que hemos podido recoger, y en muchos casos inferir, a partir de los presupuestos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, como un ejercicio para visibilizar algunas situaciones que desde la teoría constitucional hegemónica muchas veces son obviadas o postergadas.

CONCLUSIONES

PRIMERO: El Constitucionalismo Popular y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, son corrientes constitucionales que presentan nuevas formas de entender el Estado Constitucional de Derecho, resolviendo sus contradicciones internas a partir de la optimización del valor democracia, es decir, incorporando al mayor número de grupos y actores sociales a su discusión pública sobre las cuestiones constitucionales.

SEGUNDO: No debe entenderse a ambas corrientes como sistemas cerrados, pues la apelación a la democracia entendida como el espacio más amplio posible de discusión como fundamento de sus teorías -frente a las posturas elitistas- les otorga un alto grado de dinamicidad, encontrándose en permanente (de)construcción según las necesidades del contexto en el que se desarrollan; siendo la única constante, la apelación al pueblo como director de su propio destino.

TERCERO: Las críticas que hemos podido plantear a partir del enfoque del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano a la Constitución Peruana de 1993, evidencian dos cosas: 1) La necesidad de incorporar la pregunta sobre la legitimidad, al análisis de la norma fundamental, y 2) La necesidad de apertura de enfoques, tomando en cuenta los aportes de teorías “alternativas”, que permitan incorporar visiones sobre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo desde los márgenes.

REFERENCIAS

- Alterio, A. (2014). Corrientes del Constitucionalismo Contemporáneo a Debate. *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8, 227-306.
- Alterio, A. (2016). Constitucionalismo Popular. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 158-165.
- Álvarez, R. (2012). El Constitucionalismo Popular y los problemas de la "última palabra": apuntes para un Contexto Latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 13(1), 75-125.
- Carpizo, J. (1988). Algunas reflexiones sobre el poder constituyente. En *Estudios en homenaje al Doctor Hector Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*. (págs. 141-152). UNAM.
- Chamamé, R. (2008). *Mas (allá) de la Constitución*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Flores, D. (2012). Aproximación al Constitucionalismo Popular. *Cognitio Iuris*, II, 32-38.
- García, D., & Eguiguren, F. (2008). La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005. *Estudios Constitucionales*, 6 (2), 371-398.
- García, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Adrus S.R.L.
- Godoy, M. (2011). Constitucionalismo y Democracia - Poder Constituyente y Soberanía. Un breve ejercicio de Teoría Constitucional. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, V, 21-31.

- Gudynas, E. (2011). Buen vivir: Germinando alternativas al desarrollo. *América Latina en Movimiento, ALAI* (462), 1-20.
- Jaramillo, S. (2013). *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del derecho constitucional latinoamericano*. CLACSO.
- Martínez, R. (2012). ¿Qué es el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”? *Gaceta Constitucional*, 52.
- Martínez, R. (2015). Análisis crítico del Derecho Constitucional desde la perspectiva del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 67, 49-62.
- Medici, A. (2011). Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismo de la Constitución. *Gaceta Constitucional*, 48, 329-348.
- Medici, A. (2013). Nuevo constitucionalismo y giro decolonial: seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento crítico y situado. *El otro Derecho*, 48, 19-62.
- Nogueira, H. (2009). Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional. *Revista Ius et Praxis*, 15(1), 229 - 262.
- Orunesu, C. (2012). Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2, 31-48.
- Pazmiño, P. (2009). Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 67/68, 27-54.
- Ríos, L. (2015). El nuevo constitucionalismo. *Revista de Derecho Público*, 83, 141-154.

- Sanin, R. (2011). *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2009). *Teología Política*. Editorial Trotta S.A.
- Tushnet, M. (2013). *Constitucionalismo y Judicial Review*. Palestra Editores.
- Valer, P. (2009). Etnografía Constitucional del Perú: Sociedad multicultural y tendencias del Derecho Constitucional. *Revista Crítica Jurídica*, 27, 203-229.
- Viciano, R., & Martínez, R. (2010). ¿Se puede hablar de un nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. México:
<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.
- Viciano, R., & Martínez, R. (2011). Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, 48, 307-328.